



ARGUMENTAR  
DE OTRO MODO  
LOS DERECHOS  
HUMANOS

José Ramón Narváez Hernández



COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ

**ARGUMENTAR DE OTRO MODO  
LOS DERECHOS HUMANOS**



México, 2015

El contenido y las opiniones expresadas en el presente trabajo son responsabilidad exclusiva de su autor y no necesariamente reflejan el punto de vista de la CNDH.

En esta publicación se respetó la redacción original del autor y no se realizó corrección de estilo a solicitud de éste.

Primera edición: noviembre, 2015

ISBN: 978-607-729-150-3

**D. R. © Comisión Nacional  
de los Derechos Humanos**  
Periférico Sur, 3469,  
esquina Luis Cabrera,  
Col. San Jerónimo Lídice,  
C. P. 10200, México, D. F.

Diseño de portada e ilustración:  
Flavio López

Formación:  
Irene Vázquez del Mercado Espinosa

*Impreso en México*

*A Stephi, musa del método*

# CONTENIDO

---

<b>Prólogo .....</b>	<b>11</b>
a) Sobre los derechos y su discurso.....	11
b) Argumentación y práctica jurídica.....	14
<b>Introducción .....</b>	<b>19</b>
<b>I. Acerca de la cultura de los derechos.....</b>	<b>25</b>
1. ¿Derechos? ¿humanos?.....	25
2. El discurso contradictorio de los derechos .....	27
3. La cultura de los derechos .....	33
4. De la voracidad jurídica y el derecho atrito .....	40
5. La cultura de los derechos como proceso empático.....	43
6. Cultura de los derechos, pero también Ciencia de los derechos.....	48
7. Una primera conclusión.....	49
<b>II. Hermenéutica empático-simbiótica .....</b>	<b>51</b>
1. Los casos realmente trágicos .....	51
2. Los vicios de la argumentación jurídica.....	53
3. La dimensión textual de los derechos.....	59
<b>III. Crítica al casismo jurídico .....</b>	<b>63</b>
1. El prejuicio numérico.....	63
2. En realidad ¿qué son los casos prácticos? .....	65
3. Teoría y práxis en los casos .....	68
4. Metodología para el análisis de casos .....	72
5. El caso práctico en el contexto de los estudios jurídicos.....	77

<b>IV. Otro modo de argumentar los derechos: el infrarrealismo jurídico .....</b>	<b>81</b>
1. Justificaciones .....	81
2. La Argumentación desde la idea del juego .....	87
3. La risa, la ironía y la argumentación retroductiva .....	90
<b>V. El sentido común en la argumentación jurídica.....</b>	<b>102</b>
1. El sentido de justicia y el sentido común .....	102
2. La suspicacia de Protágoras .....	111
3. Cervantes y el juicio de Sancho Panza.....	116
4. El sentido común en “Ahí está el Detalle” .....	128
5. El Sentido de justicia en John Rawls .....	134
<b>VI. Otros modos de argumentar .....</b>	<b>137</b>
1. Argumentación para la paz .....	137
2. Argumentación intercultural .....	141
3. Argumentación desde el Sur .....	152
3.1 <i>¿Qué es el Sur global?</i> .....	152
3.2 <i>Inculturación</i> .....	155
3.3 <i>América: inteligencia, imaginación e imaginarios</i> .....	158

*José Ramón Narváez Hernández\**

---

\*Doctor en derecho por la Universidad de Florencia, profesor investigador de la Universidad Nacional Autónoma de México y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Doctor honoris causa por la Universidad Andina Nieto Cáceres.

## PRÓLOGO

---

*Por Juan Antonio García Amado\**

Este libro de mi apreciado amigo y estimado colega José Ramón Narváez es una obra provocativa y punzante, no escrita para adormecer conciencias, sino para despertar inquietudes, no para gloriar edenes académicos y conceptuales, sino para denunciar conformismos y afear vicios y prejuicios de tantos de los que nos dedicamos al menester de los estudios jurídicos.

Honrado por la invitación para hacer este breve prólogo, me subo al carro de este juvenil pensamiento jurídico de la sospecha y pongo mi grano de arena. Diré algo solamente sobre la abundancia de derechos y sobre la moda de la argumentación jurídica.

### a) Sobre los derechos y su discurso.

En efecto, los derechos subjetivos, y más si los hacemos fundamentalísimos, se han convertido en un fetiche, y su lenguaje en

---

\*\* Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León (España)

una especie de barbitúrico para bien pensantes o acomodados dirigentes que quieren acallar los restos de su conciencia.

Hubo un tiempo en que parecía que los derechos se reclamaban y se conseguían para que luego sus titulares pudieran hacer algo. Los derechos eran piezas con las que cada cual construía su vida de mejor manera, se realizaba en su autonomía o, en su caso, se defendía activamente frente a un medio social o político hostil. Reclamaba libertad de expresión el que quería decir, libertad de movimientos el que pretendía desplazarse, derecho a la salud el que quería vivir la vida, derecho a la educación el que ansiaba aprender y del aprendizaje iba a hacer palanca para su plenitud personal o su ascenso social.

Ahora ya no es así, o ha ido dejando de ser así. Los derechos ya no se tienen para, sino que se reclaman porque. Los derechos no sirven a la producción autónoma de la propia biografía, sino que, porque uno existe, es titular de los derechos, y una vez que tienes muchos derechos, las tiene todas contigo. Si un día los derechos fueron el combustible vital del ciudadano activo, hoy son el alimento ideológico del pasivo. Si antaño sirvieron para plantarle cara al poder y limitarlo, en estos tiempos son moneda que al poder se le cobra para permitirle crecer.

Perdida la referencia más humana de los que se llamaron derechos humanos, ya que dejan los derechos de ser herramienta de autoafirmación individual y se tornan adorno retórico o cláusula de estilo, nos gusta ahora sembrar derechos por doquier. Cuando ya no se nos ocurre uno más que reclamar para los seres humanos o un nuevo nombre o matiz que darle a algún derecho antiguo, podemos, gozosos, inundar de derechos así de brillantes cuanto nos

rodea: derechos en plenitud tienen los pueblos, la naturaleza misma, los animales, los mares, los hielos, y pronto se reclamarán también para las células, los átomos, las partículas más pequeñas o los cantos rodados del lecho de los ríos.

Así, transido el mundo todo de derechos y poseído por los derechos cuanto existe, el riesgo de revolución se esfuma y la tentación de rebelión se reprime por sí sola. No sea que, si algo hacemos, alteremos algún espacio, alguna relación o algún ser preñado de derechos. Puesto que este tipo de concepción de los derechos y esta manera de hablar de ellos es expresión de una nueva religiosidad que reproduce fielmente los trazos de una religiosidad cualquiera, de la entusiasta exaltación por lo existente y con lo existente nace un mandamiento de quietud. Contemplemos, arrobado, la magnífica obra que antes fue de la Creación y es ahora de la naturaleza, sean los mares, sean las naciones o sea un ser humano cualquiera, y no olvidemos que todo es sagrado y que nada debemos cambiar. Porque cuanto hay está plagado de derechos, oremos a los derechos, proclamemos bien alto su supremo valor y nada hagamos para no alterar ninguno. El premio, que en tiempos fuera una promesa de eterna beatitud, es ahora alguna tolerancia o cualquier subvención que, al fin y al cabo, viviremos como dichosa realización de otro derecho más, esta vez nuestro.

Entiéndaseme. No es que esté contra los derechos de los ciudadanos o la humanidad toda; es que cansa y decepciona un lenguaje y un uso retórico y vital de los derechos que los anula en buena parte, de tanto exaltarlos, de hacer noción inaprensible de lo que fue arma de lucha por la mayor justicia para los individuos, y en particular para los más débiles. El ciudadano que un día salió armado de sus derechos básicos para pelear por su dignidad real, se

hace hoy satisfecho guardián de un depósito de armas y lleva la contabilidad y pide su salario por pulirlas y almacenarlas ordenadas y empaquetadas.

Ha vuelto la teoría jurídica a una peculiar jurisprudencia de conceptos, y donde aquellos alemanes del XIX clasificaban y subclasificaban las nociones del Derecho privado de aquella manera que magistralmente satirizó el segundo Jhering, la academia jurídica se esmera ahora en descubrir derechos nuevos con los que legitimar un trabajo intelectual que tiñe de moralidad el mundo y la vida, para que cada cual siga tranquilamente con su vida y el mundo poco cambie. Donde otrora se forzaba la contradicción entre la filosofía y la praxis, ahora se practica la filosofía para mantenerse en el equilibrio. Donde antes se porfiaba para modificar el mundo, ahora se quiere hacer sostenible el mundo que hay. Donde antes se combatía la ideología como falsa conciencia, ahora se oculta la conciencia de la ideología. Todo ello, con el lenguaje de los derechos. Nunca tantos derechos tuvieron los que casi nada tienen. Nunca tener derechos sirvió para tan poco. Nunca los que mandan y mejor se beneficiaron hablaron de los derechos tanto ni los sembraron con semejante alegría. Jamás tan altísimas aspiraciones produjeron resultados tan livianos.

### **b) Argumentación y práctica jurídica.**

Siempre soñaron los teóricos del Derecho con el método definitivo, con el expeditivo proceder que permitiera dar para cada caso con la solución unívoca e indubitada, con lo que últimamente se

ha denominado la única solución correcta. Primero fue porque se desconfiaba de los jueces, se temía que arruinaran la obra excelsa y perdurable de aquel legislador que convertía la razón en Código Civil. Mucho después, recientemente, ha sido porque ya no se le tiene fe al legislador y se piensa que es demasiado voluble, político en mal sentido, rehén de mil y un intereses malamente confesables. Ahora son los jueces los que han de rescatarnos, dando con la verdad jurídica esencial predisposta en el fondo axiológico del sistema jurídico para cada litigio. No se aceptaba antiguamente lo que de discrecionalidad judicial hay en cada caso, o en cada caso complejo o difícil, ya que el juez era demasiado humano; y no se quiere hoy la discrecionalidad de los jueces porque la razón es supremo atributo del Derecho y a través de la razón objetiva se ha de manifestar en la sentencia judicial. Y siempre en el método se busca la panacea. En el siglo XIX el método tenía que atar al juez, para que su voluntad no se impusiera a la de la ley; en la actualidad el método ha de liberar al juez hasta de la ley, para que la voluntad del legislador, y hasta del poder constituyente, no ocluya los mandatos de la razón moral en el Derecho. La verdad no tiene más que un camino y con las indeterminaciones y lagunas de la norma positiva la verdad se bifurca y la discrecionalidad de los jueces elige sendas. En otro tiempo se pensaba que la práctica del Derecho podía reducirse a simple silogismo o a mecánica subsunción. En el presente se trata de ponderar, de pesar principios y valores. Juego de espejos e ideales viejos con nuevos ropajes. La objetividad plena como permanente utopía y el juez como vocero de la solución verdadera única para cada caso. Otrora la sustancia mágica se hallaba en las palabras de las normas, hoy la pócima la ofrecen los valores de la constitución. El sueño secular del Derecho como ciencia se torna cada vez en apología de la alquimia.

Hubo una época, en la primera mitad del siglo XX, en que la teoría del Derecho se hizo austera y el escepticismo se impuso. Realistas jurídicos, positivistas kelsenianos, sociologistas y seguidores de la escuela de Derecho libre se aplicaron con saña a desnudar los mitos de la razón en el Derecho. Después, unos pocos buscaron patrones nuevos para el rescate de la racionalidad jurídica. Así fue naciendo la que se llamaría teoría de la argumentación jurídica. En la aplicación de las normas hay ineludible discrecionalidad, pero se quería diferenciar entre un uso razonable y la degeneración de la misma en arbitrariedad incontrolada. A la lógica se le reconoció su sitio, subordinado, pero insoslayable. Y se nos hizo ver que cuando el jurista razona, emplea los criterios de la racionalidad ordinaria, la misma con que a diario hablamos y nos entendemos, esa racionalidad con la que unos con otros argumentamos para convencernos. No es posible demostrar cuál es el juicio verdadero si de optar entre alternativas prácticas se trata, pero cabe descartar algunas elecciones por irrazonables, por mal fundamentadas, por engañosas o insuficientemente justificadas.

Pero la teoría de la argumentación jurídica se fundió y confundió con el viejo ideal del racionalismo pleno y se quiso demostrativa. Se trata ya de argumentar para descubrir y fundar la única decisión correcta para cada caso; o casi. Las reglas del correcto argumentar cubren el espacio que dejaba libre la lógica. La racionalidad de las decisiones no es lógica, es argumentativa, más las reglas del recto argumentar se revisten de la contundencia demostrativa de la lógica abandonada. Donde antes se concluía con verdad formal, ahora se pesa con casi física precisión.

La teoría del Derecho se aleja de la política y pone entre paréntesis la metodología analítica. La técnica conceptual y el rigor sis-

temático dejan paso a una nueva apoteosis de la razón sustancial como razón jurídica práctica. Por muy especial que sea el razonamiento jurídico, es un caso especial de razonamiento práctico general. Eso se dice. A fin de cuentas, regresamos al viejo tópico de que el Derecho está al servicio de la justicia y de que la justicia es la esencia del Derecho. Una justicia objetiva, verdadera, por supuesto. Con buena conciencia. El profesor vuelve a ser profeta y oráculo, guardián de las verdades objetivas y comunes que nada más que él, con su método, descubre.

En este libro hay depurada escritura, pasión, inquietud, inconformismo. Es otra manera de ver el Derecho y a los juristas. Hay rebeldía teórica. Son el Derecho y la praxis jurídica, contemplados vitalmente y observados desde saberes bien diversos. Las referencias doctrinales más estrictas van de la mano con la literatura o el cine. Importa cómo se enseña el Derecho porque, según se enseñe, así será. Vale este libro para los que enseñan el Derecho y para los que sobre Derecho aprenden, para el experto y para el lego. Para todos tendrá sugerencias y a cualquiera lo podrá desconcertar en algún punto.

Sobre lo jurídico y sus circunstancias también es posible escribir un buen ensayo. Leamos y disfrutemos.

*Juan Antonio García Amado  
León, España, julio de 2015.*

## 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> Cf.: PINTORE, Ana, “Derechos insaciables”, en: *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 243-265.

<sup>2</sup> Cf.: 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 enfascó 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> creímos que eso era lo correcto lo creímos así por

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

<sup>5</sup> Cf.: 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”. *Cfr.* ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén*, Barcelona 1999.

## **I. ACERCA DE LA CULTURA DE LOS DERECHOS**

---

### **1. ¿Derechos? ¿humanos?**

La simple enunciación de la palabra “derechos humanos” nos hace pensar que existe un problema semántico, y es que entre el derecho, su enunciación y la realidad existen contradicciones respecto a lo que por excelencia debería ser tutelado por el derecho, el ser humano. No obstante, en materia de derechos fundamentales, tendemos a utilizar el término ‘humano’ y no ‘persona’ como en el derecho privado, quizá influenciados en el binomio “human rights” del inglés. Para complicar las cosas, hay también una corriente que aboga por la supresión de lo “humano” porque esto ha llevado a una discriminación respecto de otros entes que deberían ser tutelados y que se consideran “no humanos”, los ejemplos más recurrentes en este sentido son los animales y el medio ambiente.

Algunos teóricos como Norberto Bobbio han hecho notar que el derecho es siempre humano.<sup>7</sup> Como sea, el término ha adquirido una connotación bien precisa, ya no derechos de los humanos o derecho del ser humano, sino una rama del derecho con un conjunto de bienes a tutelar. Derecho público tal vez, pero más conocido por sus elaboraciones de derecho administrativo y por su

---

<sup>7</sup> Cf. BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 64 y ss.

importancia política que seguramente le viene de la necesidad de justificar una materia que era un tiempo sólo “declarativa” en las cartas fundamentales.

Los Derechos Humanos deben aspirar a ser una materia científica que vaya por delante de las demás ramas del derecho de manera transversal, marcando los excesos en la aplicación de éste pero también proponiéndole una terminología y una manera de enunciarse sea legislativamente, jurisprudencialmente, en la misma doctrina e incluso el lenguaje ciudadano.

Este debía ser el protocolo de una investigación que por ahora no se ha realizado pero que por el momento se abre paso para manifestar la necesidad de trabajar sobre el tema a fondo, sin caer en palabras huecas como dignidad o libertad, en conceptos cadáver como los llamaba Theodor Adorno o categorías zombis como les dice Ulrich Beck, sino con una conciencia firme y crítica; y sino ¿cómo responder a la frase de Herbert Klauss “desde que se inventaron los derechos humanos los hombres viven como perros”<sup>8</sup> derivada de aquél progresivismo de los derechos que no lograba explicar los totalitarismos europeos de los años 40’s en el siglo XX?<sup>9</sup> es tarea difícil la que tienen los derechos humanos como ciencia pues deben demostrar su verdadera aplicabilidad, pero además deben demostrar que van más allá de un simple derecho enunciativo o aparente que sólo ‘declara’ derechos y justifica gobiernos y gobernantes, ir más allá de la cláusula en los contra-

<sup>8</sup> Cf.: KLAUSS, Herbert y LANGE, Joachim, *Die Gesellschaft des burgerlichen Rechts*, Ludwigshafen, Kiehl, 1975.

<sup>9</sup> Problema afrontado por Celso Lafer, *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991. Nos plantea una disolución de paradigmas en torno a los derechos humanos y su base iusnaturalística.

tos internacionales que exige a los países subdesarrollados ‘justificar la aplicación de un Estado de derecho’. La investigación en este punto y las aportaciones doctrinales son muy necesarias en este ámbito en el que la praxis internacional ha rebasado las expectativas de un derecho nacional.

## 2. El discurso contradictorio de los derechos

Es tan recurrente escuchar reivindicaciones de todo tipo en relación con los derechos, que hoy el discurso<sup>10</sup> es tan contradictorio que parece insostenible que pueda darse en la realidad. Con el mismo argumento de defensa de los derechos, un país realiza una invasión militar a otro para hacerlos efectivos, con el mismo argumento un tirano se niega a dejar el poder para preservarlos.<sup>11</sup>

El discurso sirve para permitir la imposición de políticas neoliberales por parte de organizaciones internacionales monetarias o de administradores del mercado mundial en países pobres, y es el mismo discurso, a veces con el mismo contenido, que utilizan los gobiernos de esos países para permitirlas en lo particular, aunque

---

<sup>10</sup> E incluso, deberíamos hablar de discursos al plural, porque no es sólo uno, pero además como parte de un exceso de la actividad perniciosa del “discursear” sobre los derechos humanos como un acto retórico en sentido peyorativo: *Vid.* HABA, Enrique P., “PUNTUALIZACIONES TERRENALES EN TORNO A LAS FORMAS DE DISCURSEAR SOBRE EL TALISMÁN «DERECHOS HUMANOS» Un compendio de observaciones poco complacientes, sobre todo con respecto a ciertas cómodas maneras”. en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2013, pp. 3-81, de hablar mucho y no decir casi nada.

<sup>11</sup> Ignatieff habla del “doble-lado” de los derechos en relación con la democracia, porque por una parte sirven para dar cauce a las demandas democráticas, pero a la vez para defender a las minorías de la depredación de las mayorías: IGNATIEFF, Michael, *The rights revolution*, House of Anansi, Toronto, 2007, pp. 1-2.

en lo general tales gobiernos justifiquen su existencia en la oposición hacia tales organizaciones.<sup>12</sup>

Ciertamente los derechos humanos “no tienen ideología” como indica Douzinas:

Un nuevo ideal ha irrumpido en el escenario global mundial: los derechos humanos. El mismo une a la izquierda y a la derecha, al púlpito y al Estado, al Ministro y al rebelde, al mundo en desarrollo y a los liberales de Hampstead y Manhattan. Los derechos humanos comenzaron su vida como el principio de la liberación de la opresión y la dominación, el grito de los sin techo y los desposeídos, el programa político de los revolucionarios y los disidentes. Pero su llamada no está confinada a los desheredados de la tierra.<sup>13</sup>

Es la naturaleza discursiva de los derechos,<sup>14</sup> la que permite la flexibilidad ideológica y su éxito; su bondad, su proyección al futuro

<sup>12</sup> Ver en este punto el interesantísimo balance que hace Linn Hambergren sobre el posible fracaso de la reforma judicial en América Latina, siendo incluso ella una de las operadoras de la misma, aquí el imaginario y los datos objetivos se mezclan, muchas de las reformas vienen propuestas (o impuestas) por el Banco Mundial, es una imposición de la *United States Agency for International Development* (USAID), a veces son el resultado de un sin fin de fondos destinados a ese fin en América Latina *Cfr.* HAMMERGREN, Linn, “Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más” en *Resoluciones Asamblea General*, Departamento de Derecho Internacional, Organización de los Estados Americanos (OEA), Washington D.C., versión electrónica <http://www.oas.org/juridico/spanish/adjust5.htm> (consultado el 17 de mayo de 2015).

<sup>13</sup> DOUZINAS, Costas, “El fin(al) de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, 2006, vol. 7, pp. 309-340.

<sup>14</sup> Incluso como los propios argumentólogos lo citan (*verbi gratia* ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1995), diciendo que sus trabajos sólo van destinados al ejercicio textual-lógico y no al empírico ontológico, lo paradójico es que la mayoría de operadores jurídicos consideran la quinta escencia del pragmatismo este tipo de trabajos.

hacen posible que el discurso subsista como tal, es decir, sin necesidad de pasar a los hechos. Claro que esto podría tacharse de simulación, de discordancia entre el discurso y la realidad, cuestión perfectamente entendible en una cultura occidental todavía racionalista que busca sustento en la posibilidad de arreglar el caos que presenta el mundo a través de la racionalidad convertida en una buena imagen del mismo.<sup>15</sup>

La idea de estar sometidos a un discurso taumatúrgico revive viejas reminiscencias, por un lado alguien pudiera pensar que el ser humano debe estar siempre vinculado a un mito, pues es la esperanza la que lo lleva a sobrevivir psicológicamente un mundo de injusticias; alguien más agregaría que el mito ha sido superado en la modernidad y hoy se vive de certezas verificables en la práctica; ambas visiones son generales y hacen necesario el matiz, ni la antigüedad carecía de certezas ni la modernidad ha prescindido del mito.<sup>16</sup>

Y justo esta pervivencia del mito en la actualidad, o más bien, del mecanismo por el que una sociedad confía más en la imagen de un orden justo posible, que en su real posibilidad de lograrlo, nos hace pensar que el tema nos conduce a una historia de la filosofía por un lado y a una filosofía de la historia por otro; puesto que tendríamos que rastrear en la historia del pensamiento occidental la formulación de una doble idea: de aquella por la cual el ser hu-

---

<sup>15</sup> Aquí deberíamos estar hablando ya de “la fuerza simbólica de los derechos humanos” que como lo apunta Marcelo Neves tiene una doble posibilidad porque podría el discurso estar legitimando un *stau quo* carente de derechos o bien legitimando la movilización para la realización de los mismos, NEVES, Marcelo, “La fuerza simbólica de los derechos humanos” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, núm.. 27, Alicante, 2004, pp. 143-180.

<sup>16</sup> Lo que Eliade denomina “mito vivo” se trata de una historia “ejemplar y significativa” ELIADE, Mircea, *Mito y realidad*, Editorial Kairós, Barcelona, 1999, p. 7.

mano combate la injusticia, y aquella otra por la cual busca ejercer y que se le permita tal ejercicio de su libertad; ambas ideas obviamente se vinculan, pues se sufre injusticia cuando se limita el ejercicio de la libertad. La filosofía de la historia serviría para aclarar el origen del discurso, su uso y su contenido.<sup>17</sup>

Más argumentos nos llevan a considerar que es importante atender la cuestión de los derechos desde la historia. Resulta que el discurso por su naturaleza es performativo, es decir, tiende a sugerir una forma que puede llegarse a verificar en la realidad, Win Wenders, afamado cineasta, mencionó alguna vez que incluir en sus películas buenas imágenes del mundo puede llevarnos a un mundo mejor;<sup>18</sup> pero no necesariamente, y es justo este detalle el que debe tenerse en cuenta en una consideración histórica. Explicado de otro modo, puede hacerse la historia del discurso presentándose como la historia de la realidad, y llegará el momento en que ambas historias se confundan al grado de creer que la segunda es necesariamente la primera, lo cual llevaría a afirmar que cualquier otro tipo de historia, sobre todo en el caso de los derechos, es incorrecta; porque ¿quién puede negar que desde 1789 ya existía en Europa la idea de igualdad? Y sin embargo existe una historia de la desigualdad.

Claro está que no negamos que exista una bondad implícita en la performatividad del discurso, las ideas se dice mueven al mundo, es necesario un plan, una lista de esperanzas; lo que intentamos denunciar es un exceso que al parecer es económica y política-

<sup>17</sup> ‘Origen’ muy al estilo de: NIETSZCHE, Friedrich, *El nacimiento de la tragedia*, Edaf, Madrid, 1999.

<sup>18</sup> Citado por DOMÍNGUEZ, Daniel, “Los ojos del tiempo”, en: *Vértigo. Revista de cine*, Ateneo da Coruña, 1992. pp. 19-20.

mente redituable, para eso tendremos que analizar cómo funciona el discurso en la historia.

Otra cuestión interesante en torno a la historia del discurso sobre los derechos, es que parece que algunas categorías conceptuales tienen un nacimiento dentro de un contexto histórico preciso, de hecho semánticamente los derechos nacieron en la modernidad, luego han ido adquiriendo diversas advocaciones que un análisis histórico-conceptual llevaría a contextualizar, es decir que nacen como producto de un pensamiento, de una cultura, lo cual podría ayudarnos a entender mejor el propio concepto y quizás su impacto en determinada sociedad. El discurso tiende a homogeneizar las categorías conceptuales y casi por consecuencia, a presumirlas como intemporales e inmutables, esto entra en contradicción con otro elemento del discurso que es el progresivismo,<sup>19</sup> pues los derechos irían en constante ascenso por lo que a cada época histórica correspondería un nivel de optimización de los mismos. Aquí nuevamente correspondería hacer un análisis matizado, pues como ya advertíamos arriba, existen a nivel antropológico elementos que podrían ser comunes al ser humano como el aborrecimiento a la injusticia, pero también es verdad que en la práctica este aborrecimiento se da en mayor o menor medida, e incluso las formas que adquiere, legales, institucionales y funcionales son distintas. Por lo que el problema se plantearía como la búsqueda alternada de lo común y de lo diverso a través de la razón práctica, nada sencillo, pero indispensable.

---

<sup>19</sup> Por si las dudas aclaramos que no se trata de un concepto positivo sino de un “ismo” es decir un exceso o exageración en la idea del progreso que da por sentado que las cosas siempre mejoran y van tendencialmente hacia arriba y hacia adelante, cuando lo cierto es que también hay cosas que empeoran.

Finalmente todo viene a caer en la necesidad de una sinceridad discursiva, y tiene que ser así porque el tema de los derechos nos involucra y toca muchas fibras íntimas, abarca tantos espacios de la vida pública que es obvio que sean muchos los interesados en hablar del tema, la misma idea de los derechos actualmente está ligada a un espacio de diálogo plural que en principio enriquece el debate pero también lo hace más complejo y difuso, dispersión que en términos del discurso es aprovechable no siempre para buenos fines.

Ante la abundancia de literatura sobre los derechos, y el sin fin de planteamientos, lo que algunos autores han llamado inundación o desbordamiento de los derechos, parece necesario establecer algunos niveles del discurso, sobre todo para ponernos de acuerdo, tampoco esto último debe llevarnos a un anquilosamiento tal que impida continuar con la resolución de otros problemas concorrentes a los derechos, pero sería muy conveniente que cada discurso iniciara con un reconocimiento de su propio nivel, es decir, respecto de su contenido performativo en el momento en el que se enuncia.

Nuevamente los matices, por lo apenas expuesto, parece que no existe sólo un discurso, sino que estaríamos en presencia de varios discursos, algunos contextualizables u otros contextualizadores, dicho de otro modo, unos identificables en un momento y espacio determinados (discurso en estricto sentido) y otros actuales respecto de ese momento y espacio y del propio discurso (meta-discurso); ambos grupos de discursos comparten una cosa, la utilización del método histórico.

Pongamos algunos ejemplos a manera de ilustrar. Los derechos denominados humanos son un discurso en sentido estricto, contextualizable en Europa (con la colaboración de Estados Unidos) a partir de 1945, hoy el metadiscurso sobre los derechos humanos lleva a homologarlos con los derechos del hombre de 1789 (que son otro discurso en sentido estricto), se diría también contextualizables en Europa, pero atención, que estos derechos del siglo XVIII sólo aplicaban a los franceses con lo que el análisis tendría que matizarse sobre el resultado, puesto que el metadiscurso dirá algo así como: “Europa como sociedad liberal es la cuna de los derechos, ergo Europa debe ser el modelo de los derechos humanos hoy”, y lo que diga hoy Europa o lo que se piense que pueda decir será el discurso en sentido lato, lo cual tendrá repercusiones políticas, legales, institucionales y culturales.

Por eso es tan importante tener presente que en el problema del discurso de los derechos el factor determinante es la cultura en la que se generan, es necesaria una crítica constructiva que permita contextualizar un tema bastante manipulado en el que muchas pasiones se mueven pero en donde a veces hace falta mucha reflexión ecuánime.

### **3. La cultura de los derechos**

La noción de cultura de los derechos depende en gran medida de la noción de derechos que la identifica. A partir de lo que se dijo en el capítulo anterior, podríamos decir que hay una cultura que de-

riva del discurso o fuerza simbólica de los derechos,<sup>20</sup> pero habría también por tanto una cultura latente en la realidad social.

Tomado como eje el concepto de cultura jurídica de moda en los años setentas, a partir de los escritos de Lawrence Friedman, podríamos decir que hay dos formas de concebir a los derechos una derivada de la interpretación del derecho (oficial, popular o mixto) y otra la que arroja el ejercicio de sus instituciones,<sup>21</sup> si seguimos en cambio a Friedman podríamos decir que hay dos tipos de cultura de los derechos: la interna y la externa. La primera se entiende como las creencias, opiniones y expectativas de aquellas personas que él considera operadores del sistema jurídico, como son: abogados, jueces, magistrados, es decir, todo aquel que ha tenido un entrenamiento oficial en el derecho; y la cultura de los derechos externa serían entonces, las creencias, expectativas y opiniones del común de las personas.

Ya esto nos plantea un reto epistemológico interesante ¿qué se entiende por el derecho X en la sociedad Y?

Este tipo de preguntas fueron realizadas por los miembros de los estudios denominados *Knowledge and Opinion about Law*

<sup>20</sup> Vamos a insistir en este término porque es muy a propósito el binomio ‘fuerza o poder simbólico’ y ‘derechos humanos’: “El poder simbólico como poder de constituir lo dado por la enunciación, de hacer ver y de hacer creer, de confirmar o de transformar la visión del mundo, por lo tanto el mundo; poder casi mágico que permite obtener el equivalente de lo que es obtenido por la fuerza (física o económica), gracias al efecto específico de movilización, no se ejerce sino él es reconocido, es decir, desconocido como arbitrario. Esto significa que el poder simbólico no reside en los ‘sistemas simbólicos’ bajo la firma de una ‘*illocutionary force*’, sino que se define en y por una relación determinada entre los que ejercen el poder y los que los sufren, es decir, en la estructura misma del campo donde se produce y se reproduce la creencia.” BOURDIEU, Pierre, *O poder simbólico*, DIFEL, Rio de Janeiro, 1989, p. 310.

<sup>21</sup> FRIEDMAN, Lawrence. “Legal Culture and Social Development”, *Law and Society*, 4/1, 1969, pp. 29-44.

(KOL), entre ellos Kutchinsky, Aubert y Podgórecki quienes defendieron la importancia del análisis de la opinión pública en el ámbito del derecho.

El riesgo de este tipo de propuestas fue puesto en evidencia durante las décadas finales del siglo XX pues si la cultura de los derechos es la “aprehensión, interpretación y manipulación de los derechos por expertos y no-expertos del sistema legal oficial (o popular)” esto implica que estamos delante a una ‘deformación del orden normativo’ pero además, que este es manipulable. Durante los años noventa David Nelken propuso que el problema debía ser afrontado como si se tratara de un “... proceso de descripción de los principios jurídicos orientadores del comportamiento y las actitudes sociales”<sup>22</sup> esta nueva concepción como las anteriores, sigue corriendo el riesgo de hacer de la cultura de los derechos algo no-jurídico ¿sería eso negativo? Tal vez no, porque incluso los primeros sectores que se ocuparon de los derechos fueron sectores alejados de lo jurídico, incluso la ciencia jurídica tuvo cierta reticencia para incluirlos en su discurso.

Parece entonces que el concepto de cultura de los derechos tiene que ver con procesos tal vez orientados a prácticas como la judicial por ejemplo, la práctica funciona como la antítesis de la enunciación del derecho, por eso la cultura de los derechos parte de una dialéctica, pues se construye a partir de las necesidades y anhelos que busca un grupo o individuo respecto del reconocimiento de un espacio de libertad. Un ordenamiento jurídico ga-

---

<sup>22</sup> NELKEN, David, “Understanding/ Invoking Legal Culture,” en: *Social and Legal Studies*, pp. 435-452, 1995; (ed.) *Comparing Legal Cultures*, Aldershot: Darmouth, 1997, “Using the concept of legal culture” en *Forthcoming in the Australian Journal of Legal Philosophy*, 2004.

rantiza su subsistencia en la medida en que es capaz de asimilar y generar un espacio a las expectativas jurídicas de los miembros que lo componen.

Existe una dimensión aún inexplorada respecto de una cultura de los derechos. Siguiendo a Friedman, Nelken, Hespanha<sup>23</sup> y quizá en una intuición de Tarello,<sup>24</sup> la Cultura de los derechos se encontraría en una serie de elementos o componentes simbólicos que una comunidad utiliza para construir, entender y aplicar su derecho.

Lo anterior haría desechar reduccionismos muy comunes de visiones legalistas, que identifican a los derechos con la ‘cultura de la legalidad’, es decir, sujetar al Estado a controles de legalidad (Estado de derecho) para evitar que dañe a sus miembros, esta postura ha orillado a preocuparse por la elaboración de leyes, obsesionando al operador del derecho con la idea de la plenitud jurídica “todo debe estar regulado” y generando la idea por tanto de la insaciabilidad de los derechos “toda necesidad puede ser traducida en un derecho, todas las necesidades deben estar reguladas” lo que culmina en una desregulación o descodificación y en la obvia depreciación de los derechos a raíz de su inflación, pues sí todo son derechos, nada es derechos.

Por lo anterior, en realidad lo que realmente debe hacerse es generar una contra-cultura, en oposición a aquella dominante desde hace más de dos siglos regida por la idea de ‘explotación del otro’ como una forma de propietarismo individualista, el derecho propio entendido como privilegio y el derecho del otro entendido como abuso.

---

<sup>23</sup> Cf. HESPAÑA, Antonio Manuel, *Cultura jurídica europea: síntesis de un milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.

<sup>24</sup> Cf. TARELLO, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, Comares, Granada, 2002.

A este fenómeno que Corradini y Palombella llaman “asimetría de la intersubjetividad”.<sup>25</sup> No podemos tasar a los otros teniendo como modelo a nosotros mismos, esto es justo lo que hace el legislador moderno, aspira a crear ciudadanos con base en un diseño a veces impuesto por la política otras veces por la economía, algunas más por la ciencia, pero pocas por la realidad.

En nuestros Estados hobbesianos de ciudadanos limitados en su concupiscencia violenta, esta limitación, nos dice Lévinas, es también limitación a la responsabilidad respecto del tercero, la relación entre yo y el otro es la legitimación del Estado: “La justicia exige y funda el Estado. Ciertamente aquí hay una reducción indispensable de la unicidad humana a la particularidad de un individuo del género humano, a la condición de ciudadano. Derivación. Si bien su motivación imperativa sea inscrita en el derecho mismo de otro hombre, único e incomparable. Pero la justicia misma no podría hacer olvidar el origen del derecho y la unicidad de otros que además recubren la particularidad y la generalidad de lo humano”.<sup>26</sup> En este sentido las libertades fundamentales son “la justicia en revisión de

---

<sup>25</sup> La intersubjetividad entendida como la entienden estos autores: “El *ego* no existe sin el *alter*, el sujeto no existe sin otro sujeto, el ser-para-sí no existe sin el ser-para-otro, el alma no existe sin la historia. Y la relación entre el alma y la historia es la relación entre el privado y el público. Una relación en la cual se consuma toda la vida: con su perenne dialéctica entre la voz del individuo, que de vez en cuando sale del coro para tentar la ser solista, y el coro continúa su canto sin disturbarse... No se nos puede encerrar en la dimensión meramente privada de la existencia, en el <<individualismo obsesivo>>. Pero ni mucho menos cancelar el privado a favor del público, de la <<sociabilidad invasiva>>. No basta una mutación de la conciencia para cambiar el mundo. Pero ni mucho menos se puede creer que los problemas privados dependan enteramente de la política. El alma debe reclamar su derecho a la autonomía, el derecho a la autonomía del privado. Pero no puede dejar que la historia vaya por su lado, como un barco a la deriva. Sobre ese barco estamos también nosotros. Y si naufragará, también nosotros naufragaremos.” CORRADINI, Domenico y PALOMBELLA, Gianluigi, *Unità e sapere del soggetto*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 162-163.

<sup>26</sup> LÉVINAS, Emmanuel, *Tra noi, saggi sul pensare all'altro*, Jaca Book, Milano, 1998, p. 230.

la justicia y en espera de una justicia mejor”.<sup>27</sup> Hemos querido citar en este paso a Lévinas porque aun no siendo jurista trata temas de profunda importancia para el derecho, baste pensar que la idea de justicia y tercero es un problema que ha dominado el debate del siglo pasado tal como el acceso a la justicia o el justo proceso, que no son otra cosa que formulaciones procesales para limitar el poder que vulnera el derecho de algunas personas.

La teoría de los derechos corta de tajo el nivel empático al considerarse producto subjetivo e individual, por ejemplo en un primer momento Mauricio Beuchot atribuye el nacimiento de los derechos humanos a la reflexión de la segunda escolástica dónde es ya claro un concepto de derechos subjetivos.<sup>28</sup> “Nosotros defendemos la tesis de Blandine Barret-Kriegel, de que los derechos humanos son derechos naturales, y que surgen en el siglo XVI en la Escuela de Salamanca, singularmente con Bartolomé de las Casas. Aportaremos la argumentación que ella no desarrolla en su trabajo, y que será una reflexión histórico-filosófica acerca del surgimiento y proceso de consolidación de la idea de derecho subjetivo. Por ello efectuaremos ahora un repaso histórico y pesaremos las pruebas que pueden darse a favor del momento del origen de los derechos subjetivos, el cual autoriza a hablar también del nacimiento de los derechos humanos”.<sup>29</sup> Lo anterior nos

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 231.

<sup>28</sup> Cómo es bien sabido de la polémica Villey-Tierney nos resulta que es posible que las primeras enunciaciones de un concepto sobre derecho subjetivo como derecho facultad, pertenezcan a los canonistas del s. XII en especial Marsilio de Papua y de dónde Ockam las leería para hacer sus teorías (GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Historia de la denominación del derecho-facultad como ‘subjetivo’”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. XXV, Valparaíso, 2003, pp. 407-443.) tanto Marisilio como Ockam impelidos por la disputa entre el Papa y los franciscanos quienes defienden por primera vez la idea de sujeto aislado y exento de la comunidad.

<sup>29</sup> BEUCHOT, Mauricio, *Derechos humanos. Iuspositivismo y Iusnaturalismo*, UNAM, México, 1995, p. 25.

lleva a dos conclusiones, la primera que los derechos, (diferentes al derecho) serían producto de la emancipación del sujeto que asume su individualidad y compele a un obligado abstracto a respetarlos, (en el caso de Bartolomé de las Casas, a la corona española) con lo que se elimina toda posibilidad de una mediación social y por tanto de la participación de la persona.

La segunda conclusión es de tipo conceptual, y es que derechos subjetivos aquí equivalen a derechos humanos,<sup>30</sup> cuestión harto discutida desde la perspectiva de la hermenéutica analógica porque los derechos humanos no son un concepto unívoco, positivo, acabado, presente en toda la historia, ni tampoco son convencionalismos adaptables a cada cultura, debe en cambio mediar un trabajo hermenéutico para conceptualizar cada uno de estos productos históricos por separado. En el caso de la Escuela de Salamanca, no encontramos jamás enunciado el término ‘derechos humanos’<sup>31</sup> pero además el concepto de humanidad que maneja Bartolomé de las Casas no es el mismo que el del siglo XX, porque si bien de las Casas apela a los derechos naturales en la práctica sugiere que estos sean circunscritos a los súbditos españoles y por extensión a los indígenas a partir del codicillo isabelino, pero curiosamente no a los negros que se encuentran en una situación distinta. Además habría que agre-

---

<sup>30</sup> Aún si bien en el mismo libro y en aquél otro titulado *Filosofía y derechos humanos*, siglo veintiuno editores, México, 1993, Beuchot hable de la ‘noción de derechos humanos en Santo Tomás de Aquino’ por ejemplo.

<sup>31</sup> Creemos que el concepto de derechos humanos goza de total autonomía por las siguientes razones: 1. A diferencia de otros conceptos similares como ‘derechos del hombre’, ‘derechos subjetivos’ o ‘derechos fundamentales’, los derechos humanos prescinden del elemento soberanía, son supraestatales y están por encima de la reflexión nacional, 2. Su consagración y enunciación distintas después de la Segunda Guerra Mundial ponen en evidencia la necesidad de distinguirla de otras categorías conceptuales, 3. Los destinatarios son universales y por tanto la garantía de los mismos está más allá de la pertenencia a una nación aún si pueden ser garantizables por algunas naciones en particular.

gar que la doctrina actual es unánime en el sentido de la equivocidad de los derechos subjetivos.<sup>32</sup>

Bartolomé de las Casas es ya un autor moderno porque supone la vinculación directa entre el individuo y el soberano, aquí la calidad empática y personal del derecho se ha perdido, el derecho está a punto de ser desvinculado de la justicia, que es la que lo mantiene unido a una dimensión ética y de alteridad que le aporta validez (en cuanto valores) y fuerza.

#### 4. De la voracidad jurídica y el derecho atrito

Vamos a abundar un poco más en la deformación cultural del discurso sobre de los derechos,<sup>33</sup> cómo es que han llegado a entenderse paradójicamente como algo muy necesario pero a la vez como algo aberrante que permite atrocidades e injusticias.

El secreto está en el destinatario, ¿es el destinatario de los derechos un ente abstracto?, ¿es un individuo, es un grupo o un individuo en un grupo?, ¿a quién pueden exigirse los derechos?, las respuestas a estas preguntas han sido de la más variada in-

<sup>32</sup> Cf.: CARPINTERO, Francisco, MEGÍAS, José J., RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J. y MORA, Enrique V., *El Derecho Subjetivo en su Historia*, Cádiz, Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 2003.

<sup>33</sup> Tendremos que hacerle caso a la querida Tecla: “El Abuso del lenguaje de los derechos y la proliferación de su retórica generan una inmediata desconfianza y una mal disimulada sospecha respecto de cualquier análisis que proponga afirmar o defender las buenas razones de la cultura de los derechos. Si queremos realmente seguir escribiendo y hablando de derechos, parece imperativo denunciar y criticar severamente aporias, incongruencias, insuficiencias y defectos de la doctrina...” MAZZARESE, Tecla, “Minimalismo de los derechos ¿apología razonable o deslegitimación insidiosa?” en *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, año V, núm. 5, Buenos Aires, 2005, pp. 45-72.

dole históricamente hablando, pero también varían en una misma sociedad de un caso a otro, pero podríamos decir que la cultura dominante es la siguiente: Encontramos a un sujeto capaz de ser destinatario de derechos en principio se le ha enseñado a pensar en su subsistencia y en sus pertenencias, desgraciadamente no es el único.

Por otro lado el Estado no tardó en darse cuenta que un modo práctico para justificar su existencia era la de ofertar derechos, nuestra concepción social del derecho se transformó en una concepción pública, el Estado es el único generador de derecho, él nos libera y nos constituye en personas en cuanto sujetas a su derecho. El derecho hoy es cosa pública, no en cuanto a que es de todos, sino en cuanto a que es asunto estatal. El Estado tiene por tanto que producir derechos para que el particular los consuma, el efecto es fácilmente deducible. Una sociedad de individuos con la preocupación constante por apropiarse de más y mejores derechos, negociaciones todos los días que sólo hablan de ‘demanda de derechos’ y pocos compromisos. Hasta el lenguaje se ha adaptado a esta mercadotecnia: generaciones de derechos para una mejor vida. Adquisición gradual de derechos, todos consumiendo derechos.

Entonces surge la preocupación porque este mundo irresponsable se basa nuevamente en una ley que no es la de la justicia, la modernidad no se supera, se fortifica, al grado que lo posmoderno, es más moderno. En este mercado de derechos, en el que es difícil moderar los apetitos jurídicos hay que poner controles, pero estando divorciada la ética con la vida humana, nadie se atreve a pedir un *cambio de vida*, no vaya a ser que pase por moralista, entonces se recurre al castigo, porque es lo más sencillo, la fórmula

“pan y circo” no necesariamente se refiere a la variedad sino a mantener ocupada a la sociedad y controlada. Consumo derechos y guárdate de hacerlo sólo en la medida de tu capacidad de recibirlos, cualquier abuso en el sistema será severamente castigado. Bajo la premisa “premio castigo” nuestra sociedad busca la redención asimilando sus temores, cuestión que por obvias razones prefiere el sistema político. Así esperamos lograr el orden jurídico, el bien común, no porque estemos convencidos de su bondad intrínseca, sino porque no nos queda de otra, porque de lo contrario seríamos castigados. La Cultura de la legalidad, que no es cultura, es un inhibidor eficaz que nos mantiene lo suficientemente ocupados, como para pensar en *cambiar*. Trámites, papeles, disposiciones, entre más confuso sea, es mejor; la inmediatez del documento atrofia la reflexión e impide la argumentación. Una especie de funcionalismo jurídico apuesta diariamente a soluciones prácticas y cada vez más rápidas que no permiten compromisos a largo plazo y por tanto hacen imposible fundar sociedades autopoyéticas.

Pobres de nuestras sociedades: atritas por temerosas, justas por ajustadas a la ley, desalmadas por pensar en una muerte menos mala, más que en una vida mejor.

Nuestras sociedades se basan por tanto en el miedo, en la desazón, en el vacío, sobre todo en éste último, producto de nuestra separación con la comunidad “Cuando el individuo se lanza al vacío... ya no es más que una pedazo de piel, ha perdido toda sensibilidad, es la utopía absoluta, la apoteosis del estado de naturaleza. Es nuestra robinsonada.”<sup>34</sup> En este panorama orweliano, de constante temor y desconfianza, es difícil plantear un dere-

<sup>34</sup> MONGUIN, O., *El miedo al vacío. Ensayo sobre las pasiones democráticas*, FCE, Buenos Aires, 1993, p. 37.

cho empático, pues no existe el otro. De aquí la urgencia a disminuir el miedo y a generar estructuras de confianza uno a uno, no como pretendió la modernidad, la confianza en una mítica comunidad estatal “... contrato de confianza recíproca es el origen de un profundo malentendido que afecta a las representaciones del espacio público.”<sup>35</sup> Este compromiso no debe ser un falso nacionalismo, hacia una comunidad romántica que en el fondo no representa ningún compromiso, no. El compromiso en términos jurídicos, es siempre objetivo y personalizado y justo por estos elementos obligatorios, aquella función metajurídica del honor, la palabra dada y el buen nombre en el compromiso adquieran juridicidad. Cumplir como persona, con mi persona, el incumplimiento trae aparejado un deterioro de mi personalidad. Ha hecho mucho daño el divorcio entre causa e imputabilidad, atribuido en gran parte a las teorías kelsenianas, desvinculando hecho, hecho jurídico y acto jurídico, además, fruto de una mala traducción. De este modo obramos no jurídicamente (entiéndase antijurídicamente) hasta que no caemos en la hipótesis legal (entiéndase hasta que somos descubiertos). Somos, como ya hemos apuntado, una sociedad no sólo temerosa y desconfiada, sino peor aún irresponsable.

## 5. La cultura de los derechos como proceso empático

El derecho debería ser naturalmente empático, pero como no lo es, hacemos entonces la propuesta. Primeramente, debiera existir un autoconvenimiento, permitido y fomentado ‘por quien tiene a su cargo la consecución del bien común’, de que el derecho

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 54.

es un producto social. Por segunda cosa, debiera existir una fuerte propaganda, tarea de la ciencia jurídica, para inducir una cultura contrita del derecho, es decir, un apego a los compromisos, por amor a la justicia.

El concepto jurídico de persona, como concepto fundamental,<sup>36</sup> debiera ser la base de una hermenéutica analógica de los derechos,<sup>37</sup> porque la persona no es solamente un ente comunitario que se disuelve en la colectividad, pero tampoco es sólo individualidad pura con posibilidades de exigir libertades inmanentes que ni siquiera comprende; no es un ser encerrado en una cultura local, ni mucho menos el irresponsable ciudadano del mundo desvinculado de todo compromiso con una comunidad concreta; la persona es el ser humano con libertad funcional, con libertades y compromisos, con identidad individual pero parte de un orden jurídico que busca la justicia, con derechos y obligaciones.

Bajo la óptica antes señalada, los derechos son un logro de la ciencia jurídica pero hay que tener ciertas previsiones: “la insistencia acerca de los derechos debe ser valorada positivamente; es el si-

---

<sup>36</sup> Cfr. MATTI, Niemi, *Hohfeld y el análisis de los derechos*, Fontamara, México, 2001, en este estudio se analiza la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales elaborada por Wesley Newcomb Hohfeld a la luz de los derechos, tanto estos como la persona son conceptos jurídicos fundamentales, sin embargo la perspectiva histórica sugiere un trato particular de los conceptos como lo ha sugerido Reinhart Kosellek, pues los conceptos no sólo cambian de generación a generación, sino que además se diversifican dentro de la cultura, hoy mismo, tenemos diferentes conceptos de derechos, el que se maneja en declaraciones, el del discurso académico y que el tiene la sociedad.

<sup>37</sup> El cuál a decir de José Ignacio Gutiérrez de Velasco significaría “deconstruir los derechos humanos, transformándolos en una política cosmopolita que vincule en forma sinóptica las conceptualizaciones emancipatorias de los derechos humanos”, “Hermenéutica analógica de los derechos humanos”, en: DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (comp.), *Hermenéutica analógica, derecho y derechos humanos*, Universidad Autónoma de Aguascalientes, Aguascalientes, 2004, pp. 89-128.

gno de una civilización jurídica que pretende renegar de aberraciones de un pasado todavía cercano contra el sujeto y sus sacro-santas libertades, libertades comúnmente ligadas a su dimensión moral, religiosa, cultural y por tanto para tutelarse a como de lugar. Dicho esto creo sin embargo, que se deba tener cuidado de un énfasis excesivo que nos lleva a absolutizar cada derecho... no olvidemos jamás que estos derechos son conferidos al particular no en cuanto isla solitaria sino junto a otro y a muchos otros, son conferidos al particular en cuanto sujeto inserto en una comunidad históricamente viva. Por tanto: plenamente comarto el tratamiento sobre derechos, pero esto debe ser también junto a la búsqueda de una ética de la responsabilidad".<sup>38</sup>

Ciertamente, los derechos cumplen una función mediática entre el Estado y la persona y es el sentido que guardan en la fórmula ‘Estado de Derecho’, que obligan al poderoso a ceñirse a unos límites, al legislador a elaborar leyes acordes a principios que los anticipan y al juez constitucional a mantener el equilibrio entre los principios aceptados a través del constitucionalismo y aquellos valores de donde nacieron o debieron nacer aquellos principios.

Los derechos, en el sentido conceptual histórico específico que han asumido en la segunda mitad del siglo XX, denominados derechos humanos, incluyen una vinculación entre el esquema conceptual constituido por una comunidad nacional y un posible esquema universal, vinculación que ha sugerido la creación de instituciones, de legislación, de jurisprudencia, de doctrina y hasta de costumbre. La paradoja a resolver y a la cual la hermenéutica analógica puede dar algunas pistas, es la que se origina entre

---

<sup>38</sup> GROSSI, Paolo, Prima Lezione di diritto, Laterza, Milano, 2003, p.118.

la sinopsis de derechos más universal y aquellas que en orden descendente se van presentando en relación con la persona y su vida comunitaria, una paradoja que la historia del derecho explicaba a través de las implicaciones entre el derecho común y los derechos particulares o propios, que se intentó solucionar en la idea de un *ius gentium*, que tenía razón de ser en la praxis contenida en el paradigma judicial obra de la prudencia y válida por su carácter racional y eficaz. Analógicamente hablando, no podemos construir una vía franca entre el esquema universal y cualquiera de los esquemas sucesivos de camino hacia la persona, asumiendo una abstracción de lo que consideramos persona en modo unívoco, pero tampoco podemos justificar un relativismo fruto de la idea soberana, por el cual cada nación asigna un esquema de derechos a sus miembros, la empatía nos muestra, en los diferentes niveles (de persona a persona, de comunidad a persona, de comunidad a comunidad, de comunidad a Estado, de Estado a Estado y de Estado a persona) que “tener un derecho” no puede significar solamente “pretender legítimamente algo de alguien” porque “reivindicando un derecho pongo en juego un complicado cruce de expectativas que implica a los otros conciudadanos; reivindicando un derecho pongo en juego valores de fondo y convicciones culturales de la sociedad de la que formo parte.”<sup>39</sup>

Yo soy responsable de todo y de todos, decía Borges. En el relato “Acercamiento a Almotásim”<sup>40</sup> el personaje principal es un estu-

<sup>39</sup> COSTA Pietro, “Derechos”, en: FIORAVANTI, Maurizio, *El Estado Moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 45-64.

<sup>40</sup> El cuento fue publicado por primera vez en el compendio: “El acercamiento de Almotásim”. en: *Historia de la eternidad*, 1936, en Obras completas, tomo I, Emecé editores, Buenos Aires, 1974. Borges crea la ficción de estar comentando una novela de corte policiaco de título *The approach to Al-Mu'tasim*, supuestamente escrita por el abogado Mir Bahadur Ali, de Bombay, para muchos se trata de un ejercicio hermenéutico complejo que simula ser una reseña de novela y plantea una terapia psicológica *Vid*. FERNÁNDEZ, Elena, “Reflexiones sobre ‘El acercamiento a Almotásim’”

diente de derecho hindú que asesina a un intocable y no sabe si es él el asesinado o es el asesino que huye. En su huida, este pasante de derecho, se refugia en una zona marginal, donde se descubre igual a aquellos entre los que se esconde. Con diferentes referencias a espejos, Borges nos dice, que somos una claridad parcial, suma de ‘reflejos’ de lo que los demás ven de nosotros, aunque siempre hay quien tiene el delirio de encontrar “en algún punto de la tierra al hombre que es igual a esa claridad”. Nuestra vida es la suma de los momentos vividos a través de los demás, esto nos acerca tímidamente a una idea vaga de quien somos.

El derecho empático es un espejo, abominable si se quiere como en la literatura borgiana, abominable porque nos reproducimos en él y nos damos cuenta de nuestro absurdo modo de ser. Cuando exigimos al espejo, el espejo nos exige a su vez, y es una lucha que no termina. Y ¿si me comprometiera con el que tengo enfrente? y ¿si por caso él también se comprometiera conmigo? que sociedad feliz seríamos.

---

de Jorge Luis Borges desde la visión de una psicoterapia posmoderna”, en: *International Journal of Collaborative Practices*, Houston Galveston Institute, vol. 1, 2009; versión electrónica: <http://collaborative-practices.com/archived/volume-1-archives/bookshelf-1/reflexiones-sobre-el-acercamiento-a-almotasim-de-jorge-luis-borges/n> (consultado el 9 de junio de 2015)

## 6. Cultura de los derechos, pero también Ciencia de los derechos

Dice Luigi Lombardi Vallauri que ciencia jurídica es “la enunciación del mejor derecho posible”<sup>41</sup> en este sentido debe buscar el científico la solución que en conciencia le parece la más justa y adecuada pero además este modo de concebir la ciencia jurídica amplía las *posibilidades* es decir, una pluralidad de soluciones, de teorías, ya no más el dogmatismo cerrado de la ciencia moderna. Así, nosotros hemos intentado dar ‘nuestra mejor posible solución al caso’ de la conflictividad terminológica acerca de los derechos humanos.

Comenzamos identificando un vacío entre la creación de figuras jurídicas que den solución a algunos problemas de los derechos humanos y las instituciones que los tutelan, es decir, que se está llegando a los efectos pero no a las causas, falta el trabajo de los juristas en este sector que parece más bien asignado a las políticas gubernamentales.

La investigación que se requiere en el campo de los derechos humanos debe ser una investigación innovadora porque la idea de ‘derechos’ implica un nuevo concepto sobre el cual apenas se está discutiendo seriamente, sin demagogia, bastaría pensar en el sin fin de frases hechas y lugares comunes que presentan a los ‘derechos’ como un conjunto indefinido de prerrogativas a hacer valer en caso de no obtener un beneficio particular, que podría ser enunciado como la paradoja ‘de las dos personas y la silla’ cada

---

<sup>41</sup> LOMBARDI VALLURI, L., *Corso di filosofia del diritto*, Padova, CEDAM, 1981, p. 179.

una de estas personas pensará que tiene más ‘derechos’ en relación de la otra para ocupar la silla.

Indudablemente vivimos una sociedad que ha llegado a concebir derechos como un patrimonio instrumentalizable en caso de emergencia lo que ha llevado a desencarnar, despersonalizar y desarraigarse el Derecho (con mayúscula) de su naturaleza dialéctica, porque del otro lado hay siempre una obligación, esta cultura ha llevado a una especie de *voracidad jurídica* en donde sólo se demandan ‘derechos’ y no se piensa en el compromiso o la responsabilidad (puntualización que están haciendo ardorosamente los teóricos sociales) esta especie de *mercadeo* de derechos en la sociedad de consumo llevan a pensar a la gente que una vez obtenidos ciertos derechos tendrá la posibilidad de utilizarlos como mejor le parezca y posteriormente podrá acceder a nuevos niveles de derechos conocidos como ‘generaciones’.

Por tanto es urgente una revisión teórica del término ‘derechos humanos’ para poder proponer una contracultura que haga disminuir la *voracidad jurídica* y permita la cabal comprensión de la naturaleza de los ‘derechos’. Así mismo se podrá intuir que proponemos la creación de una ‘cultura de la responsabilidad’ que relacione Derecho con derechos como manifestación inmediata de la espontánea necesidad de organizarnos.

## 7. Una primera conclusión

Algunos han apuntado que la falta de valores específicos en el ordenamiento jurídico, (tal es el caso de Sartori) — y entre estos valores nosotros inscribiríamos a la persona — ha originado que la

ley, que hasta ahora ha sido la única manifestación válida del derecho, deja de algún modo de tener contenido social. Así, el individuo común y corriente (o empírico como gustaría a algunos) pierde toda conexión con el derecho positivo, de hecho da al sistema jurídico una connotación negativa y siente aversión hacia él, en tanto que lo identifica sólo con el derecho coactivo del Estado que lo obliga a cumplir una serie de cuestiones formales, burocráticas o más aún que lo sanciona y persigue. Siendo que el derecho no es sólo esa parte, aún más, es una ciencia abocada a hacerle la vida en sociedad más sencilla y ayudarle a alcanzar su bien particular.

Esta etapa de disociación material del derecho es vista por algunos como un anuncio del posmodernismo jurídico,<sup>42</sup> en donde del concepto “persona” se partirá para elaborar las nuevas caras del derecho, ya se habla de un “derecho de las generaciones futuras” en el sentido de la salvaguarda de algunos bienes jurídicos para nuestros descendientes, en este caso ni siquiera sujeto de derecho individualizable tenemos y ya ni hablar del problema metodológico que han planteado las generaciones de derechos. Por eso no es difícil hablar de “derechos de la persona sin persona”. Y en este desorden académico cada vez es más común ver estudios de derecho sin sujeto, tal es el caso del novedosísimo (pero errado) derecho de los animales.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> Parece ser que J.F. Lyotard introduce a una discusión un poco más seria: “La condition postmoderne” París, 1979, En el campo del derecho: ROMANO, Bruno, *Soggettività diritto e postmodernismo. Un'interpretazione con Heidegger e Lacan*, Roma, Bulzoni, 1988; AMATO, Salvatore, *Il soggetto e il soggetto di diritto*, Torino, G., Giappichelli Editore, 1990 y GALASSO, Giuseppe, *Il diritto privato nella prospettiva post-moderna*, en: *Temi della Cultura giuridica contemporanea. Prospettive sul diritto privato, il tramonto del Codice Civile, il giurista nella società industriale* Padova, Cedam, 1981.

<sup>43</sup> Nótese que el error sólo es una preposición el “de” por un “para” pero las consecuencias jurídicas son muy serias.

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 rationalidad y justicia.<sup>44</sup>

Podríamos agregar que incluso hay casos “más” que difíciles a los cuales Atienza ha llamado trágicos,<sup>45</sup> 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-

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

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

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 rationalidad y justicia.<sup>44</sup>

Podríamos agregar que incluso hay casos “más” que difíciles a los cuales Atienza ha llamado trágicos,<sup>45</sup> 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-

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

<sup>45</sup> 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 contrapone 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, renuncias 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 fiables 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 los humanos.

¿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 precondicionamientos 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 precondicionamientos 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 commutativa 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 perniciosa, recordar y visualizar cuestiones que calificamos como malas o negativas y que quizá nos están originando preconceptos, 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,<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> 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-

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> 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, los 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,<sup>48</sup> no siempre se demandó lo mismo, muchas demandas nacieron en un momento determinado, fueron impuestas o creadas *ex novo*; por

<sup>48</sup> Cf: 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”<sup>49</sup> o incluso en lo político, concebida como un “espacio vital”.<sup>50</sup> 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 euclíadiana, 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 einsteiniano. Un balance contemporáneo del espacio nos da por resultado:

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

<sup>50</sup> 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.<sup>51</sup> 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 jurídico<sup>52</sup> 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,<sup>53</sup> 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 juríd-

---

<sup>51</sup> GALZIGNA, *Lo spazio..., op. cit.*, p. 128.

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> 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.

### III. CRÍTICA AL CASISMO JURÍDICO

#### 1. El prejuicio numérico

Saint de Exupery escribió en *El Principito*:

Tengo poderosas razones para creer que el planeta del cual venía el principito era el asteroide B 612. Este asteroide ha sido visto sólo una vez con el telescopio en 1909, por un astrónomo turco.

Este astrónomo hizo una gran demostración de su descubrimiento en un congreso Internacional de Astronomía. Pero nadie le creyó a causa de su manera de vestir. Las personas mayores son así.

Felizmente para la reputación del asteroide B 612, un dictador turco impuso a su pueblo, bajo pena de muerte, el vestido a la europea. Entonces el astrónomo volvió a dar cuenta de su descubrimiento en 1920 y como lucía un traje muy elegante, todo el mundo aceptó su demostración.

Si les he contado de todos estos detalles sobre el asteroide B 612 y hasta les he confiado su número, es por consideración a las personas mayores. A los mayores les gustan las cifras. Cuando se les habla de un nuevo amigo, jamás preguntan sobre lo esencial del mismo. Nunca se les ocurre preguntar: “¿Qué tono tiene su voz? ¿Qué juegos prefiere? ¿Le gusta colecciónar mariposas?” Pero en cambio preguntan: “¿Qué edad tiene? ¿Cuántos

hermanos? ¿Cuánto pesa? ¿Cuánto gana su padre?” Solamente con estos detalles creen conocerle. Si les decimos a las personas mayores: “He visto una casa preciosa de ladrillo rosa, con geranios en las ventanas y palomas en el tejado”, jamás llegarán a imaginarse cómo es esa casa. Es preciso decirles: “He visto una casa que vale cien mil pesos”. Entonces exclaman entusiasmados: “¡Oh, qué preciosa es!”

La demostración sigue siendo en occidente muy importante, si esta va precedida de datos duros y números, mejor.<sup>54</sup> A propósito quisimos comenzar este escrito citando un texto de la literatura que a pesar de gozar de gran prestigio, sigue considerándose literatura infantil por parte de un sector, otro tal vez lo vea con buenos ojos y más cercano a la literatura de superación personal, pero no podrá dudarse de su gran influjo en el pensamiento contemporáneo, e incluso su profundidad.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Es hasta cierto punto un acto de prestidigitación o ilusionismo: “... así unos disfraces logicistas como los pergeñados por R. Alexy para presentar los procedimientos de «ponderación» de principios constitucionales; este autor se vale de ciertos artificios formulistas que dejan escondido —bajo esa maraña de esquematizaciones lógico-matemáticas, supuestamente «objetivas»— el carácter básicamente ideológico-voluntarista que tienen las derivaciones conceptuales efectuadas mediante tales razonamientos.” HABA, Enrique, “Razones para no creer en la actual Teoría (ilusionista) de la Argumentación” en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 33, 2010, pp. 321-360.

<sup>55</sup> Un ejemplo muy emblemático en torno a la literatura es “El señor de las moscas” considerada en Inglaterra lectura obligada para niños y adolescentes, en el afán de formar su criterio jurídico-político, un texto lleno de simbolismos y que aún para un adulto es complejo, podemos relacionarlo con la argumentación jurídica: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Las reglas, la razón y la fuerza. A propósito de El Señor de las moscas de William Golding” en *Anales de la Facultad de Derecho. Revista jurídica de la Universidad de León*, núm. 1, León, 1997, pp. 115-131.

## 2. En realidad ¿qué son los casos prácticos?

Hoy es muy común encontrar en el debate jurídico un uso desmedido y arbitrario en la referencia a los denominados casos prácticos.<sup>56</sup> Intuitivamente podríamos decir que corresponde a un prejuicio generalizado que considera a la práctica como un bien mayor frente a la teoría,<sup>57</sup> aunque seriamente sea difícil distinguir entre un momento y otro ya sea a nivel intelectivo o volitivo, se trata de una *falacia ad verecundiam* pues irreflexivamente se considera como “mejor argumento” aquél que se basa en un supuesto hecho histórico. La filosofía del derecho no es para nada ingenua y ajena a este problema epistémico, pues sería una necesidad afirmar un objetivismo total asegurando que la realidad, los hechos, los casos prácticos se encuentran totalmente al margen de cualquier referencia teórica, ya mismo el lector podrá percatarse que aunque lo que acabamos de decir es fácilmente aceptable, en la práctica académica no sucede así —paradójicamente—, la propia filosofía del derecho tiende hoy a volverse casística, a

---

<sup>56</sup> Por ejemplo las universidades cuentan con “bancos de casos prácticos” en los cuales los profesores suben, comparten y descargan casos de sus materias para poder ofrecer al estudiante un complemento a su clase, también en materias como filosofía o historia del derecho se propugna por generar casos prácticos para colgarlos en la red, juicios históricos son recreados al estilo *moot* para poder llenar este requisito, sólo como ejemplo el portal de la Universidad Carlos III de Madrid: <http://ocw.uc3m.es/derecho-social-e-internacional-privado/derecho-laboral-individual/casos-practicos> (consultado el 15 de abril de 2015).

<sup>57</sup> Se trata de un acoplamiento entre teoría y praxis: “... ¿para qué aún teoría? Un modelo teórico funciona aparentemente de un modo similar a una metáfora literaria. No se pueden leer hechos en los hechos. Más bien parece ser al revés: todos los hechos están contaminados de teoría. Los datos son las manchas sin sentido de un test de *Rorschach* en las cuales luego se ven modelos: las ideas. Por eso los empiristas estrictos, para quienes sólo tiene sentido lo que está dado a los sentidos, no pueden concebir la idea “idea”. Para decirlo con Toda claridad: las ideas clave no tienen nada que ver con la información. Son tan contra intuitivas como los complejos sistemas que deben anular. Éste es el argumento más fuerte a favor de la teoría y al mismo tiempo la mejor disculpa para el alejamiento de la praxis.” BOLZ, Norbert, “Más allá de las grandes teorías: el *happy end* de la historia”, *Teoría de la cultura. Un mapa de la cuestión*, FCE, México, 2005, pp. 179-190.

partir de Dworkin<sup>58</sup> no hay filósofo del derecho que no se refiera a los casos del derecho judicial para sustentar su dicho,<sup>59</sup> y podríamos decir que eso está bien porque nuestra cultura abandonó las grandes estructuras de pensamiento para abocarse al análisis de su “realidad”, pero como en todo el péndulo nos llevó a un extremo irremediable por el momento, en el que agoreros de la justicia, venden sus teorías —así es, sus teorías— a partir de la explicación asistemática de casos del derecho.

Entonces la primera crítica es en el sentido de la **asistematicidad**, por ello, y a propósito no hemos hablado aquí de casuismo, que a nuestro parecer, es otra cosa, los casos en el derecho romano,<sup>60</sup> el derecho medieval, el *common law*<sup>61</sup> y el derecho indiano,<sup>62</sup> formaban parte del derecho, a veces como doctrina, a veces como jurisprudencia, a veces como ambas. El gran trabajo de los juristas en dichos ordenamientos, consiste en distinguir que es propiamente la parte normativa de aquella qué no lo es, pero además hay un gran trabajo de clasificación del contenido de los casos, en la universidad medieval un texto jurídico era analizado también por filólogos, filósofos, etc., hoy que en la segmentación profesional,

<sup>58</sup> Cf.: Ver por ejemplo: DWORKIN, Ronald Myles, *El Imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*, Gedisa, 1988.

<sup>59</sup> Como lo apunta: PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005; también podría verse: AMADO, Juan Antonio García, “Filosofía hermenéutica y derecho”, *Azafae: revista de filosofía*, 2009, vol. 5. Aunque hay que advertir que conceptos como filosofía o razón práctica presupondrian la simbiosis teoría-práxis.

<sup>60</sup> Cf.: MIQUEL, Juan, *Quaestiones: Docencia del Derecho a través del casuismo romano*, Ariel, Madrid, 1985 o GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Casuismo y jurisprudencia romana*, Editora de la UNED, Madrid, 1973 y GARRIDO, Manuel Jesús García, *Casuismo y jurisprudencia romana: pleitos famosos del Digesto*, 1976.

<sup>61</sup> Cf.: FERRAN LARRAZ, Elena, “El casuismo de la common law y su solución en la práctica de la traducción a un ordenamiento de la civil law”, *Meta: Journal des traducteurs:/ Meta Translators'Journal*, 2011, vol. 56, núm. 1, pp. 179-187.

<sup>62</sup> Cf.: ANZOÁTEGUI, Víctor Tau, *Casuismo y sistema: indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Instituto de investigaciones de historia del derecho, Buenos Aires, 1992.

un caso jurídico podría y debería ser analizado por sociólogos, polítólogos, antropólogos, psicólogos, etc., y dependiendo la profundidad del análisis estos saberes deberían incorporarse. Pero siendo honestos ¿Cuántas veces en el análisis de casos del derecho se consideran otras disciplinas? Casi nunca, y esto se debe a que el derecho se piensa como un saber *ad hoc*, técnico y formal y paradójicamente abstracto, he ahí la segunda crítica, el casismo es un **sistema de doble discurso**, en el cual es fácilmente re-conducible el problema a conveniencia de lo práctico a lo teórico y viceversa, funcionando como un silogismo disyuntivo falaz, no nos detendremos aquí para insistir en que teoría y práctica son la cara bifronte de Jano, pero si vamos a denunciar el aparato ideológico y demagógico que prepondera los casos por sobre la teoría.

### 3. Teoría y práxis en los casos

A propósito de los casos, la primera cuestión a destacar es que se trata de un planteamiento teórico acerca de un problema práctico. Normalmente conservan una estructura dialéctica tradicional, es decir, una premisa mayor, una menor y una conclusión, en ese sentido, algunos asuntos judiciales pueden convertirse en casos, epistémicamente hablando, para lograr este cometido es necesario establecer el planteamiento.

Otro punto que hay que destacar es la vertiente pedagógica que indica que la clase magistral<sup>63</sup> en el derecho debe ser acompañada por otras herramientas didácticas: “... ya no resulta extraño escuchar hablar en nuestras aulas del método del caso, del aprendizaje basado en problemas, del portafolio, de las estrategias colaborativas, del cine como herramienta en la docencia del Derecho, del *moot court...*”<sup>64</sup> Pero justo en ese contexto el caso como recurso didáctico debe ser acompañado por las otras herramientas incluida la clase magistral, pero con mayor razón el *storytelling* que implicaría la narración adecuada implícita en el caso,<sup>65</sup> aunque si nos detenemos un momento a pensarla, para exponer un caso en un contexto académico son necesarias algunas herramientas a las

<sup>63</sup> ELGUETA ROSAS, María Francisca y PALMA GONZÁLEZ, Eric Eduardo, “Una propuesta de clasificación de la clase magistral impartida en la facultad de derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, Núm. 3, diciembre-enero. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2014. pp. 907-924. Como lo demuestran los chilenos, en derecho, la clase magistral es ampliamente explotada y no se trata de erradicarla sino de reclasificarla y contextualizarla dentro de una actualidad pedagógica contemporánea.

<sup>64</sup> RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, “El proceso es un cuento: el *storytelling* en la docencia del Derecho procesal”, *REDUCA* (Derecho), 2015, vol. 5, no 1, pp. 225-239, p. 226, disponible en línea: <http://revistareduca.es/index.php/reduca-derecho/article/viewFile/1848/1864> (consultado el 15 de abril de 2015).

<sup>65</sup> *Vid.* TARUFFO, Michele, “Narrativas judiciales”, *Revista de derecho*, Valdivia, 2007, vol. 20, Núm. 1, pp. 231-270, el filósofo italiano explica la complejidad narrativa que involucra una sentencia sobre todo por el modo en que ésta se acerca a los hechos.

cuales en el *civil law* no estamos acostumbrados, como por ejemplo la consideración de los marcos conceptuales como los explicaría la antropología, pero volvemos a lo apuntado arriba, se trata de incorporar “nuevas racionalidades” como es el caso del sentido común.<sup>66</sup>

De cualquier modo, la utilización de casos no puede ser un objeto de estudio **excluyente**, pues tiene que ver con estatutos epistemológicos como es el caso de la filosofía de los hechos,<sup>67</sup> las narrativas del derecho,<sup>68</sup> la argumentación jurídica,<sup>69</sup> la retórica,<sup>70</sup> la hermenéutica,<sup>71</sup> y en específico, el método del caso.

Manuel Atienza nos dice acerca del **prejuicio pragmatista** en la pedagogía jurídica, y aplicado, a la argumentación:

Al final, pues, lo que habría que propugnar no es exactamente una enseñanza más práctica (menos teórica) del Derecho, sino una más metodológica y argumentativa. Si se quiere, al lado del lema

<sup>66</sup> Justo lo que explica RUÍZ-RESA, Josefa Dolores, “Racionalidad y sentido común en el proceso: los estereotipos en la determinación de los hechos”, *Criterio y Conducta. Revista semestral del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial*, Núm. 13, México, enero-junio 2013, pp. 107-156.

<sup>67</sup> PARCERO, Juan A. Cruz; LAUDAN, Larry, “Prueba y estándares de prueba en el Derecho”, *CRÍTICA, Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 2011, vol. 43, Núm. 129, pp. 93-114; CARRACIOLO, Ricardo, “El problema de los hechos en la justificación de sentencias”, *Isonomia*, 2013, Núm. 38, p. 13-34; y LAGIER, Daniel González, “Hechos y conceptos”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 2007, Núm. 15, p. 19.

<sup>68</sup> TARANILLA, Raquel, “La enseñanza de habilidades comunicativas para la práctica del derecho: la técnica narrativa en contextos judiciales”, *Revista de Educación y Derecho*, 2012, Núm. 06, Covert, Nussbaum, Bruner.

<sup>69</sup> TRUJILLO, Julián Fernando, “Genaro Carrió: cómo argumentar razonablemente un caso”, *Criterio jurídico*, 2004, Núm. 4, pp. 123-162.

<sup>70</sup> AMADO, Juan Antonio García, “Retórica, argumentación y derecho”, *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, 1999, Núm. 21, pp. 131-147.

<sup>71</sup> VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e interpretación: elementos de teoría hermenéutica del derecho*, Dykinson, 2007.

“¡la enseñanza del Derecho ha de ser más práctica!”, habría que poner este otro: “¡no hay nada más práctico que la buena teoría y el núcleo de esa buena teoría es argumentación!”.

Como antes se ha dicho, este tipo de enseñanza “práctica” del Derecho ya existe. Pero no hay por qué considerarlo un modelo ideal, puesto que no lo es. Y no lo es, en mi opinión, por una serie de factores que tienen que ver precisamente con la argumentación. Cuando se examinan las críticas que suelen dirigirse a las grandes escuelas de Derecho norteamericanas (vid. Pérez Lledó, 2002), nos encontramos, por un lado, con objeciones que apuntan a un exceso de casuismo, a la falta de una mayor sistematicidad y, por otro lado, con deficiencias que se refieren a elementos ideológicos del sistema educativo: generar una aceptación acrítica del Derecho; olvidar los aspectos no estrictamente profesionales; generar entre los futuros juristas un escepticismo radical, una visión puramente instrumental del Derecho que, en el fondo, lleva a pensar que lo que es técnicamente posible (usando el Derecho aunque sea de manera torticera) es también éticamente aceptable.<sup>72</sup>

Un argumento interesante en este punto sería considerar que el casismo es algo transversal, necesario para ilustrar —en todos los

---

<sup>72</sup> ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, España, 2012, p. 18

casos— lo que se está argumentando o exponiendo, pero justamente esa es la propuesta del casuismo el cual sirve para contextualizar un debate, pero el método del caso considera que el caso práctico puede construirse a partir de un solo asunto judicial o no, y en eso ya dista mucho del casismo, pero para contestar a lo dicho al inicio del párrafo, si el objetivo es ilustrar un argumento, eso puede —e incluso debería hacerse- a partir de varios elementos: una escena en un *court room drama*, la descripción en una novela, el complemento en un ensayo, diferentes asuntos judiciales y la teoría implícita en todo ello; pero además habría que agregar el análisis sociológico, antropológico, económico, etc., según sea el caso.

#### 4. Metodología para el análisis de casos

En el denominado “método de casos” norteamericano el caso es ciertamente una sentencia judicial, pero no puede hacerse análisis de casos sin el “casebook” que en principio debe contar con una ficha de trabajo consistente en una serie de preguntas que el profesor debe colocar para enfocar el análisis.<sup>73</sup> Las Universidades norteamericanas llevan más de un siglo experimentando con esta metodología<sup>74</sup>, ya tuvo sus crisis<sup>75</sup> y sus replanteamientos, pero no se duda de su importancia<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> SERRA DE LA GARZA, José María, “El Método de casos: reflexiones sobre el cambio en la metodología de la enseñanza del derecho en México”, *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, México, 2005, pp. 153-169.

<sup>74</sup> REDLICH, Josef, *The common law and the case method in American university law schools: A report to the Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching*, The Foundation, 1914.

<sup>75</sup> LLEWELLYN, Karl N., *Current Crisis in Legal Education*, The J. Legal Educ., 1948, vol. 1, p. 211.

<sup>76</sup> HARNO, Albert James, *Legal education in the United States*, The Lawbook Exchange, Ltd., 2004.

En Iberoamérica la efervescencia es relativamente nueva. La Universidad Austral de Argentina en su portal de internet explica que: “el método del caso consiste en analizar decisiones judiciales y casos hipotéticos situacionales, evaluar las distintas alternativas de solución que se presentan y tomar decisiones sobre el mejor camino a seguir”.<sup>77</sup> Un caso práctico se basa: “...generalmente en una sentencia judicial o en un relato situacional, que está usualmente basado en datos y circunstancias reales. Otras variables del método involucran clips de películas, demandas y contestaciones reales, situaciones de asesoramiento extra-contencioso, etcetera”<sup>78</sup>

Para el caso mexicano la Institución que más había trabajado el método del caso es el Tecnológico de Monterrey, no sólo desde el requerimiento a sus profesores de anexar a su programa (syllabus) un caso práctico, además de subirlo al repositorio o banco de casos, pero también se capacita a los profesores para que puedan elaborar su metodología:

La introducción del método de casos, o resolución de casos planteados, lleva implícito el tomar partido dentro de una discusión que no llega a plantearse abiertamente, pero que se revela con cierta fuerza. En la universidad, este método debe entenderse como un campo de entrenamiento para la posterior vida profesional o bien ser un espacio para profundizar el conocimiento y adquirir un pensamiento crítico.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> <http://www.austral.edu.ar/derecho/grado/metodo-del-caso/> (consultado el 16 de abril de 2015).

<sup>78</sup> *Idem.*

<sup>79</sup> [http://sitios.itesm.mx/va/dide2/tecnicas\\_didacticas/casos/articulo1.htm](http://sitios.itesm.mx/va/dide2/tecnicas_didacticas/casos/articulo1.htm) (consultado el 16 de abril de 2015).

Ciertamente hoy instituciones como el Centro de Investigaciones y Docencia Económicas (CIDE) o el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) cuentan dentro de sus actividades el análisis de casos, pero creemos que las críticas aquí vertidas les alcanzan a ambos, pues al menos lo que sí es evidente es que se trata de un área de oportunidad que están explotando ampliamente, lo que hace pensar más en una moda, que en un desarrollo metodológico serio.

Por ahora, en el área iberoamericana nos encontramos en una fase de prueba,<sup>80</sup> aunque el uso de casos no se circunscribe a estudiantes solamente, pues existen talleres de casos, observatorios, y un sinfín de foros que utilizan recursos similares, pero todo a la par y con la misma eficacia que podrían ser ciclos de cine, círculos de lectura, los denominados conversatorios, debates, simulación de juicios, etc., en el fondo todas estas herramientas obedecen a un cambio de paradigma en la pedagogía,<sup>81</sup> e incluso podríamos ir más allá, un cambio en el pensamiento de occidente, eso sí, impulsado por el sur global, por las otras epistemologías; pues el aprendizaje pasa en gran medida por la percepción y hoy estamos convencidos, que ésta no debería ser lineal, lógica, absoluta ni mucho menos individualista; finalmente se trata de una crítica al ilustracionismo occidental de corte platónico, el rey-filósofo, sólo unos cuantos deciden sobre la vida de muchos, el estudiante, en su calidad de alumno —quien necesita ser iluminado— puede

<sup>80</sup> Vargas Vasserot, Carlos, “El método del caso en la enseñanza del Derecho: experiencia piloto de un piloto novel”, *Revista de Formación e Innovación Educativa Universitaria*, vol. 2, Núm. 4, Universidad de Vigo, 2009, pp. 193-206.

<sup>81</sup> AGUERRONDO, Inés, “El nuevo paradigma de la educación para el siglo”, *Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura*, 1999, versión electrónica: <http://www.campusoei.org/administracion/aguerrondo.htm>

participar en el proceso educativo sólo de manera pasiva, a esta pasividad debe sumarse además cierta simulación por parte de los involucrados en el proceso educativo, no necesariamente el que enseña pretende que el que estudia sea crítico, y viceversa, muchos estudiantes de derecho se quejan de los profesores que los hacen pensar y no se circunscriben al programa. Y es que en el fondo un proceso educativo que no sea emancipador, no con un proceso legítimo. El profesor debería estar dispuesto a ser el primero en recibir una crítica.<sup>82</sup>

Lo peculiar del cambio epistémico actual, es que entre el universalismo y el particularismo, no queda espacio para una postura acrítica, el casismo puede presentarse como el último reducto de un positivismo que ve en el papel, en la fórmula, en la institucionalidad hueca, en el Estado sin sociedad, la certeza perdida; el caso puede llegar a ser un pre-texto en el casuismo, como lo puede llegar a ser la página de un comic o la publicidad repiqueante de un producto; la cultura se apropiá del derecho y le aporta una eficacia simbólica<sup>83</sup> eso puede ser positivo o negativo dependiendo que tanto, ciertos operadores culturales, manipulen los factores del discurso para la conservación de un *statu quo* donde la réplica, la resistencia y la desobediencia podrían estar también cooptadas por los factores reales del poder, la mentira debe ser institucionalizada. El caso por el caso podría constituir un subterfugio en la pedagogía jurídica para vender la ilusión del pragmatismo con el **mensaje autoritario** de evitar por todos los medios

<sup>82</sup> RANCIERE, Jacques, *El maestro ignorante: Cinco lecciones sobre la emancipación intelectual*, Unipluriversidad, Medellín, 2012.

<sup>83</sup> VILLEGAS, GARCÍA, Mauricio, *La eficacia simbólica del Derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*, IEPRI:Debate, Bogotá, 2014: “La imprecisión de las palabras, la incapacidad de los enunciados para reflejar la realidad, no son una limitación contra la cual se está en lucha constante.

pensar un poco más, incluso un poco más humanamente, tal vez por ello algunos filósofos del derecho hayan volteado sus ojos a la literatura en busca de una pisca de “sentido”, de sensatez, de humanidad;<sup>84</sup> y es que la literatura alguna vez fue un relato oral, social, menos construido. ¿Pero quién podría asegurar que su elevación y al mismo tiempo su degradación no fue un complot del racionalismo? Hoy es más escolástico citar un caso práctico que un pasaje literario,<sup>85</sup> otra vez Platón, la poesía genera erisipela en el academicista que no en el académico.

Thomas Hayes en su ensayo “A Good Judge Is Hard to Find: An Essay on Legal Realism and Law School Casebooks” narra las dificultades por las que pasa un estudiante de derecho al enfrentarse a los casos, ilustrando su narración con un caso del libro de Contratos. A cada paso el estudiante encuentra más confusión y lecturas disímbolas y cuatro posibles respuestas a la manipulación de la jurisprudencia: se trata de malicia, negligencia, pedagogía o incluso es un tema religioso, pues se convierte en un credo judicial: “la verdad a medias de una generación pasó a ser la verdad total de otra.”<sup>86</sup> En México no sería muy distinto. Al estudiante que se enfrentara al “Caso Radilla”, a partir de un planteamiento formalista por ejemplo, primero vería lo que la jurisprudencia contiene,

<sup>84</sup> Tal es el caso del ya citado Dworkin: “Cómo el derecho se parece a la literatura”, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, 1997, pp. 143-180, pero hay muchos otros: NUSSBAUM, Martha, *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública*, Andrés Bello, Santiago, 1997; BRUNER, Jerome Seymour, *La fábrica de historias: derecho, literatura, vida*, Fon- do de cultura económica, México, 2003.

<sup>85</sup> RAMÍREZ, Pablo Raúl Bonorino, “Sobre el uso de la literatura en la enseñanza del derecho”, *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, 2011, Núm. 4, pp. 73-90; RÍOS, Carlos, “La literatura y el cine como herramientas para la formación ética de los jueces”, *Isonomía*, 2005, vol. 22, pp. 207-209.

<sup>86</sup> HAYES, Thomas, “Un buen juez es difícil de encontrar: un ensayo sobre el realismo legal y los libros de casos de las facultades de Derecho”, *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, año 4, Núm. 8, Buenos Aires, 2006, pp. 59-69.

las tesis no le dirían mucho, pues bien, entonces acude al engrose, del procedimiento de la Suprema Corte denominado Varios/912 (2011); la Corte mexicana está respondiendo a un requerimiento de la Interamericana. Día 2: lectura de la sentencia de la CIDH, queda demostrada la negligencia de la justicia mexicana, ahora queda la lectura de los procedimientos que dieron lugar a la revisión de la CIDH, es un asunto de los años setentas ¿y qué diablos es la guerra sucia? Google: desambiguación: no sólo hubo guerra sucia en México... el asunto se complica a un grado insospechado, para colmo el profesor dijo que todo esto tiene que ver con las contradicciones de tesis 293/2012 y 299/2013, por cierto contradictorias entre ellas mismas y con su respectivo engrose, además de versiones taquigráficas de todas las actuaciones e incluso los videos de las sesiones; en la red varios autores dicen que es el parte aguas de conceptos como control de convencionalidad, bloque de constitucionalidad y control de regularidad constitucional: todo esto constituye parte de una nueva religión que ha de profesar sin tantas preguntas, con una narrativa confusa pero fideísta que anatemiza al crítico.

## **5. El caso práctico en el contexto de los estudios jurídicos**

Lo que intentaremos ahora resaltar es que el caso por práctico que sea, continúa siendo una “metáfora” una explicación más de la realidad, no se deshace de su contenido simbólico, e incluso mítico; pero no sólo el caso práctico debe ser contextualizado con todo el problema epistemológico y hermenéutico que conlleva, sino que además como dijimos más arriba, el método del caso es uno más de las muchas herramientas pedagógicas en el derecho,

vamos a referirnos a otras dos herramientas muy cercanas y complementarias al método del caso: la literatura<sup>87</sup> y el cine. Una escena de una película podría ser explicada como un caso práctico con la debida narrativa,<sup>88</sup> un caso práctico puede convertirse en literatura.<sup>89</sup> Aquí las hermenéuticas se tocan y no por nada son los filósofos del derecho los que cultivan estos campos interdisciplinarios. La literatura judicial finalmente es literatura y algún análisis compartido podría hacerse con beneficio para el juez. Cuando en el cine se dice que una película está basada en “hechos reales” se trata de un *gag* publicitario, porque filosóficamente hablando, no hay película que no se base en una determinada realidad, por cierto también se dice con recurrencia que la realidad supera la ficción. De hecho existen influencias recíprocas entre el cine y los casos judiciales, muchos de los *court room dramas* son basados en juicios históricos relevantes, incluso el cine judicial mexicano *Aquí está el detalle*, que es quizás uno de los largometrajes más emblemáticos del cine de oro, se basa en un caso que Bustillo Oro escuchó cuando era estudiante de derecho y posteriormente investigó para llevarlo a la pantalla.<sup>90</sup> Y podríamos continuar por esa senda de los casos judiciales levados al cine, incluso hoy día el litigio estratégico sugiere narrar los casos a través de documentales, quizás el más célebre sea *Presunto culpable*, pero existen muchos documentales y docudramas sobre procesos de nues-

<sup>87</sup> Por ejemplo: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre las paradojas inmanentes a todo derecho. A propósito del cuento “La Ley”, de Max Aub en *Studi Ispanici*, Núm. 39, 2014 (Ejemplar dedicado a: Derecho y literatura hispánica / coord. por José Calvo González), pp. 117-127.

<sup>88</sup> AAVV. *Los saberes y el cine: el caso de derecho y cine. Jornadas de intercambio de experiencias en docencia universitaria en la Universidad de Oviedo*, Oviedo, 2007.

<sup>89</sup> Por ejemplo: VON SCHIRACH, F., *Crímenes*, Salamandra, Barcelona, 2013.

<sup>90</sup> <http://cinemexicano.mty.itesm.mx/peliculas/detalle.html> (consultado el 17 de abril de 2015). “Bustillo Oro se basó en un caso de la vida real acontecido en 1925. Las alucinantes declaraciones del criminal Álvaro Chapa inspiraron la redacción de uno de los monólogos más famosos de la historia del cine nacional”.

tos días que ilustran desde la óptica del director los argumentos más importantes, con *otra* narrativa, por ejemplo el caso Radilla tiene ya su documental con 2 versiones.

Por lo hasta aquí dicho es importante que en cualquier espacio donde se enseñe el derecho puedan utilizarse las herramientas que mejores resultados aporten, pero los resultados no pueden ser medidos en función de la memorización de conceptos sino en su aprehensión, por ello un modelo constructivista siempre es mejor que uno memorista, el estudiante debe ir descubriendo los temas de la mano de un guía, por eso el primero que debe estar motivado para conocer es el propio guía, la pasión es altamente recomendable en la enseñanza, el mensaje llega de mejor modo cuando el interlocutor –en este caso el estudiante- logra percibir que es transcendente e importante la información que le están compartiendo, por eso el cine<sup>91</sup> y la literatura son buenos instrumentos para transmitir no sólo conocimientos sino también sensaciones, que en la práctica jurídica le serán de utilidad, supongamos que el estudiante se enfrenta a un juicio tiene sabe qué conceptos debe obtener de su cliente para una comparecencia ante el tribunal, pero no sabe que sensaciones experimentará un cliente ansioso o uno estoico, y qué sensaciones deberá el mismo experimentar respecto de eso, tal vez las haya sentido no necesariamente en un caso práctico pero sí durante la visión de una película o leyendo alguna novela, se trata finalmente de un saber práctico invaluable y que complementa al saber teórico. Lo paradójico es que el caso práctico se vuelve de tal manera teórico, que resulta impracticable.

<sup>91</sup> Recomendamos: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Filosofía del Derecho con ‘Raíces profundas’” en: GARCÍA RIVAYA, Benjamín y PRESNO LINERA, Miguel Ángel (coords.) *Una introducción cinematográfica al derecho*, I, 2006, pp. 242-261.

Sobre las emociones nos falta mucho por explorar en el campo de la enseñanza del derecho, curiosamente el camino que han seguido algunos filósofos del derecho norteamericanos ha sido casos prácticos-literatura-estudio de las emociones,<sup>92</sup> y suena muy lógico, porque ciertamente los casos prácticos comportan datos relevantes para el ejercicio del derecho, pero también implican muchas emociones de los sujetos involucrados en los mismos, de las víctimas, de los destinatarios de la norma judicial, del profesor, de los estudiantes y sabemos muy poco cómo trabajar con todo ello.

Tenemos además que agregar que respecto de la denominada “interpretación constitucional” los casos que derivan de la lectura de la constitución tienen un ingrediente extra, la constitución no es vista más como un documento definido sino por el contrario como un proceso,<sup>93</sup> incluso cultural,<sup>94</sup> en ese sentido el caso derivado de la interpretación de la constitución no puede ser sólo explicado a través de la narrativa judicial, hay un contexto histórico y social en el que se circunscribe,<sup>95</sup> hay una apropiación del caso por parte de los medios de comunicación, de la opinión pública y de la opinión popular —si es que estas dos últimas son distintas— sucede recurrentemente que el caso como lo ha entendido la judicatura ha sido resuelto conforme a los parámetros formales y legales requeridos según una *logica fori* pero la sociedad interpreta y percibe el caso diametralmente opuesto a eso, el profesor no puede soslayar la interpretación popular de los casos.<sup>96</sup> Para al-

<sup>92</sup> Cfr. NUSSBAUM, Martha, *Paisajes del pensamiento: la inteligencia de las emociones*, Paidós, 2008.

<sup>93</sup> Vid. ESTÉVEZ ARAUJO, J. C., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.

<sup>94</sup> Cfr. HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, 2000.

<sup>95</sup> Cfr. DÍAZ, José Ramón Cossío, *Cambio social y cambio jurídico*, Miguel Ángel Porrúa, 2001.

<sup>96</sup> Al estilo de: KAHN, Paul W, *El análisis cultural del Derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Gedisa, 2001.

gunos autores además la constitución es un texto que debe ser leído también en un contexto politológico, sociológico e incluso antropológico y ético.<sup>97</sup>

Por último hay que considerar que la selección de los casos es total responsabilidad del profesor, algunas veces el estudio de ciertos casos puede llevar a conclusiones completamente diferentes “Dadas estas premisas, algunos autores adoptan posiciones escepticas mientras que otros son optimistas. Estas diferencias dependen más de los estudios de caso que investigan que de presupuestos teóricos claramente definidos”.<sup>98</sup> Como bien dicen “una golondrina no hace verano” un solo caso no puede ser prueba de nada, el método científico se basa en el análisis de distintas fuentes, el problema más severo que ha enfrentado la ciencia moderna es a la falsificación de pruebas,<sup>99</sup> por eso podríamos decir que “muchos casos prácticos hacen un caso académico”, de cualquier manera lo que se intentó hacer a través de esta crítica es llamar la atención sobre el hecho de que los casos prácticos como cualquier otra metodología pueden caer en el abuso en su uso, mentiras tomadas como verdades, falacias constituidas en principios, por eso conviene estar alerta y tener un espíritu plural, tendiente al diálogo, inclusivo, pero sobre todo humano.

<sup>97</sup> Vid. RÍOS, Carlos, “La literatura y el cine como herramientas para la formación ética de los jueces”, *Isonomía*, México, 2005, vol. 22, pp. 207-209. El autor menciona que una educación basada en la constitución tiene que tener al menos un rango axiológico, la formación debiera basarse en una ética que bien puede ilustrarse con el cine y la literatura.

<sup>98</sup> UPTRIMNY, Rodrigo; VILLEGRAS, Mauricio García, “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”, *Emancipación social y violencia en Colombia*, Editorial Norma, Bogotá, 2004, pp. 463-514.

<sup>99</sup> DI TROCCHIO, Federico; MEYER, Constanza V., *Mentiras de La Ciencia*, Alianza Editorial, 1998. Por ejemplo Freud quiso hacer pasar como principios del psicoanálisis, cuestiones que observó en un solo caso clínico.

## IV. OTRO MODO DE ARGUMENTAR LOS DERECHOS: EL INFRARREALISMO JURÍDICO

### 1. Justificaciones

Al decir “otro modo” queremos enfatizar que se trata de un complemento a lo que ya existe sobre argumentación jurídica, de hecho, las propuestas que ahora plateamos surgieron del ejercicio empírico, muchos cursos de argumentación donde los asistentes buscaban “algo más”, y aunque alguien podría argumentar que eso ya no es argumentación jurídica, entonces eso debiera llevar a un ejercicio más honesto, porque quien ofrece estos cursos, quien atraviesa el Atlántico buscando la certificación para armar después su negocio, debiera explicar después que se trata de la solución de algunos casos judiciales a través de la lógica formal, esbozando algunos de los problemas sobre falacias y teorías que abordan dichos conflictos y nada más.

Pero en realidad se trata de una necesidad más amplia respecto de una teoría de la comunicación en el y del derecho, porque quien asiste a un curso de argumentación jurídica, aunque parezca obvio, va pensando que se le ayudará a argumentar, es decir, a expresar sus ideas del mejor modo posible —porque de la etimología eso se deduce<sup>100</sup>—es enseñar a estructurar el pensamiento, en su caso a expresarlo y mejor aún a defenderlo; pero sí se quiere enserio generar estos procesos, entonces no estamos abordando todos los temas ni tampoco dándoles el enfoque necesario.

---

<sup>100</sup> Del latín *argumentum* del verbo *arguere* (argüir) dejar en claro.

También decimos “otro modo” a la propuesta infrarrealista,<sup>101</sup> se trata de un movimiento iusfilosófico surgido recientemente en el Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, el cual propugna por 10 cuestiones básicas que deben incorporarse al análisis, estudio y divulgación del derecho:

- a) Recuperar la dimensión emotiva del derecho.<sup>102</sup> El derecho es un planteamiento racional pero el operador jurídico

<sup>101</sup> “Es un movimiento que trata de humanizar lo humano, que trata de llevar al derecho al campo de las grandes batallas humanistas... buscar donde los filósofos del derecho tradicionalmente no lo han hecho o donde han despreciado hacerlo, todo eso que han considerado basura, nosotros queremos reciclarlo, reciclar eso donde ha quedado gente marginada, marginada no sólo de la filosofía sino por el derecho, esos excluidos, esa gente que el derecho no ve con buenos ojos, porque los ve ya sea como anarquistas, como subversivos, o incluso los ve como un peladaje que no tendría derecho a acceder a la libertades de manera inmediata sino a través de éste largo y tortuoso camino de la legislación, un movimiento antinormativista, o al menos de la norma como se entiende clásicamente, porque entendemos que hay mucha normatividad en muchos aspectos, incluso en el arte hay mucha normatividad, en ese sentido somos también pepenadores de imágenes, pepenadores de ideas, pepenadores de sueños, de anhelos del pueblo de la sociedad, creo que eso sería muy bonito, para empezar a quitar todas esas situaciones o complejos del derecho como eloyerismo jurídico, si hablamos de los pobres, del pueblo, de la sociedad, de la voluntad popular pero en el fondo al abogado mexicano le choca, le molesta, le da asco, no quiere acercarse a eso, no sale de las aulas, no sale de los textos. Entonces es un movimiento que habla de un despertar, de salir a la calle, de ir a donde está el derecho vivo y en ese sentido despreciar todo este asunto del derecho como algo taumatúrgico y fetichista, se trata sin duda de un movimiento cultural, y por tanto más humano”. “Editorial” *El Tecolote ciego. Revista del movimiento jurídico infrarreal*, Núm.. 0, UNAM, México, 2014, p. IV. Los infrarrealistas en la literatura, comandados por Roberto Bolaño sobre todo a partir de su obra *Los detectives salvajes*, buscaron plantear como principio del diálogo literario la posibilidad de “pensar distinto”, “pensar de otro modo”, y al menos disentir de la postura teórica hegemónica de ese momento representada por Octavio Paz.

<sup>102</sup> No desconocemos que existe un amplio desarrollo sobre esto desde el siglo XX y que podríamos ser tachados de irracionales porque pensariamos que el derecho tiene mucho que ver con el: “.... «sentimiento jurídico» (*Rechtsgefühl*) del juez, sentimiento en última instancia incontrolable, pero en alguna medida educable. Recomiendan abandonar la hipocresía de una teoría que trata de presentar al juez como puro autómata perfectamente objetivo, acrecentando con ello la irresponsabilidad por decisiones que tienen un altísimo componente personal, y proporcionar al juez una amplia formación económica, sociológica y ética que le permita comprender la auténtica entidad de los conflictos que dirime y poner sus valoraciones en sintonía con lo que la sociedad demanda. Propugnan un lenguaje jurídico que huya de tecnicismos y de especulaciones conceptualistas y que permita una cabal comprensión de las normas y su sentido, dejando el menor espacio posible para subterfugios interpretativos que encubren un puro decisionismo.” GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Retórica, argumentación y derecho” en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, Núm. 21, 1999, pp. 131-147.

y el destinatario son personas que al interpretarlo necesariamente involucran sus emociones lo cual da un resultado distinto en el uso del mismo. Al argumentar los derechos humanos, debería existir la conciencia de que se trata de seres humanos que buscan ser reconocidos en una esfera de sus libertades pero también escuchados, comprendidos y en su caso, incluso, reconfortados.

- b) Tener en cuenta la dimensión epistemológica del derecho. El derecho es muchas realidades, es deshonesto mezclarlas o ser poco claro en la referencia a una de ellas, el deber ser no es el ser, descripción y prescripción deberían distinguirse.<sup>103</sup> Los derechos humanos lo hemos dicho, son en gran medida discurso y capital simbólico, pero también son espacios de libertad en una comunidad política concreta, de ese modo deben argumentarse, refiriéndose en su caso al proyecto o a la realidad social.
- c) Fundar el derecho en la ética. El derecho como fenómeno humano es necesariamente re conducido a un espectro normativo más amplio que tiene que ver con la conducta humana en general, no puede desconocer sus relaciones con el *ethos* social, y su aspiración deber ser a mejorar la vida y condiciones de las personas que lo involucran. Los derechos humanos tienen un sustrato ético, son presupuestos para una mejor vida comunitaria, no pueden argumentarse en menoscabo de la dignidad humana o del aprovechamiento de unos sobre otros.

---

<sup>103</sup> Lo que acabamos de mencionar nos recuerda un ejercicio hermenéutico surrealista codificado en un cuadro de Magritte, *Ceci n'est pas une pipe* (Esto no es una pipa) él dibuja una pipa y dice: esto no es una pipa. Y claro, no es una pipa, es el dibujo de una pipa. Con el derecho sucede lo mismo, llamamos derecho al fenómeno y a su representación textual llamado hoy ley, pero claro, la ley no es el derecho, es su representación.

- d) Recuperar la dimensión artística del derecho. Arte del derecho significa a lo largo de la historia, el derecho en la práctica. Un término acuñaría perfectamente esta idea y es la de razón práctica. El arte del derecho como razón práctica representa la reciprocidad que se debe establecerse entre los principios y la práctica, entre la teoría y su aplicación; un círculo necesario que nos aporta una imagen dinámica y a la vez dialéctica de la realidad jurídica, más allá de su mera enunciación normativa. El ahora célebre libelo de Cornelutti *Arte del diritto*, una introducción al derecho diferente, en cuyo prefacio recuerda como sus reflexiones partieron de la definición de Celso: el derecho es el arte de lo bueno y lo justo, pero también en parte de incluir en su propia vida el arte, simple y llanamente, como descontaminarse un poco de lo que consideramos jurídico y adentrarse por otros caminos a lo bueno y lo justo<sup>104</sup>. La literatura, el cine, la pintura y la música son excelentes aliados para argumentar de otro modo los derechos, pero para descubrir también argumentos ocultos<sup>105</sup> que nos refiere la cultura sobre sus derechos, si se quiere retroalimentación, pero ejercicio necesario de dialéctica.

---

<sup>104</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Arte del diritto*, CEDAM, Padova, 1949, pp. V-VII; por cierto, este libro comenzó a ser escrito en castellano, en uno de los viajes de Cornelutti al nuevo continente, luego lo continuó en italiano, lo tradujeron y primero fue publicado en castellano aunque el mismo autor reconoce que quizás fue una temeridad porque las traducciones siempre encierran peligros, p. 6.

<sup>105</sup> Propiamente la realidad mimética y mnemotécnica del derecho, es decir, pretensiones normativas que subyacen en la cultura, como clichés que se repiten a través de una especie de gen social, de acuerdo a la teoría de la transmisión cultural, se trata de sociobiología, es decir, la metáfora de la evolución genética aplicada a la sociedad, que no es otra cosa que la mimesis aristotélica. Desde el arte mismo algunos autores han abordado estos símbolos perennes de la cultura, el derecho no es la excepción: *Cfr.* FERRETTI, Silvia; PIERCE, Richard, “Cassirer, Panofsky, and Warburg: symbol, art, and history”, en *Journal of Aesthetics and Art Criticism*, Núm. 48, 1990.

- e) Concientizar sobre la naturaleza estocástica del derecho. El derecho es un conjunto, no de normas sino de inmensas probabilidades, casi incommensurables, lo que más bien lo sujeta a un juego de azar constante ¿qué eso lo hace inseguro? Ciertamente, pero el no tener conciencia de ello, lo hace perverso. La argumentación jurídica encaminada a establecer una defensa de los derechos humanos debe tomar en cuenta la fuerza del azar, aquello que debía ser tutelado no lo ha sido, algo que debía servir para proteger a las personas ha servido para oprimirlas.
- f) La postura que debe tomarse frente a cualquier institución jurídica debe ser siempre crítica. El derecho para el ser humano y no viceversa, por eso, debe conservarse siempre una sana postura crítica, siempre hay posibilidad de mejorar a las instituciones jurídicas y a sus procesos. Los derechos humanos en un sentido surgieron como una corriente crítica al modo tradicional de mirar al derecho, hoy se tiene la sensación que hablar de derechos humanos es reivindicar una dimensión menos legalista y formal, eso ha de aprovecharse para mejorar nuestra idea del derecho.
- g) No renunciar a la especulación. Cualquier ejercicio filosófico debe ser necesariamente retrospectivo, introspectivo y proyectivo; el derecho debe ser construido reflexionando sobre su pasado, su presente y su futuro. Argumentar los derechos humanos implicaría pensar seriamente sobre su contenido, trascendencia, y aplicabilidad; su naturaleza como instrumento necesario para la democracia devellaría su estatuto dialógico.
- h) Vocación empírica y social del derecho. El derecho nace en y de la sociedad, a ella vuelve para ser testado y apro-

bado, su reforma no debería obedecer a compromisos políticos sino a demandas sociales y a problemas que surgen en la práctica. Los derechos humanos nacen como reivindicaciones sociales y como necesidad de reconocimiento de un espacio libertario, forman parte de un saber experiencial acumulado.

- i) Debemos considerar el contexto. Derecho que no es consciente de su ambiente, está condenado a desaparecer, a quedarse en el olvido o peor aún, a convertirse en mera imposición y autoritarismo. Los derechos humanos son universales como forma cognitiva pero como recursos sociales forman parte de un contexto en el cual deben ser interpretados, la inducción y deducción deben ser ejercicios necesarios en la argumentación de los mismos.
- j) Cualquier planteamiento debe hacerse en el plano de la cordialidad, pero sin renunciar a la ironía. La risa es siempre buen conductor para las ideas, es necesaria la catar시스 que lleve a una sana y constructiva crítica. Los derechos humanos son cosa seria, ya lo dijo Dworkin, pero a eso podríamos responder ¿y eso qué? Al ser humanos los derechos son también parte de un ejercicio cotidiano y trivial que los hace susceptibles del escarnio popular, eso en lugar de debilitarlos los convierte en más humanos, el énfasis es necesario.

## 2. La Argumentación desde la idea del juego

El ser humano necesita del juego, antropológicamente hablando, los espacios de lo inopinado son necesarios en toda cultura, jugar con el lenguaje es una necesidad muy humana. En cierta sociedad “Los hombres reunidos en torno al *gaddus* (clepsidra)... lle-

gan simplemente para hablar, para jugar con las palabras, burlarse de este o aquel, relatar viejas querellas, evocar aventuras reales o ficticias. Todo el día transcurre en aquel estado de semificción, de divagación mental, de *bricolaje imaginario*<sup>106</sup> y podríamos seguir con las citas por el estilo, lo cierto es que los grupos humanos requieren de estos ‘lugares’ de ‘sin sentido’ sólo por jugar, tal vez ahora lo hagamos incluso sin estar reunidos físicamente, a través de un chat, del *whatsapp*, tweeter o Facebook; pero necesitamos de vez en vez, soltar una estupidez para ver qué efecto tiene entre nuestros amigos o conocidos, incluso cuando nos ponemos serios, no falta el bromista que diluye el tema con un comentario inopportuno, pero ese es el punto, también lo inopportuno tendría que tener su espacio.

Queda entonces claro que algunas veces a las cosas serias hay que darles un tratamiento ligero, pura dialéctica, para encontrarle el revés, pero también por sanidad mental, claro, podría haber un riesgo en la banalización de los grandes temas, aquí lo importante es mantener una crítica objetiva. El otro ejercicio dialéctico es darle tratamiento serio a las cosas ligeras, y estas líneas podrían ser ejemplo. Finalmente somos una generación que une dentro de sus intereses la protesta y el humor negro.<sup>107</sup>

La cuestión en nuestro contexto nacional específico es muy interesante porque en el imagino, la idiosincrasia del mexicano va muy ligada al doble sentido en las palabras, circunscrito en la idea del albur, más allá de las connotaciones relacionadas con la ‘ra-

---

<sup>106</sup> DUVIGANUD, Jean, *El juego del juego*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 27.

<sup>107</sup> Cfr. NUTTALL, Jeff, *Las culturas de posguerra*, Barcelona, Martínez Roca, 1974.

jada' a la que se refiere Octavio Paz,<sup>108</sup> vamos a quedarnos con el juego de palabras, para algunos una verdadera calistenia mental<sup>109</sup>, y ahora que la argumentación va de moda, un ejercicio retórico para agilizar las respuestas en un debate.

La escuela Cínica griega consideraba que el humor era una herramienta necesaria dentro de la filosofía,<sup>110</sup> pero esa es una historia de vencidos, porque el mismo Platón no soportaba ni la poesía<sup>111</sup>. Otros filósofos se atrevieron a plantear la ironía como un mecanismo detonante de la reflexión pero sucedió lo mismo, no es muy cartelero dentro de la filosofía el humor, quizá la historia más relevante en ese sentido sea la disputa entre Hobbes y Shaftesbury,<sup>112</sup> este último consideraba que no era el temor lo que funcionaría para lograr la cohesión social sino la afabilidad (*politeness*) por lo que habría que construir una política en ese sentido y podríamos decir que un derecho de igual modo, pero quien conoce a Shaftesbury y quien a Hobbes, queda clarísimo quien fue el vencedor.

Echemos mano entonces de la ironía<sup>113</sup> sobre temas tan profundos como uno los quiera considerar, y es que a veces en el mun-

<sup>108</sup> PAZ, Octavio, “Máscaras Mexicanas”, en: *El laberinto de la Soledad*, Proyecto Ensayo Hispánico, disponible en: <http://www.ensayistas.org/antología/XXA/paz/index.htm> (consultado el 27 de octubre de 2011). Paz se refiere al juego de palabras a través del cual el mexicano defiende su intimidad para no ser “chingado”.

<sup>109</sup> DIEZ DE URDANIVIA, Fernando, *Su majestad el albur*, Luzam, México, 2011, pp. 28-29. Gutierrez Tibón citado por Díez de Urdanivia, decía a propósito de la expresión popular que es: “... una de las mayores expresiones de nuestra lengua, concentrada en proverbios, máximas, paremas, sentencias: la más genuina, la más auténtica manifestación de la filosofía del pueblo”.

<sup>110</sup> MIRALLES, Carles, “Los cínicos, una contracultura en el mundo antiguo.” *Estudios clásicos* 14.61 (1970); pp. 347-377.

<sup>111</sup> Cfr: GADAMER, Hans-Georg, “Platón y los poetas”, en *Estudios de Filosofía*, Medellín, Universidad de Antioquia, Núm. 3, (1991).

<sup>112</sup> KELIN, Lawrence E., *Shaftesbury and the culture of politeness: moral discourse and cultural politics in early eighteenth-century England*, Cambridge University Press, 1994.

<sup>113</sup> SCHOENTJES, Pierre, *La poética de la ironía*, Madrid, Cátedra, 2003.

do del derecho la seriedad y la formalidad toman tintes que cruzan transversalmente la tragedia y la comedia a la vez, si alguno lo quiere de esa manera, incluso este ejercicio podría servir como un *test* para saber qué tanta capacidad irónica tiene el lector, o aún mejor, de auto-ironía porque finalmente es un ejercicio crítico,<sup>114</sup> muy necesario en el derecho que ha dejado de reírse de sí mismo.

### 3. La risa, la ironía y la argumentación retroductiva

Vamos a extendernos un poco más en el asunto de la ironía. Hemos venido a caer en cuenta que el desarrollo del pensamiento abductivo va muy de la mano con la ironía, recurramos a una figura bastante conocida como la de Sherlock Holmes de Sir Arthur Conan Doyle, tal vez sólo se trate de una coincidencia, puesto que la nacionalidad de este personaje es inglesa, y el humor de esta nación es bastante conocido por su peculiaridad, lo cierto es que a lo largo de las historias que resuelve este detective encontramos el elemento irónico relacionado a un afán pedagógico respecto de su colega-discípulo Watson.

---

<sup>114</sup> Haba comenta en una cita de su ensayo sobre el ilusionismo de la argumentación jurídica que se trata de un juego de niños: “Pero cabe reconocer que aun esas logificaciones de Alexy resultan algo así como un juego de niños, todavía no demasiado lejano con respecto a las «travesuras» de los operadores jurídicos reales, si aquéllas venimos a compararlas con unos extremos tan infinitamente ajenos al pensamiento de estos mismos como esa vía láctea de axiomatizaciones que conforman el *divertimento extraempírico* mayor propuesto por L. Ferrajoli para entretenér a profesores de Teoría del Derecho [cfr., de este autor, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma, 2007, esp. Su t. III]. No sólo es imposible de hecho que los juristas prácticos se consagren a semejantes escolasticismos, sino que mediante estos últimos se esfuman aquellas cuestiones en debate que deciden verdaderamente cuáles son las respuestas efectivas en las disputas jurídicas reales; por lo demás, a cualquier conclusión jurídica viable se llega igualmente sin necesidad alguna de someterla a otra «cámara de torturas» (Radbruch) más, en este caso a una tan máxima e inútilmente pedante como lo es todo ese formulario superfluo” HABA, Enrique, “Razones para no creer en la actual teoría...” *op. cit.*, nota 3, p. 324.

Holmes invita a una esgrima mental a Watson, siempre con el intención de “hacerlo pensar” a través de un ejercicio muy parecido a la mayéutica socrática. Y como el mismo Doyle lo expresa, tratando de ir de “adelante hacia atrás”, o como dicen los Sebeok: “... es un instinto que se apoya en la percepción inconsciente de conexiones entre aspectos del mundo, o, en otros términos, comunicación subliminal de mensajes.”<sup>115</sup> Los Sebeok además citan a Peirce considerado padre de la abducción creativa:

En una inferencia hipotética, esta sensación compleja tan frecuente es reemplazada por una única sensación de mayor intensidad, que pertenece al acto de formular la conclusión hipotética. Ahora bien, cuando nuestro sistema nervioso está excitado de manera compleja, existiendo relación entre los diferentes elementos de la excitación, el resultado es una única perturbación armoniosa que se llama emoción.<sup>116</sup>

Pero sin duda son los relatos sobre Holmes los que han generado un imaginario acerca del pensamiento retroductivo o argumentación originalista, en *The Cardboard Box*, Holmes lee la mente de Watson quien como siempre, es quien cuenta la historia en primera persona:

Viendo que Holmes estaba demasiado absorbido en sus pensamientos para conversar, aparté brus-

---

<sup>115</sup> SEBEOK, Thomas A.y UMIKER-SEBEOK, Jeanm, *Sherlock Holmes y Charles S. Pierce. El método de la investigación* (1979), Paidós, Barcelona, 1987, pp. 22-23.

<sup>116</sup> Peirce, *Collected Papers* 2.643 citado por *Idem*.

camente el papel en blanco, y, apoyándome en mi silla, me puse a pensar distraídamente. De repente, la voz de mi compañero irrumpió en mis pensamientos.

- Está en lo cierto, Watson —dijo—, me parece una manera muy absurda de saldar una disputa.
- ¡La más absurda! —exclamé, y entonces, de repente, dándome cuenta de que él se había hecho eco del pensamiento más íntimo de mi alma, me incorporé de la silla y le miré con atónita sorpresa.
- ¿Qué es esto, Holmes? —grité—; esto sobrepasa cualquier cosa que hubiera podido imaginar... Estaba sentado en la silla, quieto, ¿qué pistas le he podido lanzar?
- Comete una injusticia consigo mismo. Las apariencias del hombre expresan sus emociones y las suyas son sirvientes fieles.
- ¿Quiere decir que lee mis pensamientos a partir de mi aspecto?
- De su aspecto y especialmente de sus ojos. Tal vez usted no pueda recordar cómo comenzó su ensimismamiento.
- No, no puedo.
- Entonces se lo contaré. Después de que apartara bruscamente el papel, cosa que me llamó la

atención, se sentó medio minuto con expresión distraída. Después sus ojos se posaron sobre el cuadro del general Gordon, que hacía poco había arreglado, y yo vi por la alteración de su rostro que sus pensamientos habían empezado a brotar. Pero no fue muy lejos con ellos. Sus ojos se posaron en el retrato, que aún no había arreglado, de Henry Ward Beecher, que estaba sobre sus libros. Entonces miró la pared; su propósito era obvio. Estaba pensando que si el retrato estuviera arreglado ocuparía exactamente aquel espacio vacío y coincidiría con el cuadro de Gordon que había encima.

- ¡Me ha seguido maravillosamente! —exclamé.
- Tan de cerca que apenas podía extraviarme. Sus pensamientos volvieron a Beecher y usted lo miró intensamente como si estuviera estudiando su carácter a través de su aspecto. Entonces dejó de fruncir las cejas pero continuó mirando el retrato y su cara tenía una expresión pensativa. Estaba recordando el incidente de la carrera de Beecher. Sé bien que no puede recordarlo sin pensar en la misión que emprendió en nombre del Norte y durante la Guerra Civil; recuerdo que expresó su apasionada indignación porque fue recibido por nuestra gente más turbulenta. Esto le afectó tanto que yo sabía que no podía tampoco pensar en Beecher sin pensar en ello. Cuando un momento des-

pués vi que sus ojos se desviaban del cuadro, sospeché que en aquel momento su mente había vuelto a la Guerra Civil, y cuando vi sus labios comprimidos, sus ojos chispeantes y sus manos apretadas, supe a ciencia cierta que estaba pensando en la valentía que mostraron los dos bandos en aquella desesperada contienda. Pero entonces, de nuevo, su rostro se entrisció. Usted sacudió la cabeza. Estaba pensando en la tristeza y el horror y en la inútil perdida de vidas que produjo. Su mano se posó sobre su vieja herida y una sonrisa se dibujó en sus labios, cosa que me mostró que el ridículo lado de este método de establecer preguntas internacionales por fin se ha incrustado en su mente. En este momento asentí con usted y le dije que eso era absurdo, y me alegré al darme cuenta de que todas mis deducciones eran correctas.

— ¡Totalmente correctas! —dije—. Y ahora que usted lo ha explicado todo, confieso que estoy tan maravillado como al principio.<sup>117</sup>

Aprender a observar los detalles, escudriñar lo observado a partir de las referencias personales, arriesgarse a formular conclusiones y abandonar aquellas inverosímiles siguiendo el juego de “frío/caliente”, seguir las pistas, sentido común sistematizado; pero para ello es necesario ejercitarse atreviéndose como muchas veces le sugiere Holmes a Watson.

---

<sup>117</sup> *Idem.*

Otro ejemplo de argumentación abductiva es la que hace Borges, en muchos de sus cuentos, aquí ya hemos citado en la nota 39, el *Acercamiento a Almotasim* que es un claro ejemplo de ello no sólo en la trama sino incluso en el ejercicio que Borges propone al lector, una lectura interactiva, que hace pensar que uno mismo puede comenzar una indagación acerca de la novela que supuestamente el argentino reseña, pero dejando atrás este ejercicio detectivesco que Borges propone en los dos primeros párrafos, veamos lo que sugiere la propia trama, la cual es construida a través de la argumentación originalista:

Su protagonista visible, no se nos dice nunca su nombre, es estudiante de derecho en Bombay, blasfematoriamente, descree de la fe islámica de sus padres pero al declinar la décima noche de la luna de, *muharram*, se halla en el centro de un tumulto civil entre musulmanes e hindúes, es noche de tambores e invocaciones, entre la muchedumbre adversa, los grandes palios de papel de la procesión musulmana se abren camino, un ladrillo hindú vuela de una azotea, alguien hunde un arma blanca en un vientre, alguien, musulmán, hindú acaso, muere y es pisoteado, tres mil hombres pelean, bastón contra revólver, obscenidad contra imprecación, Dios es el Indivisible contra los Dioses, atónito, el estudiante librepensador entra en el motín, con las desesperadas manos, mata, o piensa haber matado, a un hindú, atronadora, ecuestre semidormida, la policía del Sirkar interviene con rebencazos imparciales, huye el estudiante, casi bajo

las patas de los caballos, busca los arrabales últimos, atraviesa dos vías ferroviarias, o dos veces la misma vía, escala el muro de un desordenado jardín, con una torre circular en el fondo, una chusma de perros color de luna, a *lean arad evil mob of mooncoloured hounds*, emerge de los rosales negros, acosado, busca amparo en la torre, sube por una escalera de fierro, faltan algunos tramos, y en la azotea, que tiene un pozo renegrido en el centro, da con un hombre escuálido, que orina vigorosamente en cuclillas, a la luz de la luna, ese hombre le confía que su profesión es robar los dientes de oro de los cadáveres trajeados de blanco que los parsis dejan en esa torre, doce otras cosas viles y menciona que hace catorce noches que no se purifica con bosta de búfalo, habla con evidente rencor de ciertos ladrones de caballos de Guzerat, comedores de perros y de lagartos, hombres al cabo tan infames como nosotros dos, clarea, en el aire hay un vuelo bajo de buitres hordos, el estudiante, aniquilado, se duerme, cuando despierta, ya con el sol bien alto, ha desaparecido el ladrón, han desaparecido también un par de ciggaros de Trichinópolo y unas rupias de plata, ante las amenazas proyectadas por la noche anterior, el estudiante resuelve perderse en la India, piensa que se mostrado capaz de matar un idólatra, el nombre de Guzerat no lo deja, y el de una malka sansi, mujer de casta de ladrones, de Palanpur, muy preferida por las imprecaciones y el odio del despojador de cadáveres,

arguye que el rencor de un hombre tan minuciosamente vil importa un elogio, resuelve, sin mayor esperanza, buscarla, reza, y emprende con segura lentitud el largo camino...

La historia llena de trazas, aún en un espacio tan corto, sugiere varias interpretaciones que incluso a través de las notas finales se convierte en un ejercicio hermenéutico complejo, circular tal vez, laberíntico o a través de espejos; pero con un alto contenido simbólico, el “elemental” mundo de Conan Doyle, en Borges se convierte en semiótica, en meta-abducción, como suele ser el mundo, quedan atrás Poe, Dupin, Bell y Doyle; lo onírico tiene cabida, por eso tal vez le hayan llamado realismo mágico; los derechos humanos también son sueños y lenguaje simbólico,<sup>118</sup> sería mejor argumentarlos también desde esa otra mitad de realidad. Gran parte de la literatura borgiana es una burla: al racionalismo, al afán de complitud, a la ignorancia de los mitos, al desprecio de lo humano.

Y fue Umberto Eco quien en su novela *El nombre de la Rosa*, ironiza sobre Borges, lo hace un personaje deleitable, obsesionado por un fideísmo ‘ciego’ que desprecia el conocimiento libresco — muy contradictorio porque Borges amaba los libros —, pero juega con uno de los símbolos preferidos del argentino, el laberinto, cada quien tiene su propio laberinto y sus maneras de salir de él, esa es la argumentación abductiva, también cargada de ironía y llena de metáforas, no por nada Eco es de profesión semiólogo.

<sup>118</sup> El frontispicio de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 nos ofrece un mapa simbólico de lo que Europa quería con sus derechos: escritos en piedra, coronados por el ojo de la ley que sustituyó al de Dios, habla de una concepción muy específica que poco tiene que ver con lo que hoy se les demanda como institución política: *Vid.* STOLLEIS, Michael, *El ojo de la ley. Historia de una metáfora*. Marcial Pons, Madrid, 2011.

La novela es un tanto el Sherlock Holmes<sup>119</sup> medieval que acompañado de Azzo que hace las veces de Watson, hace constantes referencias a la búsqueda de verdades basadas en hechos, uniendo los puntos de una posible trama:

... resolver un misterio no es como deducir a partir de primeros principios. Y tampoco es como recoger un montón de datos particulares para inferir después una ley general. Equivale más bien a encontrarse con uno, dos o tres datos particulares que al parecer no tienen nada en común, y tratar de imaginar si pueden ser otros tantos casos de una ley general que todavía no se conoce y que quizás nunca ha sido enunciada.<sup>120</sup>

Eco construye su novela como un *thriller* policial, que tiene algo de psicoanálisis.<sup>121</sup> La abducción es bastante clara en Guillermo de Baskerville, quien no se contenta con hacer un recuento de los hechos, sino que trata de conectarlos.

Eco introduce un nuevo elemento: la risa. El punto de desencuentro entre el héroe y el villano, para el primero es parte de un conocimiento más humano y dialéctico, para el segundo es algo bestial, irracional y atentatorio de la verdad:

La verdad sostenida por proposiciones, que aluden a las cosas singulares, es necesaria para la vida

<sup>119</sup> El personaje de Eco se llama Guillermo por Ockham y Baskerville por Doyle.

<sup>120</sup> ECO, Umberto, *El nombre de la rosa* [1980], Debolsillo, Barcelona, 2004, p. 372.

<sup>121</sup> Cf.: ECO, Umberto, “Apostilla a El nombre de la rosa” en *Anàlisi: quaderns de comunicació i cultura*, Barcelona, 1984, pp. 5-32.

práctica, para la vida en el mundo. Pero tras este saber palpita un conocimiento intuitivo de leyes universales, no un saber objetivo. El conocimiento de una supuesta legalidad objetiva y universal constante... Y si hay una verdad, ésta, en un sentido estricto, es incognoscible. Pretender conocerla es un ridículo filosófico y teológico que merece una risa. Por el reír se sabe lo que nunca puede ser conocido.<sup>122</sup>

Un elemento fundamental para descubrir las constantes falacias *ad verecundiam* es el termómetro de la risa, muchas supuestas verdades sometidas a la ironía, no soportan, esta prueba. No toda risa es prueba de inteligencia, por el contrario, ríe de nervios quien no tiene nada que decir, pero también ríe de nervios quien ha sido empujado a una situación incómoda en la que se le empuja a sobajarse o claudicar de su dignidad humana. La risa es más bien, indicio de una emoción:

El rostro humano es la máxima versatilidad del cuerpo. El rostro es mapa de innumerables gestos, selva de expresiones de la que sólo queda un intradicible registro en el palimpsesto de las mejillas y los labios que se arquean.

Una meditación sobre la risa debería partir de un previo esbozo de una filosofía facial. Pero no del rostro como unidad personal, como revelación de

---

<sup>122</sup> IERARDO, Esteban, “La carcajada en la Abadía. El nombre de la rosa y aproximaciones a una filosofía de la risa” en Temakel. Mito, arte y pensamiento, disponible en digital en: <http://temakel.net/node/412> (consultado el 6 de julio de 2015).

la singularidad de un individuo que se distingue en el espacio natural o social. El rostro como potencia expresiva, capaz de comunicar estados particulares de alegría, tristeza, furia o lujuria. Una alquimia irracional de la expresividad del rostro porque sus variedades y sus cantidades de gestos son indeterminables.<sup>123</sup>

Los destinatarios de la argumentación jurídica actual demandan cada vez más de la teoría que finalmente es tan práctica como las propias preguntas que la increpan, tal vez el acercamiento al modelo anglosajón, que nos presenta una supuesta justicia más mediática, nos pone delante de una cultura popular, sobre todo televisiva, pero también cinematográfica, donde los operadores jurídicos son grandes lectores del lenguaje corporal,<sup>124</sup> insuperables usuarios de la abducción, empedernidos observadores. Desde doctor House, pasando por *The mentalist*, o todas las versiones de Sherlock Holmes; los héroes televisivos leen rostros como debería leerlos el operador del nuevo sistema penal.

Leer el tipo de risa, no es sencillo, saber a qué emoción corresponde tampoco, pero es muy necesario para colegir una buena argumentación retroductiva. Lo que si podemos decir, es que la risa es elemento vital, es algo que nos identifica como seres humanos y hay mucho que estudiarle desde la psicología, la pedagogía y la filosofía, pero sin duda es la forma en la cual podemos exorcizar los diversos despotismos:

---

<sup>123</sup> *Idem.*

<sup>124</sup> Y en algunos casos, saben utilizar también la neurolingüística para poder inducir las reacciones de sus interlocutores, sobre el tema mirar por ejemplo: O'CONNOR, Joseph; SEYMOUR, John, *Introducción a la programación neurolingüística*, Ediciones Urano, S.A., 1992.

La rigidez es castigada por la risa. Lo rígido como causa de la risotada es centro del pensar de Bergson en *La risa*.

Y es la risa en la fiesta, la risa de los carnavales y fiestas populares denunciados por Jorges de Burgos. La risa como estallido de la vida reprimida, des-represión sonriente como regreso simbólico (como en la fiesta arcaica) a un caos que es fuente regeneradora, un calor restaurador de la salud del cuerpo y la mente. Es la gran alegría que arde en las páginas de *Rabelais*, de Gargantúa y Pantagruel. En la obra del escritor francés (y en la cultura rural en la que se inspira), lo festivo y la risa se nutren de un cuerpo liberado...en su encuentro con los otros cuerpos.

Y como lo sugería el propio Guillermo, la risa también nace de la pretensión ridícula de una verdad definitiva. Toda verdad absoluta que pretende sustentarse en el lenguaje o la (o)presión del poder es risible, y muchas veces, peligrosa, asesina...El saber sin percepción de sus límites y finitud es dogma, autoengaño. Es locura que merece la respuesta de la risa. La mentira política, la demagogia desgastada, provoca también una risa, como única reacción lúcida.

La risa como burla, encanto, comedia, des-represión sonriente y carnavalesca, acción curativa, castigo de lo rígido, salida lúdica de la ley natural inflexible, repudio del absolutismo del saber o de la demagogia política...<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> *Idem.*

Y además de todo, para una buena argumentación es mejor estar de buenas, la risa ayuda a tener una mejor salud según los médicos y a nuestro parecer facilita las relaciones humanas y las negociaciones.

## V. EL SENTIDO COMÚN EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

### 1. El sentido de justicia y el sentido común

El sentido común (a partir de ahora también s.c.) tiene dos acepciones más o menos identificables entre el mar de conceptos, ambas nos servirán para el propósito que buscamos sobre argumentar de *otro* modo los derechos humanos.

Por un lado tenemos el concepto que llamaremos clásico donde lo común, le viene al sentido común, en el hecho de constituirse como el unificador de los sentidos externos (vista, tacto, gusto, olfato y oído) cuando él mismo es parte de los sentidos internos (memoria, imaginación, estimativa que se divide en estimativa natural —intuición y estimativa cogitativa—, Tomás de Aquino nos dice que “Los sentidos internos son algo común al hombre y a los animales aunque en los animales el ‘aviso’ interno es meramente instintivo mientras que en el hombre se puede dar también el conocimiento racional. Son sentidos porque se corresponden al nivel de la vida sensitiva y no suponen razón”.<sup>126</sup> El sentido común sería entonces una facultad intelectiva cuya función consiste en segmentar, organizar, clasificar y generar un juicio prelimi-

---

<sup>126</sup> DE AQUINO, Tomás, *Summa Theologiae*, t. I, q. 78, a. 4, in. c.

Y además de todo, para una buena argumentación es mejor estar de buenas, la risa ayuda a tener una mejor salud según los médicos y a nuestro parecer facilita las relaciones humanas y las negociaciones.

## V. EL SENTIDO COMÚN EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

### 1. El sentido de justicia y el sentido común

El sentido común (a partir de ahora también s.c.) tiene dos acepciones más o menos identificables entre el mar de conceptos, ambas nos servirán para el propósito que buscamos sobre argumentar de *otro* modo los derechos humanos.

Por un lado tenemos el concepto que llamaremos clásico donde lo común, le viene al sentido común, en el hecho de constituirse como el unificador de los sentidos externos (vista, tacto, gusto, olfato y oído) cuando él mismo es parte de los sentidos internos (memoria, imaginación, estimativa que se divide en estimativa natural —intuición y estimativa cogitativa—, Tomás de Aquino nos dice que “Los sentidos internos son algo común al hombre y a los animales aunque en los animales el ‘aviso’ interno es meramente instintivo mientras que en el hombre se puede dar también el conocimiento racional. Son sentidos porque se corresponden al nivel de la vida sensitiva y no suponen razón”.<sup>126</sup> El sentido común sería entonces una facultad intelectiva cuya función consiste en segmentar, organizar, clasificar y generar un juicio prelimi-

---

<sup>126</sup> DE AQUINO, Tomás, *Summa Theologiae*, t. I, q. 78, a. 4, in. c.

nar sobre la realidad, para ponerlo al servicio de la razón. Kant, repetirá de alguna manera esta idea, para el filósofo de Konigsberg, el s.c. es una facultad ligada a los sentimientos codayuvante del juicio racional.

La otra acepción está representada por varios filósofos que con pequeñas variantes, consideran que el sentido común es un juicio espontáneo al cual puede llegar la mayoría de seres humanos después de unas consideraciones sencillas, lo común en este caso, es el que una mayoría de personas compartirían dicho criterio: para Vico es “... la concordancia de las mismas cosas humanas”,<sup>127</sup> para Thomas Reid y la escuela escocesa el s.c. se desarrolla a partir del conocimiento de ciertas creencias tradicionales dentro de una comunidad, Reid nos dice:

... la capacidad de juzgar en proposiciones autoevidentes, que son entendidas claramente, puede compararse a la capacidad de tragarse nuestro alimento. Es puramente natural, y entonces común a lo aprendido y lo no aprendido; a lo educado y lo no educado: requiere madurez de entendimiento y libertad de prejuicio, pero nada más.<sup>128</sup>

El impacto del sentido común en la argumentación jurídica, es evidente, y sin embargo, poco estudiado:

... no se ha prestado demasiada atención a la forma en que se influyen recíprocamente el sentido

---

<sup>127</sup> *Scienza Nuova*, § 348.

<sup>128</sup> Cf: REID, Thomas, *La filosofía del sentido común. Breve antología de textos de Thomas Reid*, México, UAM, Azcapotzalco, 1998.

común y el conocimiento jurídico. Por esa razón, y sin que ello implique aceptar su defensa (sino más que simplemente su presencia inevitable), no deberíamos perder de vista la sugerencia de Moore, como posible tarea, en este caso, para la filosofía jurídica...en la necesidad de llamar la atención sobre la posible presencia de prejuicios y estereotipos que afectan a determinados colectivos tradicionalmente marginados, subordinados o excluidos, con base en ciertas características como raza, género, orientación sexual o clase social...estos estereotipos y prejuicios representan y se expresan, además, según una cultura hegemónica, que basa su hegemonía en la subordinación, marginación o exclusión de esos grupos.<sup>129</sup>

Además de la necesidad del análisis de la función que desempeña el sentido común en el derecho, hay una clara disposición a mediar entre éste y la sociedad. Incluso la teoría de la argumentación jurídica tal y como está planteada hoy en día, más que contribuir a acrecentar el sentido común en su versión de sentido de justicia, podría "... servir de coartada para distorsiones sistemáticas"<sup>130</sup> como lo apunta Ricoeur respecto de Alexy y Atienza.

Por otro lado resulta que las diferentes corrientes de la filosofía del derecho no logran abandonar el espacio de las formas argumentativas y pasar al sujeto de la argumentación, en cualquiera de los casos se sigue buscando "el parámetro" hermenéutico sin re-

<sup>129</sup> RUÍZ-RESA, Josefina Dolores, "Racionalidad y sentido común en el proceso: los estereotipos en la determinación de los hechos", *Criterio y Conducta. Revista semestral del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial*, Núm. 13, México, enero-junio 2013, pp.107-156.

<sup>130</sup> RICOEUR, Paul, *Lo justo*, Madrid, Caparrós Editores, 1999, p. 166.

parar que mucho depende del hermeneuta, el que este parámetro tenga una vida práctica, todo esto es alimentado por el gran desconocimiento que el jurista tiene del ser humano, un caso de lo anterior está relacionado con el uso de la palabra criterio, la cual refiere a un enunciado o peor aún, a un escrito, más que una facultad humana, es decir, se teme tanto a lo subjetivo que se prefiere hacer referencia a objetos.

Nuevamente la ciencia jurídica llega tarde a la cita, en otras ciencias sociales el descubrimiento del importante papel del elemento subjetivo en el proceso hermenéutico lleva ya algunos años de análisis:

... el sentido en la Hermenéutica no es sólo el objeto de la comprensión o interpretación, sino como mencioné, también lo es el sujeto que comprende o interpreta. De tal suerte que el sentido resulta ser objeto y sujeto de la Hermenéutica porque captamos el objeto (verdad-sentido) a partir del sujeto (razón-sentido).<sup>131</sup>

En un contexto formalista como el nuestro, el sentido común se presenta no sólo como una opción lejana o extraña sino incluso como un peligro, y esto ha llevado a resignificar conceptos como el de discrecionalidad o arbitrio, que de ser valores en la argumentación jurídica, relacionados con la toma de decisiones de forma prudente y equitativa, pasaron a identificarse con conceptos como el de decisión autoritaria, injusta, irracional, en fin, un antivalor.<sup>132</sup>

<sup>131</sup> LINCE CAMPILLO, Rosa María, *Hermenéutica: arte y ciencia de la interpretación*, México, UNAM, 2009, p. 21.

<sup>132</sup> Una problematización de lo anterior un discurso de ingreso a la Academia de Legislación y Jurisprudencia, ahora una publicación de: FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial, Madrid, Iustel, 2005.

Para no perdernos hablemos un poco más sobre las relaciones entre el sentido de justicia y el sentido común. El sentido de justicia es ese llamado de la conciencia del que participa cada persona, y que le ayudaría a distinguir lo justo de lo injusto, también se le denomina de otras formas como clamor por la justicia o demanda social de justicia; aunque parezca un juego de palabras, el sentido de justicia le es común a la mayoría de personas, pero esto no significa que no pueda ejercitarse, al relacionarlo con el sano juicio, con el buen criterio, con la capacidad para percibir mejor las cosas y ofrecer soluciones para la mejoría personal y/o de la sociedad implica en principio una óptima manera de observar y escuchar.

El juez en principio, como autoridad, debe buscar ejercitarse en el sentido común, pero también puede echar mano de su sentido de justicia, es más, debiera ser una obligación del juez despertar de vez en cuando su sentido de justicia pues eso lo preservaría de problemas como la falta de independencia o la imparcialidad como nos lo sugiere Calamandrei: “También el juez le puede ocurrir como al abogado, a partir de la conclusión para llegar a las premisas; pero mientras el abogado esta conclusión le está impuesta por el cliente, al juez se la impone aquella misteriosa y clavividente virtud de intuición que se llama sentido de la justicia.”<sup>133</sup>

Entre más inaccesible y codificado resulta el derecho, más desvinculado del sentido de justicia es, por eso parece obvio que algunos operadores del derecho piensen que la justicia es algo metafísico e inalcanzable e incluso llegue a plantearse un divorcio necesario entre el derecho en su forma de ley y la justicia como

---

<sup>133</sup> CALAMADREI, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, México, Oxford University Press, 2000, p. 76.

una aspiración social válida. Pero seamos honestos, para muchos juristas la justicia no sólo no es un planteamiento práctico — como sí lo era para los clásicos— sino que incluso tiene esencia meta discursiva, en pocas palabras es poesía, aunque sea el título de muchas instituciones democráticas. Ricoeur nos explica en unas líneas cómo se ubica la justicia en esta dinámica de las disciplinas y los saberes técnicos:

Comencemos por las *circunstancias, y apariciones*, de la justicia. Todas tienen la forma de un conflicto oponiendo derechos presuntos, intereses reales, o privilegios adquiridos. En todas las subdivisiones del derecho —penal, civil, social, internacional— la *exigencia de justicia* surge en las situaciones de conflicto en las que el derecho da la forma del proceso. Es en este punto, en que las consideraciones tomadas de la concepción teleológica de la justicia retoman, por primera vez, vigor: las exigencias entre las que la justicia es llamada a mediar— o, más exactamente, volveremos a ello, en las que le es exigido hacer un reparto justo— son portadoras de valores, de evaluaciones en términos de bienes. Una teoría puramente procedural requiere aquí la asistencia ética de los valores, ella misma cargada de dificultades y cuna de cuestiones sin respuesta.<sup>134</sup>

De ese modo el problema de la justicia no es sólo procedural sino que se relaciona con una sociedad específica en la que exis-

---

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 46. Las cursivas son nuestras.

ten estatus y roles sociales complejos, en un tiempo determinado en el que los bienes en litigio tienen valores también complejos, en un contexto en el que se dan prioridades. Por ello la argumentación es tan importante, pero también lo es el consenso, los mecanismos para acceder a la justicia, e incluso el Estado, para garantizar lo procesal, pero como bien aclara Ricoeur no es en esa reducción absurda de los procesalistas (y de algunos argumentistas) como ese tramo final de asignación de lo justo, sino la secuencia general de lo jurídico (leyes-tribunales-sentencia y jueces) lo que podríamos llamar el derecho en acción o simplemente la práctica jurídica. Pero falta aún un elemento más mencionado por Ricoeur el binomio amor y justicia,<sup>135</sup> una relación a veces conflictiva o dialéctica, a veces frágil y provisional, pero necesaria, el amor necesita la mediación de la justicia para entrar en la esfera práctica y ética; la justicia necesita del amor para evitar convertirse en una simple regla utilitaria. He aquí la gran aportación de Ricoeur, llevar a un grado más alto la justicia, transformarla en reconciliación, hacerla funcionar en el terreno práctico a través de su interacción con otros valores menos jurídicos (como el sentido de justicia, el sentido común y la alteridad) pero no por eso menos importantes.

Antes de pasar al siguiente numeral hay que agregar que si la teoría de la argumentación ha de poner atención al sentido común lo ha de hacer con rigor:

---

<sup>135</sup> Un binomio del que por cierto escribió un filósofo del derecho mexicano como lo fue Miguel Villoro Toranzo que ve en ambas virtudes sociales una estrecha relación “En la medida en que el grupo acepte al Derecho como un mínimo de amor, lo acatará de buen grado y tratará que se cumpla. Pero si el grupo ve al Derecho como una mera imposición de la fuerza de autoridad, tratará de esquivar su cumplimiento y, en los casos extremos, hasta se rebelará... Porque un Derecho sin Justicia no es un Derecho, como una Justicia sin amor no es Justicia”. (VILLORO TORANZO, Miguel, *La justicia como vivencia*, México, Porrúa, 2004, p. 35.)

... en nuestra opinión, un abordaje del problema del sentido común no puede realizarse al margen de una teoría del significado, salvo que se pretenda utilizar el concepto como un comodín o tacho de basura (sinónimo de conocimiento previo, conciencia o creencia) en el que colocamos aquellas cosas que no entendemos cuando las teorías —sintácticas, semánticas o pragmáticas— resultan insuficientes, y la causa o fundamento cuando vastos sectores de hablantes, pertenecientes a la misma comunidad lingüística, no entienden (o los entienden de modo diferente) conceptos tan elementales como moral, lucha de clases, democracia, justicia, y/o actúan de un modo que el politólogo o sociólogo calificaría de irracional o contrario a sus intereses. Al mismo tiempo, se debe a que pretendemos demostrar que una teoría del significado que no incluya el sentido común resultará incompleta o autocontradicatoria.<sup>136</sup>

Por otro lado, la ciencia que más ha trabajado el s.c. es la antropología, y quizás dentro de los antropólogos el que lo ha hecho con mayor contundencia sea Geertz:

Sin embargo, somos reticentes, y los antropólogos lo somos especialmente, a deducir que la ciencia, la ideología, el arte, la religión o la filosofía, o al menos los impulsos a los que sirven, no sean pro-

---

<sup>136</sup> RAITER, Alejandro, *Lenguaje y sentido común. Las bases para la formación del discurso dominante*, Biblos, Buenos Aires, 2003, p. 12.

piedad común de toda la humanidad. Y a partir de esa reticencia, se ha desarrollado toda una tradición de **argumentación** diseñada para demostrar que los pueblos “más simples” poseen un sentido de los divinos, un interés desapasionado por el conocimiento, una sensibilidad para la el derecho, o una apreciación de la belleza por sí misma, aun cuando esas cosas no se encuentren en ámbitos armoniosos y bien definidos de la cultura que nos son tan familiares. Así, Durkheim halló formas elementales en la vida religiosa entre los aborígenes australianos, Boas un espontáneo sentido del diseño en la costa noroeste, Lévi-Strauss una ciencia “concreta” en el Amazonas, Giraule una ontología simbólica en una tribu del África Occidental y Gluckman un *ius commune* implícito en otra del África Oriental. En suma, nada en los suburbios que no estuviera ya en la antigua ciudad.<sup>137</sup>

Sólo hay que mirar un poco más profundamente, más detenidamente y sobre todo, más empáticamente.

## 2. La suspicacia de Protágoras

En los *Diálogos* de Platón, aparece uno en el que se enfrentan dialécticamente Protágoras y Sócrates, por la forma en la que están escritos los *Diálogos*, es decir, caricaturizando a los sofistas, e incluso metiendo a todos los contendientes de Sócrates en un mis-

<sup>137</sup> GEERTZ, Clifford, “El sentido común como sistema cultural”, en: *Conocimiento Local. Ensayos sobre la interpretación de las culturas*, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 93-116.

mo recipiente, tendríamos que ser muy cautos pero de cualquier forma lo que Platón atribuye a Protágoras resulta bastante interesante para los efectos del sentido de justicia.

Protágoras arranca su argumentación a partir de la mitología griega que para entonces era considerada una fuente de conocimiento práctico bastante autorizada:

Entonces Zeus, temiendo que nuestra especie quedase exterminada por completo, envió a Hermes para que llevase a los hombres el pudor y la justicia, a fin de que rigiese en las ciudades la armonía y los lazos comunes de amistad. Preguntó, entonces, Hermes a Zeus la forma de repartir la justicia y el pudor entre los hombres: “¿Las distribuyo como fueron distribuidas las demás artes? Pues éstas fueron distribuidas así: Con un solo hombre que posea el arte de la medicina, basta para tratar a muchos, legos en la materia; y lo mismo ocurre con los demás profesionales. ¿Reparto así la justicia y el pudor entre los hombres, o bien las distribuyo entre todos?”. “Entre todos” respondió Zeus “y que todos participen de ellas; porque si participan de ellas sólo unos pocos, como ocurre con las demás artes, jamás habrá ciudades. Además, establecerás en mi nombre esta ley: Que todo aquél que sea incapaz de participar del pudor y de la justicia sea eliminado, como una peste, de la ciudad”.<sup>138</sup>

---

<sup>138</sup> Vamos a utilizar la versión: PLATÓN, *Protágoras*, Oviedo, Pentalfa Ediciones, 1980, trad. de J. Velarde, versión digital bilingüe: <http://www.filosofia.org/cla/pla/protbil.htm> de 4 de julio de 2011.

Este párrafo que podemos encontrarlo por ejemplo en Hesiodo y que como decíamos constituía parte del patrimonio cultural griego al que cualquier ciudadano podía acceder, dota a los argumentos de Protágoras de mucha autoridad, básicamente con el propósito de comenzar diciendo que la virtud de la justicia es patrimonio de todos pero además que es elemento necesario para la subsistencia de la vida pública. Continuemos con Protágoras:

Ahí tienes, Sócrates, por qué los atenienses, al igual que los demás pueblos, cuando deliberan sobre la virtud en arquitectura o en cualquier otra profesión, sólo a unos pocos les consideran con derecho a dar consejos. Y si alguien que no sea de éstos se pone a dar consejos, no le toleran, como tú dices, y con razón, añado yo. Pero cuando se ponen a deliberar sobre la virtud política, toda la cual deben abordar con justicia y sensatez, entonces escuchan, y con razón, a todo el mundo, como suponiendo que todos deben participar de esta virtud o, de lo contrario, no habría ciudades. Esta es, Sócrates, la causa de tal comportamiento.

Y para que no creas que te engaño, he aquí una prueba de cómo todos los hombres, en realidad, piensan que cada particular participa de la justicia y del resto de la virtud política: En las demás virtudes, como tú dices, si alguien, por ejemplo, dice que es un buen flautista o que sobresale en cualquier otro arte, sin ser verdad, entonces o se burlan o se indignan con él, y sus parientes, yendo por

él, le recriminan como si se hubiera vuelto loco. Cuando, por el contrario, se trata de la justicia o del resto de la virtud política, si alguien, de quien saben que es injusto, se pone a decir en público la verdad sobre su persona, esto, el decir la verdad, que en el caso anterior se consideraba como sensato, en éste, se toma como una locura; pues sostienen que todo el mundo debe decir que es justo, lo sea o no; y que, quien no simula la justicia, está loco, puesto que no hay nadie que, en alguna manera, no participe necesariamente de la justicia, a menos que deje de ser hombre.

Lo que Protágoras está sugiriendo es bastante interesante, si todos los hombres participan del sentido de justicia ¿por qué entonces deben existir jueces y tribunales para decidir sobre la vida de otros? ¿para qué tanta parafernalia procesal? ¿son necesarias tantas teorías de la argumentación?<sup>139</sup>

Protágoras va a concluir:

En resumen, he aquí mi respuesta: Que, efectivamente, cuando se trata de esta virtud, los atenienses admiten, con razón, el consejo de todo el mundo, porque piensan que todo el mundo tiene parte en ella.

---

<sup>139</sup> En su momento, algunos filósofos del derecho como Larenz opinaron que las teorías de la argumentación eran en realidad una fragmentación del método del derecho o la propia idea de jurisprudencia: Cfr. García Amado, Juan Antonio, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación” en *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 3, Madrid, 1986, pp. 151-182.

Que, por otra parte, en su opinión esta virtud no es por naturaleza ni se desarrolla por sí misma, sino que es enseñable y que, si en alguien se desarrolla, se debe a su aplicación, es lo que a continuación voy a intentar demostrar.

Pues con respecto a los defectos que los hombres consideran unos de otros, debidos a la naturaleza o a la casualidad, nadie se irrita ni reprende ni enseña ni castiga a quienes los poseen para que no sean así, sino que les compadecen. ¿Quién iba a ser tan necio como para intentar hacer algo de eso, por ejemplo, con los feos o los pequeños o los débiles? Pues se sabe, creo, que todos estos defectos, como sus contrarios, les sobrevienen a los hombres por naturaleza y por azar. Cuando se trata, en cambio, de aquellas virtudes que se piensa son fruto de la aplicación, de la práctica y de la enseñanza, si alguien posee, no éstas, sino los defectos contrarios, entonces sobre ese tal recaen iras, castigos y reproches.

Por lo que hemos dicho en el primer numeral de este trabajo, es claro que es necesario el proceso, incluso aquél patrocinado por el Estado, así como es necesaria la argumentación, la ética judicial, etc., pero no debemos olvidar que al menos en el imaginario colectivo cuando se trata de la justicia “todos piensan que forman parte de ella” y por eso es necesario no perder de vista esta necesidad social que permite la vida en comunidad, de este modo sobre toda decisión judicial pesa una responsabilidad social, o dicho de otro modo, en todo proceso judicial está comprometida la justicia distributiva como lo expresa Ricoeur:

La justicia no puede ser más que distributiva y exige un modo de razonamiento altamente refinado como Aristóteles comenzó a hacer distinguiendo entre igualdad aritmética y proporcional. Para concluir, con la expresión: “convicciones bien fundadas”, el epíteto “bien fundadas” tiene tanto peso como el sustantivo “convicciones”. En este contexto, bien fundado significa abierto a la crítica del otro, sometido a la regla de la argumentación.<sup>140</sup>

Esto nos lleva a plantear la responsabilidad hermenéutica del operador del derecho, todo operador del derecho debería ser responsable de lo que dice porque eso contribuye o va en detrimento del sentido de justicia colectivo el cual permite una vida armónica pública, la institución del jurado con todos los defectos que pudiera tener es un esfuerzo por conservar dentro del juicio un portavoz del sentido de justicia, en sociedades donde no existe esta institución, donde la opinión pública está mal informada o manipulada por medios de comunicación que lo único que pretenden son ganancia económica, es difícil encontrar parámetros para conocer el sentido de justicia pero de ningún modo podemos pretextar esto para descartarlo, al contrario el esfuerzo es mayor pero debe hacerse; las manifestaciones de la cultura pueden darnos idea de ese clamor por la justicia que a veces es sofocado por decisiones más argumentadas, maquilladas con un lenguaje técnico, confuso y opas que se justifica diciendo que es la sociedad la que no entiende y no tiene la educación suficiente para entender dichas decisiones, lo que contribuye a la simulación y al distanciamientos entre los operadores del derecho y los destinatarios del mismo.

---

<sup>140</sup> RICOEUR, Paul, *Lo justo... , op. cit.*, p. 98.

### 3. Cervantes y el juicio de Sancho Panza

En el capítulo XLV titulado “De cómo el gran Sancho Panza tomó la posesión de su ínsula, y del modo que comenzó a gobernar”,<sup>141</sup> vemos al fiel escudero de don Quijote administrar justicia en 3 casos particulares:

1. Las caperuzas
2. La vara y las diez monedas
3. La bolsa del ganadero

Sancho Panza es el emblema del sentido común en la literatura, así que concederemos unas líneas a desbrozar los interesantes argumentos que Cervantes pone en boca del regordete e inculto Sancho Panza.

... entraron en el juzgado dos hombres, el uno vestido de labrador y el otro de sastre, porque traía unas tijeras en la mano, y el sastre dijo:

— Señor gobernador, yo y este hombre labrador venimos ante vuestra merced en razón que este buen hombre llegó a mi tienda ayer (que yo, con perdón de los presentes, soy sastre examinado, que Dios sea bendito), y poniéndome un pedazo de paño en las manos, me preguntó: «Señor, ¿habría en esto paño harto para hacerme una caperuza?» Yo, tanteando el paño, le respondí que sí; él debióse de imaginar, a lo que yo imagino, e imaginé bien, que sin duda

<sup>141</sup> Utilizaremos la versión: CERVANTES, Miguel, El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 1999, edición hecha a partir de la publicada en Madrid por Ediciones de La Lectura, pp. 1911-1913.

yo le quería hurtar alguna parte del paño, fundándose en su malicia y en la mala opinión de los sastres, y replicóme que mirase si habría para dos; adivinéle el pensamiento y dijele que sí; y él, caballero en su dañada y primera intención, fue añadiendo caperuzas, y yo añadiendo síes, hasta que llegamos a cinco caperuzas; y ahora en este punto acaba de venir por ellas; yo se las doy, y no me quiere pagar la hechura; antes me pide que le pague o (de)vuelva su paño.

- ¿Es todo esto así, hermano? —preguntó Sancho.
- Sí, señor —respondió el hombre—; pero hágale vuestra merced que muestre las cinco caperuzas que me ha hecho.
- De buena gana —respondió el sastre.
- Y sacando encontinente la mano debajo del herrero, mostró en ella cinco caperuzas puestas en las cinco cabezas de los dedos de la mano, y dijo:
- He aquí las cinco caperuzas que este buen hombre me pide, y en Dios y en mi conciencia que no me ha quedado nada del paño, y yo daré la obra a vista de veedores del oficio.
- Todos los presentes se rieron de la multitud de las caperuzas y del nuevo pleito. Sancho se puso a considerar un poco, y dijo:

- Paréceme que en este pleito no ha de haber largas dilaciones, sino juzgar luego a juicio de buen varón; y así, yo doy por sentencia que el sastre pierda las hechuras, y el labrador el paño, y las caperuzas se lleven a los presos de la cárcel, y no haya más.

Cervantes presenta un asunto en el que los malos entendidos llevan a un conflicto a dos personas, curiosamente ambos pierden los bienes controvertidos pero reciben una buena lección, uno por desconfiado ha creído obtener más de lo que le alcanzaba su tela, el otro le ha tomado el pelo a su contraparte porque intuyéndose fácilmente lo que pretendía ha echado a perder un paño y no ha satisfecho a su cliente, Sancho resuelve “nada para nadie” ambas partes parten del supuesto de cierto engaño y mala fe, pareciera incluso que quieren burlarse del juez *nemo auditur turpitudinem alegans* dice el adagio jurídico medieval, que se traduce como a nadie se le escuchará alegar su propia torpeza, pierden por *pluris petitio* pedir desmedidamente.

Veamos otro caso que también trata de engaños y doble sentidos:

- ... se presentaron dos hombres ancianos; el uno traía una cañaheja por báculo, y el sin báculo dijo:
- Señor, a este buen hombre le presté días ha diez escudos de oro en oro, por hacerle placer y buena obra, con condición que me los volviese cuando se los pidiese; pasáronse muchos días sin pedírselos, por no ponerle en mayor

necesidad, de volvérme los, que la que él tenía cuando yo se los presté; pero, por parecerme que se descuidaba en la paga, se los he pedido una y muchas veces, y no solamente no me los vuelve, pero me los niega y dice que nunca tales diez escudos le presté, y que si se los presté, que ya me los ha vuelto. Yo no tengo testigos ni del prestado, ni de la vuelta, porque no me los ha vuelto; querría que vuestra merced le tomase juramento, y si jurare que me los ha vuelto, yo se los perdono para aquí y para delante de Dios.

- ¿Qué decís vos a esto, buen viejo del báculo? dijo Sancho.
- A lo que dijo el viejo:
- Yo, señor, confieso que me los prestó, y baje vuestra merced esa vara; y, pues él lo deja en mi juramento, yo juraré cómo se los he vuelto y pagado real y verdaderamente.
- Bajó el gobernador la vara, y en tanto, el viejo del báculo dio el báculo al otro viejo, que se le tuviese en tanto que juraba, como si le embarrasara mucho, y luego puso la mano en la cruz de la vara, diciendo que era verdad que se le habían prestado aquellos diez escudos que se le pedían; pero que él se los había vuelto de su mano a la suya, y que por no caer en ello se los volvía a pedir por momentos. Viendo lo cual

el gran gobernador, preguntó al acreedor qué respondía a lo que decía su contrario, y dijo que sin duda alguna su deudor debía de decir verdad, porque le tenía por hombre de bien y buen cristiano, y que a él se le debía de haber olvidado el cómo y cuándo se los había vuelto, y que desde allí en adelante jamás le pediría nada. Tornó a tomar su báculo el deudor, y, bajando la cabeza, se salió del juzgado; visto lo cual Sancho, y que sin más ni más se iba, y viendo también la paciencia del demandante, inclinó la cabeza sobre el pecho, y poniéndose el índice de la mano derecha sobre las cejas y las narices, estuvo como pensativo un pequeño espacio, y luego alzó la cabeza y mandó que le llamasen al viejo del báculo, que ya se había ido. Trujéronele, y en viéndole Sancho, le dijo:

- Dadme, buen hombre, ese báculo, que le he menester.
- De muy buena gana —respondió el viejo—: hele aquí, señor.
- Y púsosele en la mano. Tomóle Sancho, y dánosele al otro viejo, le dijo:
- Andad con Dios, que ya vais pagado.
- ¿Yo, señor? —respondió el viejo—. Pues ¿vale esta cañaheja diez escudos de oro?

- Sí —dijo el gobernador—; o si no, yo soy el mayor porro del mundo. Y ahora se verá si tengo yo caletre para gobernar todo un reino.
- Y mandó que allí, delante de todos, se rompiese y abriese la caña. Hízose así, y en el corazón della hallaron diez escudos en oro; quedaron todos admirados, y tuvieron a su gobernador por un nuevo Salomón.

Preguntáronle de dónde había coleido que en aquella cañaheja estaban aquellos diez escudos, y respondió que de haberle visto dar el viejo que juraba, a su contrario, aquel báculo, en tanto que hacía el juramento, y jurar que se los había dado real y verdaderamente, y que en acabando de jurar le tornó a pedir el báculo, le vino a la imaginación que dentro dél estaba la paga de lo que pedían. De donde se podía colegir que los que gobiernan, aunque sean unos tontos, tal vez los encamina Dios en sus juicios; y más que él había oído contar otro caso como aquél al cura de su lugar, y que él tenía tan gran memoria, que a no olvidársele todo aquello de que quería acordarse, no hubiera tal memoria en toda la ínsula. Finalmente, el un viejo corrido y el otro pagado, se fueron, y los presentes quedaron admirados, y el que escribía las palabras, hechos y movimientos de Sancho no acababa de determinarse si le tendría y pondría por tonto o por discreto.

Admiración causaban los juicios de Sancho Panza y aunque él se consideraba tonto, estaba consciente de una ayuda “sobrenatural” que le aclaraba los casos y le proponía soluciones, el sentido común, el criterio jurídico, en el Quijote aparecen como una característica no de una persona letrada e instruida en la materia sino de un *buen* hombre con una *buena* disposición para juzgar, se trata de figura del juez natural que nos recuerda la suspicacia de Protagoras, en muchas comunidades hay personas que destacan por su prudencia, por su capacidad para desarrollar el sentido común y adquirir un saber práctico; la vida contemporánea prescinde de estos valores metaformales pero la literatura que funciona como un catalizador de los imaginarios sociales nos muestra cuán trascendente e importante puede ser este convencimiento y confianza de la comunidad hacia sus jueces.

Vamos al caso más complicado que tuvo que resolver Sancho:

- ... entró en el juzgado una mujer asida fuertemente de un hombre vestido de ganadero rico, la cual venía dando grandes voces, diciendo:
- ¡Justicia, señor gobernador, justicia, y si no la hallo en la tierra, la iré a buscar al cielo! Señor gobernador de mi ánima, este mal hombre me ha cogido en la mitad dese campo, y se ha aprovechado de mi cuerpo como si fuera trapo mal lavado, y ¡desdichada de mí! me ha llevado lo que yo tenía guardado más de veinte y tres años ha, defendiéndolo de moros y cristianos, de naturales y extranjeros, y yo, siem-

pre dura como un alcornoque, conservándome entera como la salamanquesa en el fuego, o como la lana entre las zarzas, para que este buen hombre llegase ahora con sus manos limpias a manosearme.

- Aun eso está por averiguar: si tiene limpias o no las manos este galán —dijo Sancho.
- Y volviéndose al hombre, le dijo que qué decía y respondía a la querella de aquella mujer. El cual, todo turbado, respondió:
- Señores, yo soy un pobre ganadero de ganado de cerda, y esta mañana salía deste lugar de vender, con perdón sea dicho, cuatro puercos, que me llevaron de alcabalas y socalañas poco menos de lo que ellos valían: volvíame a mi aldea, topé en el camino a esta buena dueña, y el diablo, que todo lo añasca y todo lo cuece, hizo que yogásemos juntos; paguéle lo suficiente, y ella, mal contenta, asíó de mí, y no me ha dejado hasta traerme a este puesto. Dice que la forcé, y miente, para el juramento que hago, o pienso hacer; y ésta es toda la verdad, sin faltar meaja.
- Entonces el gobernador le preguntó si traía consigo algún dinero en plata; él dijo que hasta veinte ducados tenía en el seno, en una bolsa de cuero. Mandó que la sacase y se la entregase, así como estaba, a la querellante; él

lo hizo temblando; tomóla la mujer, y haciendo mil zalemas a todos y rogando a Dios por la vida y salud del señor gobernador, que así miraba por las huérfanas menesterosas y doncellas, con esto se salió del juzgado, llevando la bolsa asida con entrabbas manos; aunque primero miró si era de plata la moneda que llevaba dentro. Apenas salió, cuando Sancho dijo al ganadero, que ya se le saltaban las lágrimas, y los ojos y el corazón se iban tras su bolsa:

- Buen hombre, id tras aquella mujer, y quitadle la bolsa, aunque no quiera, y volved aquí con ella.
- Y no lo dijo a tonto ni a sordo; porque luego partió como un rayo y fue a lo que se le mandaba. Todos los presentes estaban suspensos, esperando el hombre y la mujer, más asidos y aferrados que la vez primera, ella la haya levantada y en el regazo puesta la bolsa, y el hombre pugnando por quitársela; mas no era posible, según la mujer la defendía, la cual daba voces diciendo:
- ¡Justicia de Dios y del mundo! Mire vuestra merced, señor gobernador, la poca vergüenza y el poco temor deste desalmado, que en mitad de poblado y en mitad de la calle me ha querido quitar la bolsa que vuestra merced mandó darmec.

- Y ¿háosla quitado? —preguntó el gobernador.
- ¿Cómo quitar? —respondió la mujer—. Antes me dejara yo quitar la vida que me quiten la bolsa. ¡Bonita es la niña! ¡Otros gatos me han de echar a las barbas, que no esté desventurado y asqueroso! ¡Tenazas y martillos, mazos y escoplos no serán bastantes a sacármela de las uñas, ni aún garras de leones: antes el ánima de en mitad en mitad de las carnes!
- Ella tiene razón —dijo el hombre—, y yo me doy por rendido y sin fuerzas, y confieso que las mías no son bastantes para quitársela, y déjola.
- Entonces el gobernador dijo a la mujer:
- Mostrad, honrada y valiente, esa bolsa.
- Ella se la dio luego, y el gobernador se la volvió al hombre, y dijo a la esforzada, y no forzada:
- Hermana mía, si el mismo aliento y valor que habéis mostrado para defender esta bolsa le mostráradess, y aún la mitad menos, para defender vuestro cuerpo, las fuerzas de Hércules no os hicieran fuerza. Andad con Dios, y mucho de enhoramala, y no paréis en toda esta isla, ni en seis leguas a la redonda, so pena de docientos azotes. ¡Andad luego digo, churrillera, desvergonzada y embaidora!

- Espantóse la mujer, y fuese cabizbaja y mal contenta, y el gobernador dijo al hombre:
- Buen hombre, andad con Dios a vuestro lugar con vuestro dinero, y de aquí adelante, si no le queréis perder, procurad que no os venga en voluntad de yogar con nadie.
- El hombre le dio las gracias lo peor que supo, y fuese, y los circunstantes quedaron admirados de nuevo de los juicios y sentencias de su nuevo gobernador. Todo lo cual, notado de su coronista, fue luego escrito al Duque, que con gran deseo lo estaba esperando.

Obviamente no podemos descontextualizar el pasaje, aunque en cierto sentido también los jueces de hoy en día en un caso así intentarían identificar si se trató de un acto de violencia o un acto consentido como lo demostró Sancho a la vista de todos. Llama la atención además que la mujer entra al tribunal convencida de que obtendrá justicia aun cuando sabe (por los datos que conocemos) que no es justa su pretensión, esto demuestra que existía un cierto acceso a los tribunales por parte de las mujeres, de hecho Cervantes no hace ninguna mención sexista, al contrario, intenta considerar a ambos litigantes en igualdad de circunstancias tratando de ser imparcial. Superando entonces esta problemática, es claro que Sancho Panza apela nuevamente a su sentido común.

#### 4. El sentido común en “Ahí está el Detalle”

Ahí está el detalle (1940), de Juan Bustillo Oro, tal vez sea la comedia más emblemática de nuestra cinematografía mexicana, considerada dentro de las 10 mejores películas mexicanas de todos los tiempos, un filme muy apreciado en Iberoamérica y que dio a Mario Moreno Reyes “Cantinflas” una fama mundial. Inscrita en la época de oro del cine mexicano esta película desarrolla varios temas jurídicos, más allá de algunos lugares comunes, como aquella escena en donde la prensa judicial devela sus prejuicios a través de un grupo de reporteros que sentencian a Cantinflas antes de iniciar el juicio:

- Ya viste que cara tiene.
- Ya lo creo.
- En mi carrera de periodista nunca he visto uno igual.
- Es el típico criminal lombrosiano.
- El criminal nato.
- Y hay que ver que cinismo.
- Verdaderamente merece el paredón.

Los derechos humanos sólo existen en la mente calenturienta de un jurista adormecido, en un juicio real, los derechos connaturales al debido proceso pasan de largo porque todos en la sala han enjuiciado al presunto responsable, el juicio consistirá en ir acomodando los prejuicios a través de falacias.

La parte más celebrada de la película es el juicio, en el que Cantinflas y Bustillo Oro muestran sus genialidades, hasta ese momento la comedia mexicana era muy pobre porque debía hacerse dentro del contexto de un cine silente bajo la sombra de grandes figuras del cine norteamericano, pues “la comicidad mexicana estaba en la carpa, en donde los cómicos hacían gala de gran ingenio y agudeza verbal”. Y justo aquí nos conectamos con el tema, la argumentación propia de un proceso judicial, pocos saben que para la elaboración del guion, Bustillo Oro, emprendió una investigación concienzuda inspirándose en hechos reales sucedidos en el caso criminal “Álvaro Chapa” de 1925 y a partir de las peculiares declaraciones del inculpado.

Es muy evidente que en *Aquí está el detalle* se da una dialéctica propia del proceso judicial, donde los hechos son distorsionados, el espectador ríe de la confusión que se origina en los elementos de valoración, pero en el fondo asistimos a una tragedia, aquella propia del proceso judicial, una cosa son los hechos y otra distinta la verdad procesal. Tanto el fiscal como el defensor inventan historias paralelas a lo que realmente sucedió, en aras de satisfacer su argumentación jurídica se olvidan del más elemental sentido común representado de forma irónica e incluso dramática por el acusado, quien en términos llanos y chuscos trata de justificar una conducta que a él no le parece tan grave como para un juicio de tal magnitud. Se generan dos discursos paralelos que el espectador va percibiendo, el primero ajustado a la técnica jurídica, el segundo al sentido común, esta comedia que podría ser calificada en algunos puntos como humor negro, tiene un drama detrás, todo el esfuerzo intelectual, económico y humano que comporta la justicia del que a veces se podría prescindir, simplemente si se ape-

lara al sentido común, si se vieran las cosas menos formalmente y más contextualizadas en su sentido humano y social. Cuestión que llamaba Rawls<sup>142</sup> la justicia del sentido común.

El problema incluso podría ser definido dentro de lo que Hart denominaba “palabras con textura abierta”<sup>143</sup> toda la confusión gira en torno a la idea de perro, que podría ser tan sencilla, pero que en el contexto lleva a suponer que el acusado es un hombre despiadado que “trata como animal a su víctima”. De ahí la importancia del lenguaje que puede ser la causa de una decisión justa o injusta.

A propósito del problema lingüístico que se da en *Aquí está el detalle* leamos un poco el maravilloso guion:

- El Juez al Secretario —Tómele la protesta de una vez.
- El Secretario —Sí señor juez.
- El Secretario a Cantinflas. —¿protesta usted?
- Cantinflas. —Claro que protesto, tanto estar que trai y que llévale a uno, ¿no más por haber matado a un perro?
- Agente del Ministerio Público: Aja, ja, ja pido al jurado tome nota de que el acusado insiste en tratar a su víctima de perro.

---

<sup>142</sup> Como veremos más adelante *vid infra* numeral 5.

<sup>143</sup> HART, Herbert Laionel Adolitus, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2a. ed., 1994, pp. 126-128. “In all fields of experience, not only that of rules, there is a limit, inherent in the nature of language, to the guidance which general language can provide” (p. 126).

- Cantinflas. —A Dios ¿y cómo quiere usted que lo trato, no era un perro?
- (Voces entre el jurado)
- Juez —¡Silencio! Proteste, bueno (no lo haga). El Agente del Ministerio Público tiene la palabra para interrogar al acusado.
- Agente del Ministerio Público: Pasaré a demostrar lo del nombre falso. Vamos a ver amiguito ¿cuál es su gracia?
- Cantinflas. —La facilidad de palabra.
- (risas)
- Juez. —¡Silencio! El cinismo de este señor no tiene nada de risible y si mucho de indignante ¡Silencio!
- Agente del Ministerio Público. —Es usted un estúpido.
- Cantinflas. —No insulte... señor juez yo protesto... salte pa' fuera (al Agente) da coraje señor juez que no insulte, y usted que aquí es el mero sabroso que tenga la bondad de portarse correctamente con un individuo que... pa que no te sales hombre (al Agente)... déjenme salir...
- Juez. —Desgraciadamente el acusado tiene razón, excúsese usted señor Agente.

- Agente del Ministerio Público.- Esta bien señor juez. Excúseme usted (a Cantinflas)
- Cantinflas. —Es usted excusado.
- (risas)
- Agente del Ministerio Público.- Conteste usted a lo que se le pregunta.
- Cantinflas.— ¿Pues qué no ya le contesté?
- Agente del Ministerio Público. —¿Qué cuál es su nombre?
- Cantinflas. —Pos hable claro hombre.
- Agente del Ministerio Público.— ¿Cuál es su nombre?
- Cantinflas. —Así, no me grite ¿Cuál quiere el de primero o el de después?
- Agente del Ministerio Público. —¡Ahí está la cosa!
- Cantinflas. —y ¡Ahí está el detalle! Sí señor.

El sentido común del justiciable (Cantinflas) se topa con la formalidad argumentativa de abogados y juez, se hablan dos idiomas distintos, uno nacido de la inmediatez de las palabras, el otro fruto de una experiencia procesal con su propia lógica e incluso sus propios preconceptos.

Al parecer el sentido común era uno de los elementos de la argumentación clásica, Faustino Martínez refiriéndose a los dos métodos propios de la jurisprudencia nos dice “El antiguo es una herencia del classicismo grecorromano trasmitido desde Cicerón y se basa en el sentido común que se intercambia con lo verosímil, operando por medio de silogismos. En cambio, el método nuevo (que es denominado cartesianismo) es un método esencialmente crítico que toma como punto de arranque una primera verdad indubitable, cuyo desarrollo se efectúa por medio de criterios geométricos y con largas deducciones en cadena. Sus ventajas son claras (la agudeza, la precisión), pero presenta inconvenientes como la pobreza de su lenguaje o la inmadurez del juicio dado.”<sup>144</sup>

La jurisprudencia mexicana destaca que “los dictados del sentido común o de la lógica natural” sirven para dar mayor certeza a ciertas prácticas jurídicas y procesales, de este modo en notificaciones, acreditación de documentos, valoración de pruebas, etc., por sentido común se da por hecho que estos momentos son válidos jurídicamente.

Ante la porosidad de la ley, el decisor cuenta con el “arbitrio judicial” el cual no es “subjetividad inmanente” sino por el contrario la suma de las reglas de la lógica, pero también hay el ingrediente que la propia experiencia proporciona a quien decide a través de la acumulación de “conocimientos ordinarios del quehacer cotidiano en las actividades genéricas del ser humano” podríamos decir “sentido común”, pues es justo esta parte humana la que

---

<sup>144</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino, “Teorías de la argumentación jurídica: una visión retrospectiva de 3 autores” en: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Núm. 8, 2004/2005, Madrid, pp. 273-296.

permite presumir un sentido de justicia común a todos los seres humanos y esto en ningún modo puede descalificarse por considerarse incierto o inseguro, pues no es arbitrariedad sino simplemente una consideración desde la humanidad de quien toma las decisiones en el derecho.

## 5. El Sentido de justicia en John Rawls

John Rawls dedica un capítulo de su libro al sentido de justicia<sup>145</sup> partiendo del presupuesto de una justicia colectiva que mantiene una idea de lo que debe ser el orden social. Toda comunidad se establece en torno a un bien común que implica la posibilidad de que cada uno de los miembros de la misma pueda conseguir su propio bienestar. Lo anterior sólo es posible en la medida en que cada miembro de la sociedad acepte y obedezca los principios establecidos colectivamente.

Sin embargo Rawls se cuida de no mencionar si se trata o no de un acuerdo común, se entiende que en cualquier caso existe una consideración de reciprocidad entre los miembros de una comunidad que ayuda a mantener los estándares de justicia necesarios para conservar a la propia comunidad, el sentido de justicia nace de esta consideración (plasmada en disposiciones que son propiamente el derecho), de este modo los miembros de la sociedad forman “... parte de estas disposiciones [y] adquieren el sentido de la justicia”<sup>146</sup> que debe al menos generar la convicción de un compromiso permanente.

---

<sup>145</sup> *Vid.* RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 411.

Lo interesante es que el sentido de justicia en Rawls es de alguna manera adaptable, pues al haber variaciones en las disposiciones que permiten seguir conservando o no esa convicción de seguir viviendo en una sociedad justa, el sentido de justicia debe sufrir pruebas de subsistencia y seguir conservando un cierto estándar así “... por mucho que cambien las instituciones, siguen siendo exacta o aproximadamente las mismas, a medida que se van haciendo ajustes de acuerdo con las nuevas circunstancias sociales”<sup>147</sup> por eso es necesario conservar cierta base “moral” que permita la pervivencia de la convicción social, que para Rawls se encuentra anclada en ciertos sentimientos, que a nuestro entender podrían ser patrióticos, cívicos o de solidaridad, pero necesariamente apelando a una ética, tal vez por eso es que Rawls cita a Lawrence Kohlberg quien escribiera sobre dilemas morales.

Rawls va hablar entonces de diferentes estadios de evolución del sentido de justicia, la primera escala la denomina “*la moral de la autoridad*”, la reciprocidad más sencilla se da en los niños respecto de los padres que representan la autoridad primaria, te respeto porque me respetas, soy justo porque eres justo conmigo; en este contexto el núcleo familiar sería importantísimo como lo había señalado en su momento Aristóteles, pero ¿qué sucedería en sociedades como la nuestra donde la institución familiar ha cambiado tanto?<sup>148</sup>

El segundo estadio lo llama “*la moral de la asociación*”, ya no se trata sólo del sentido recíproco entre dos personas sino que ya está presenta la idea de más personas, en fin, de una comunidad,

---

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 414.

<sup>148</sup> Cf. *Ibid.*, p. 419.

y también como siguiendo a Aristóteles, la comunidad va a decidir las pautas del respeto entre sus miembros, los miembros deben buscar armonizar sus necesidades y el modo de satisfacerlas con las demás opciones, debe darse un equilibrio de perspectivas que genere “... sentimientos de lealtad y confianza”<sup>149</sup> incluso de amistad, entre los miembros de una colectividad.

En el tercer escalón nos encontramos “*la moral de los principios*”, se trata de un parámetro superior, de hombres que desean ser justos: “... una vez que las actitudes de amor y de confianza y de sentimiento amistoso y de mutua fidelidad han sido generadas de acuerdo con las dos leyes psicológicas precedentes, entonces el reconocimiento de que nosotros y aquellos a quienes estimamos son los beneficiarios de una institución justa (...) tiende a generar en nosotros el sentimiento de justicia”<sup>150</sup> la presunción de unos principios superiores tiene un efecto performativo, los principios servirían como recordatorio de los estándares de justicia colectivos, en este sentido, la teoría de Rawls podría ser demasiado ingenua respecto de problemas como la deliberación, el consenso, las discrepancias, la participación política, etc., lo cierto es que el sentido de justicia sigue conservando en esta teoría como en las anteriores que hemos visto, características que superan un análisis formalista y que requieren de conocimientos sociales de los que a veces el jurista carece pero que es necesario que empleemos a incorporar a nuestra teoría de la argumentación si es que en realidad buscamos tener una mínima retroalimentación entre lo que los jueces consideran justo y lo que por su parte considera justo la sociedad.

---

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 424.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 428.

## VI. OTROS MODOS DE ARGUMENTAR

### 1. Argumentación para la paz

Podría parecer peregrino tratar de relacionar la teoría de la argumentación y la paz; al menos en el plano escolástico, pero en el plano pragmático tiene muchísimo sentido. Al menos en muchos contextos nacionales, la teoría de la argumentación no llega sólo a poner en blanco y negro las pretensiones de actores muy diversos sino sobre todo, a pacificar. Espacios humanos en los que la carga emotiva está al máximo, donde por cuestiones por obvias las tensiones son recurrentes y es necesario contar con ciertos elementos mínimos para emprender una conciliación, en el sentido más amplio del término.

Un lector suspicaz podría haber ya intuido que se trata de un tema clave, pues si la argumentación está llamada a resolver conflictos, su mayor vocación estaría enfocada a lograr que esos conflictos se resolvieran por la vía pacífica y del modo más armónico posible, evitando fricciones y mediando entre los participantes de un conflicto:

La paz que queremos señalar es una referencia muy ambiciosa que está en el horizonte de la humanidad, a la que queremos dirigirnos y que supone una transformación absoluta de cuanto hacemos en el mundo. No tiene nada que ver con el mantenimiento del *statu quo*, tan lleno de injusticias y desigualdades, o la docilidad y resignación de quienes sufren las consecuencias de ello, y sí en

cambio con el desenmascaramiento de los mecanismos de dominación, con la rebelión de quienes se les ha usurpado el derecho a tomar decisiones, a la recuperación de la dignidad, y con los procesos de cambio y transformación, a nivel personal, social y estructural, que están implícitos en el traspaso de una cultura de la violencia a una cultura de paz.<sup>151</sup>

La paz antes que un derecho, es una actitud, una disposición ante las vicisitudes, una forma de ver las cosas, y en ese sentido, podríamos decir que es una epistemología. Claro que los pacíficos deberían tener derecho a la paz, pero también es cierto que una sociedad pacífica tiene un mejor nivel de vida; si entonces se trata de un “eje rector” (*axis*) entonces podría constituir un principio, incluso implícito en la regla aurea presente en muchas culturas del “no hacer a otros lo que no quieras que te hagan a ti”, un principio que sería parámetro del comportamiento personal y del social. Una argumentación derivada de este principio debería ser propedéutica en gran medida —algo que la teoría de la argumentación ha tratado poco— pero sobre todo debería ser armonizadora y debería comenzarse por cuidar el lenguaje, como hemos dicho más arriba, la gran mayoría del léxico argumentista es conflictivista, todo choca, todo es un campo de batalla, y las metáforas e imaginarios son siempre confrontativos. No se trata de una postura emotivista, por el contrario, la paz puede ser un parámetro tan eficaz, que cuando supone una didáctica social puede significar la construcción de figuras jurídicas y argumentativas ope-

---

<sup>151</sup> FISAS, Vicenç; ARMENGOL, Vicenç Fisas, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Icaria Editorial, Barcelona, 1998, p. 19.

rativas muy útiles: pensemos en las Comisiones de la Verdad, la justicia restaurativa, la conciliación y la mediación.

Pero vayamos más allá. Los derechos humanos nacieron como concepto en un espacio temporal de posguerra, necesariamente debían apelar al concepto opuesto, es decir la paz, entendidos así, los derechos debieran ser interpretados bajo la perspectiva pacificadora<sup>152</sup>, son la componente retórica de una teoría de la justicia que desgastada por las circunstancias, tuvo que recurrir a replantear las cosas de manera un poco más creativa y humana. Humanizar lo humano, parece que ahora lo entendemos a cabalidad, no es una tautología sino una necesidad. Pero además los constructores de esta cultura de la paz, se encargaron de institucionalizarla a través de un discurso y de sistemas, los derechos humanos se hicieron justiciables no por medio de métodos coactivos tradicionales, sino a través de un complejo aparato simbólico.<sup>153</sup> El Derecho humanitario fue la punta de lanza de los derechos humanos, un derecho llamado a pacificar en territorios devastados por la guerra. Las tergiversaciones vinieron después, los liderazgos mal enfocados produjeron la manipulación de los derechos, pero quedó el mensaje y la buena voluntad iniciales, eso subyace en toda argumentación relacionada con los sistemas continentales de derechos humanos, el nuestro, el interamericano, tiene esa vocación; sólo con ver la jurisprudencia y sus argumentos uno puede palpar un contenido anti belicoso, los mejores argumentos se han dado en contra de regímenes autoritarios que suscitaron la guerra

---

<sup>152</sup> Como puede deducirse del texto de Bobbio en el que la paz es una aspiración de la humanidad.

El profesor italiano propone una democratización internacional que sería vigilada por un poder no despótico como un “tercero ausente”. Cf. BOBBIO, Norberto, *El tercero ausente*, Cátedra, Madrid, 1997.

<sup>153</sup> Cf. NIKKEN, Pedro, *El concepto de derechos humanos*, IIDH, Estudios Básicos de Derechos Humanos, San José, tomo I, 1994, pp. 15-37.

sucia y las desapariciones, en ese terreno los jueces fueron creativos, con un tema tan viejo como Antígona: nuestro derecho a enterrar nuestro muertos, el argumento: el derecho a la verdad integral, y de ahí el derecho a la memoria; en lo colectivo tenemos como sociedad el derecho a conocer los hechos que dieron lugar a las desapariciones forzadas, es necesario para la catarsis: para estar en paz.<sup>154</sup>

Abrirse al tema de la paz además supone una ventaja comparativa importante, implica que el abogado contextualice más ampliamente el problema jurídico, se trata de “gestionar” la paz, pasa por el hecho de generar estrategias, el fin se vuelve más importante que los medios, ahora sí podemos lograr desterritorializar el chauvinismo tan dañino que hacía pensar que el derecho estaba por encima del ser humano.

La paz no sólo como oficio de un organismo internacional, sino sobre todo, como una pauta hermenéutica de todo jurista, si el mecanismo, el recurso, el planteamiento, el argumento no sirve para lograr la paz, algo anda mal. Lo excepcional debería ser el conflicto pero siempre regulado y con la conciencia que es el último recurso y que se requerirá posterior pacificación de los contrincantes, *ergo*, la paz sería transversal y más en la argumentación jurídica.

Y no podemos dejar de hablar de otro teórico tan querido en América Latina y tan desconocido: Hans Kelsen llegado a Ginebra a

---

<sup>154</sup> Vid. GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián, “El derecho a la verdad en situaciones de postconflicto bélico de carácter no-internacional”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, 2008, Núm. 12, pp. 435-468.

trabajar como profesor en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales, comienza a trabajar el tema de la paz, de esa época es su ensayo: *La técnica del derecho internacional y la organización de la paz*, esboza su propuesta acerca de un tribunal internacional, elaborado por él en los años siguientes hasta la finalización de la segunda guerra mundial y que recoge en *Peace through Law*<sup>155</sup>, el libro analiza de manera crítica el asunto de la organización internacional, que como es bien sabido, fue un fracaso cuando se intentó establecer después de la Primera Guerra Mundial, por ello Kelsen considera que para el nuevo proyecto de Organización de Naciones Unidas debe existir un Tribunal Internacional con suficientes poderes para lograr generar coacción en los Estados miembros, claro, para Kelsen la paz es el resultado de un derecho positivo global, en el mismo siglo Kelsen sería contradictorio, los Estados debieron aprender a argumentar y judicializar los derechos para actualizar la paz, lo cierto es que se originó un trinomio inescindible: entre derechos humanos, paz y justicia, y Kelsen quizá lo vislumbró.

## 2. Argumentación intercultural

Así como la cultura cambia en términos materiales, también sucede lo mismo con el concepto en términos formales. Actualmente estamos inmersos en una vorágine de imágenes, palabras y significaciones. Hoy día surgen nociones tan complejas como lo puede ser interculturalidad; noción donde el término de cultura se ve afectado con apellidos que lo transforman en algo más abier-

---

<sup>155</sup> H. KELSEN, *Peace through Law*, University of North Carolina, 1944, en español apareció como: *La paz por medio del derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1946.

to y flexible, dicho con Bauman: líquido; cuestión que en principio puede ser sólo descrita pues en cada caso merecerá una interpretación específica, pues la liquidez que en sentido puede ayudar a desembarazar las cosas, en otro puede tornarlas inaprensibles y volátiles.<sup>156</sup>

A lo largo de la historia distintos filósofos han intentado sugerir condiciones para poder hablar de una cultura universal, el problema con el que se han topado es siempre el mismo: una paradoja que lleva por un lado a realizar síntesis apresuradas que al final caen en generalizaciones; sistematizaciones que suelen sacrificar la diversidad y son susceptibles de convertirse en instrumentos políticos, las cuales terminan transformándose en proyectos peligrosamente aculturadores, donde la cultura superior pretende soslayar y subsumir a la inferior, de ello ha sido prueba inmanente occidente, al grado que, lo que muchas veces se plantea como proceso civilizatorio o culturalizador es la occidentalización, o más peligrosamente la americanización o imposición del modelo propietario-individualista-pseudodemocrático. Al final de cuentas toca a la academia advertir los peligros, deconstruir, matizar y hacer las críticas pertinentes, sobre todo cuando parece advertirse un ingenuo optimismo, lo cual sugeriría una obviedad: incluyánselas los argumentos de los marginados, la cuestión es ¿cómo? Porque estos argumentos en principio se presentan en lenguajes distintos al denotativo propio de occidente.

Por lo anterior parece que buscar modelos para transformar la realidad, no es la opción adecuada para afrontar el problema, y es que decidimos incluir nuevamente a la complejidad en nuestros

---

<sup>156</sup> Cf. BAUMAN, Zygmunt, *Tiempos líquidos*, Tusquets, Barcelona, 2007.

análisis y propuestas (incluidas las decisiones judiciales) pero seguimos utilizando la misma metodología moderna, errónea, para afrontarla, metodología consistente en un rancio racionalismo iluminista. Parece que la realidad y su aprehensión muestran una pluralidad adyacente, o dicho de otro modo, parece más evidente que la realidad sea plural a que no lo sea, esto nos llevaría a considerar que los parámetros por los cuales una comunidad puede llegar a conformarse no pueden ser lineales, inmóviles o absolutos. Aquí cabe la cita a Balibar y Wallerstein a propósito de la dialéctica entre cultura/comunidad y discurso/marcos conceptuales:

Pero la cuestión es aún mucho más compleja, porque los grandes universos o ‘sistemas de pensamiento, símbolos y representación que en el mundo han tenido y tienen influencia, a través de sus estructuras de poder compactamente institucionalizadas y ‘legitimadas’, de sus discursos y de sus lenguajes, han llenado de referencias abstractas —imposibles de ser captadas por las mayorías humanas (quizá de eso se trata) y de vivir incluso para los mismos que son minoría—, las conciencias y los mecanismos de comunicación y expresión, de forma que han hecho de ellas tablas absolutas de la ley ajustadas a medir y pesar la vida y muerte de los pobres hombres —colectivos o individuos—.

Todo ello ha servido para que en la historia moderna nos hayamos matado millones de veces por los motivos más absurdos... categorías, abstracciones que se llaman raza, nación, clase, pueblo, estado,

tribu, etnia, incluso sociedad, existen o deben existir; y contribuir a que los afectados —¡todos!— nos atrevamos a repensar sin metafísicas especiales qué somos; hacia dónde vamos y qué queremos construir que sea visible y humano.

No queremos abrir este espacio para que crezcan los nominalismos sino para que la razón (la pura, la práctica, la instrumental, pero también la ética frente a la ‘razón’ de Estado y la ‘razón’ nacional —valga la contradicción—) se abra camino y adelantemos el momento interno constituyente de esto que consiste en ser humanos, en que nadie tenga razón suficiente para matar o herir a otro, ni construir absurdos.<sup>157</sup>

Como ha podido leerse en la cita anterior, hay un grave problema actual, la **incomprensión**,<sup>158</sup> producto de la simulación, los estereotipos y la pérdida de humanidad:

Humanidad del derecho: es seguramente este el primer punto fijo sobre el cuál insistir. Si el químico, el físico, el naturalista leen en el libro abierto del cosmos las tramas de las propias ciencias, otro poco igual debería hacer el jurista: en una naturaleza fenoménica privada de hombres, no hay espacio para el derecho, el cuál – como se advierte con

<sup>157</sup> BALIBAR, E. y WALLERSTEIN, I., *Raza, Nación y Clase*, IEPALA EDITORIAL, Madrid, 1991, pp. 7-9

<sup>158</sup> Insistimos: ¿Cómo hablar de argumentación cuando ni si quiera hay comprensión? ¿Cuándo falla la comunicación? ¿Cuándo los lenguajes son diferentes?

estrecha eficacia ya en un antiguo jurista romano (Hermogeniano) —*hominum causa*— (el derecho) se ha originado, desarrollado, consolidado lo que quiere decir que ha nacido con el hombre, inseparablemente ligado a lo humano en el espacio y en el tiempo... el derecho no está escrito en un pasaje histórico que espera aún la introducción humana, está escrito en la historia.<sup>159</sup>

Superando entonces el mero discurso, es importante que en ámbitos en los que es posible incidir en la organización social, tales como la justicia constitucional, las decisiones puedan ser encaminadas a tomar en serio la interculturalidad.

El acceso a la justicia se ha constituido como un tema fundamental de nuestros estados contemporáneos, es la garantía por excelencia, sino hay acceso no hay nada. Para Cappelletti, uno de los grandes exponentes de este concepto, sea que lo consideremos como un derecho subjetivo o como una garantía, resulta claro que este principio se encuentra a la base de todo ordenamiento jurídico que permita “al pueblo ejercer sus derechos y/o solucionar sus conflictos” y que establezca que “el sistema legal debe ser igualitariamente accesible a todos y, además estar encaminado a que su funcionamiento sea individual y socialmente justo”.

Por ende, el justiciable es el protagonista por excelencia de la trama judicial y sus intenciones lo son también. Siguiendo a Luc Boltanski, no podemos “renunciar a las ilusiones de los actores... debemos tomar a las personas en serio”, sólo así lograremos:

---

<sup>159</sup> GROSSI, Paolo, *Primera lección de derecho*, Marcial Pons, 2006, Madrid, pp. 17 y 18.

La legitimación de los argumentos, de las propuestas, de las acciones que requieren de los actores sociales que conocen, interpretan y manipulan los recursos culturales... un terreno hecho de principios que se consideraban comunes y a los cuales se podía apelar como legítimos... la historia de las ideas se abre a esta historia social a partir de motivaciones internas, para comprender mejor como la fuente ha sido construida; y por tanto, como los mismos comportamientos se han presentado.<sup>160</sup>

Para descubrir una historia de los derechos fundamentales en México en los inicios del siglo XX, cuando a la Constitución comienza exigírsele (a diferencia del siglo XIX en que poco o nada se le demandó) operatividad, podemos seguir la pista del derecho subjetivo que es muchas veces utilizado como pretexto justamente para no cumplirse, esto es muy claro en el constitucionalismo mexicano decimonónico, que entronizó los derechos pero no explicó los procesos para hacerlos eficaces. La ausencia de un derecho adjetivo o procesal originó una tensión que determinará el destino del siglo XX: un siglo de concienciación, pues el hombre de ese siglo descubrió cómo la Constitución podía ser manipulada y comenzó a buscar los medios para defenderla, protegerla y controlar el poder a través de ella, considerándola garante de esos derechos.

La defensa constitucional se hizo a través de la administración de justicia, por medio del juicio de amparo, pero no es tan simple, porque en México es necesario dar lectura a esta cultura específica del procesalismo constitucional que se transformó en legalis-

---

<sup>160</sup> BOLTANSKI, Luc, *L'amour et la justice comme compétences*, Paris, 1990, p. 6.

mo institucional y generó un doble lenguaje entre formalidad e informalidad, entre cultura de la administración de justicia y cultura del justiciable que muchas veces confluyen, pero no por ello resulta posible leer una a través de la otra, sino que es necesario distinguirlas, pues son diferentes. El problema es que en gran parte este doble discurso ha querido trasladarse al proceso constitucional electoral, lo que ha originado un retraso en un acceso efectivo.

En nuestro país son temas nuevos aquellos derivados de las acciones materiales para mitigar la discriminación, tal vez porque en gran medida seguimos siendo altamente discriminadores y es un tema tan inoculado en la sociedad que es difícil percibirla desde dentro, baste señalar como ejemplo, al menos en el campo semántico y simbólico lo despectivo y el uso recurrente que se da a la palabra indio.

Por otro lado el uso de los mecanismos como las acciones afirmativas y la discriminación positiva, debe hacerse de modo prudente pues puede caerse en un exceso o dar la vuelta a la paradoja: a más protección mayor discriminación y en cierta medida inequidad. Así que ¿Cómo proteger sin discriminar?

A la respuesta a esta pregunta se le asignó una categoría conceptual, se trataba de discriminación positiva, es decir, en algunos casos el discriminar es benéfico, o podría plantearse en términos aforísticos: la norma o acción es justa si es en favor del hombre, una especie de interpretación *pro persona*. Pero esta idea no deja de tener problemas: primero puede favorecer políticas paternalistas y/o populistas, o peor aún, revanchistas que al final pueden generar una injusticia mayor.

Parece que la teoría clásica de la justicia nos aporta siempre mayores luces, la consideración que en cada caso debe hacerse de lo que es justo, actividad relacionada con la jurisprudencia, como actividad de quien tiene autoridad para proponer soluciones justas apoyado en la experiencia que aporta la propia actividad. En pocas palabras cuando se considera en un caso específico por cuestiones de equidad, dar un poco más a alguno (justicia comutativa) debe también considerarse el impacto que tendrá esta repartición en relación con la comunidad (justicia distributiva), además porque la misma naturaleza de la actividad hace que esa decisión se constituya en referente normativo para casos posteriores.

La acción afirmativa, intenta ir poco más allá que la discriminación positiva, en principio podría decirse que su naturaleza es más bien preventiva, se trata de prevenir una inequidad posterior, por eso se toman acciones para nivelar el acceso a un derecho, porque materialmente no se dan las circunstancias para ello. Pero aquí puede también presentarse el mismo problema apuntado arriba, el encargado de establecer la acción debe ser cuidadoso para evitar a futuro una inequidad mayor que la que se pretende atemperar.

Ciertamente la idea de una discriminación positiva o inversa, o de acciones a favor de lo que en su momento han sufrido discriminación son ideas performativas que ayudan a mejorar una cultura del respeto al otro, finalmente no hay reglas absolutas y mucho depende del trato uno a uno el lograr una mejor sociedad, por eso la apelación de estas ideas que llaman a reconsiderar la equidad y en cualquier caso a rechazar dogmas totalizadores, parece entonces necesario matizar en cada caso, nos daremos cuenta que en realidad este mundo es más bien de diversos que de iguales y que

una cierta distinción (porque todos somos distintos) es necesaria en las relaciones humanas, parece que el límite es un poco aquél ideal kantiano, puesto que para lograr una sociedad son necesarias las relaciones en distintos niveles de sus diversos miembros, en estas relaciones debiera tomarse en cuenta de modo empático las aspiraciones del otro respecto de lo que considera necesario para alcanzar su desarrollo personal, en cualquier caso evitar que en esta relación haya una instrumentalización de algunas de las partes, así cada uno de nosotros es un fin en sí mismo, pero ojo, jamás un fin aislado.

A estas alturas nos parece que queda perfectamente entendido que si estamos hablando de acciones y de actuaciones, al menos hemos superado la simulación que implicaría dejar todo este debate a la situación semántica, cierto es la puerta de entrada y un indicador de posible discriminación, pero tampoco debemos exagerar en las formas del decir, cuando en otros derroteros la discriminación puede generar en la práctica situaciones tan ominosas como la marginación<sup>161</sup> y todo lo que puede derivar de ella (falta de derechos, operación, esclavitud, etcetera).

Para Velasco Arroyo la discriminación positiva consiste:

Básicamente en la puesta en marcha de medidas que, aunque formalmente discriminatorias, están

---

<sup>161</sup> El Estado moderno supone la consolidación de un grupo sobre otros, el reconocimiento de la diversidad, pluralidad es un trabajo al que debe迫使 constantemente el Estado para corregir su esencia, ver en este sentido a: SANTOS, Boaventura de Souza, "Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad", *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Abya Yala/ Fundación Rosa de Luxemburgo, Quito, 2012, pp. 13-50.

destinadas a eliminar o a reducir desigualdades fácticas; se aplican, preferentemente, en el ámbito laboral, el sistema educativo y la política de vivienda. Un rasgo característico de estos programas sociales y reglamentaciones especiales es que se establecen en virtud de criterios étnicos o de género. Así, y de acuerdo con dichas pautas, en numerosas universidades estadounidenses y en diferentes departamentos de la administración pública o bien se reserva un número mínimo de plazas para determinadas minorías o bien se considera la preferencial racial como un posible factor de selección, entre otros: en primer lugar, y como ya se ha indicado, en favor de los afroamericanos descendientes de esclavos y, luego, también a otros grupos tan heterogéneos como mujeres, americanos nativos o aborígenes, latinos, asiáticos, etc. Algunas de estas políticas de admisión sensibles a la raza y a otros indicadores de grupo son vinculantes no sólo para las administraciones públicas sino también para las empresas privadas, de tal manera que si éstas no cumplen con los cupos asignados a los diferentes grupos minoritarios pierden el acceso a créditos y contratos públicos e incluso pueden llegar a ser sancionadas. Siguiendo este mismo modelo, diversos países del Viejo Continente, así como la propia Unión Europea, a través de la «Directiva sobre igualdad de trato» del 9 de febrero de 1976, han ido adoptando medidas promocionales sobre todo en favor de las mujeres para

facilitar su acceso a determinados puestos de la administración pública. Con la misma finalidad, algunos partidos políticos de distintos países –empezando por los escandinavos– han establecido en los órganos de dirección cupos mínimos de representación reservados a las mujeres.<sup>162</sup>

Como lo establece este autor y la gran mayoría de la bibliografía, el concepto de acción positiva o afirmativa surgió en los Estados Unidos en el ámbito judicial, no sólo porque ese es el ámbito al que tradicionalmente en ese sistema se le asigna la tarea de la protección de los derechos humanos, sino también porque se dice que existe una preocupación latente de que la legislación no lograba paliar el fuerte racismo que se daba en aquél país desde su nacimiento y hasta bien entrado el siglo XX y nos podríamos atrever a decir que hoy mismo.<sup>163</sup>

---

<sup>162</sup> VELASCO ARROYO, Juan Carlos, “Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia”, en Daimon. Revista Internacional de Filosofía, número 41, Universidad de Murcia, 2007, pp. 141-156, disponible en: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/4745/1/%2bDiscriminaci%20n%20positiva%2c%20diversidad%20cultural%20y%20justicia%20-%20Daimon%202007.pdf>

<sup>163</sup> Por ejemplo ver González Martín, Nuria, “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas”, en *Derecho a la no discriminación*, *op. cit.*, pp. 307-367. A nuestro parecer el antecedente más claro lo tendríamos en los distintos casos que se presentaron cuestionando la educación segregada, casos que están documentados desde 1849 en Boston, Massachusetts, además de otros tantos que se dieron entre 1881 y 1949 en Kansas, aunque obviamente el más famoso es el caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483) de 1954 al cual se agregaron doce demandas de otros padres quienes lograron al final ganar el juicio y sentar un precedente importante que se extendió para otro tipo de juicios donde se alegaba discriminación. Esto se llevó a la práctica de manera radical el ejemplo más famoso se dio en 1957, cuando el presidente Dwight Eisenhower envió tropas federales a Little Rock, en Arkansas, luego que el gobernador Orville Faubus desobedeció una orden del tribunal federal que integraba las escuelas del estado; fue la primera vez, desde los primeros años que siguieron a la guerra civil, que soldados federales entraron en el sur para proteger a los afroamericanos.

### 3. Argumentación desde el Sur

#### 3.1 ¿Qué es el Sur global?

Europa se construyó a partir del imaginario americano,<sup>164</sup> nombraron lo que imaginaron y luego experimentaron. Al final parecería que siempre había existido una civilización tal y como la habían imaginado, una especie de *Tlön, Uqbar et Orbis borgiana*.<sup>165</sup> El enciclopedismo y la antigua ilustración crearon en papel la civilización equivalente a occidente, todo lo demás era *savage*. El Marqués Lahontan a principios del siglo XVIII cayó en la cuenta que el concepto de salvaje era bastante relativo, pues un salvaje americano concebía a la justicia como entendimiento, mientras un civilizado europeo la concebía como un sistema para castigar las faltas de los miembros de una comunidad.<sup>166</sup> Parecía que el único consuelo para el salvaje era ser un buen salvaje.<sup>167</sup>

Bien, la identidad americana se construyó no sólo en la imprecisión de su nombre<sup>168</sup> atribuido al que lo puso en un mapa<sup>169</sup> (ques-

<sup>164</sup> El reflejo entre América y Europa fue magnífica narrada por Leopoldo Zea como bien decía él mismo América apareció cuando Europa tuvo necesidad de crecer, así “Colón tropezó con América”. VER: “Leopoldo Zea: Filosofía de la historia latinoamericana como Compromiso”, en *Anthropos. Revista de Documentación Científica de la Cultura*, Editorial Anthropos, Barcelona, 1988, número 89.

<sup>165</sup> BORGES, Jorge Luis, *Tlön, Uqbar, Orbis Tertius. Obras completas*, 1962, vol. 1, pp. 431-43.

<sup>166</sup> LAHONTAN, Louis Armand de Lom d’Arce, *Diálogos: curiosos entre el autor y un salvaje de buen criterio que ha viajado*, Curiosa Americana, Santiago, Chile, 1985.

<sup>167</sup> Como Montaigne describía el pensamiento de la época ilustrada “Toda nación en la que no hay reglas, ni ley, ni dueño, ni sociedad habitual, es menos una nación que un conjunto tumultuoso de hombres bárbaros e independientes que no obedecen más que a sus pasiones particulares” MONTAIGNE, Michel, *Essais*, Bibliothèque de la Pléiade, Ed. D’Albert Thibaudet, Bruges, 1939, p. 213.

<sup>168</sup> ROJAS MIX, Miguel, *Los cien nombres de America*, Editorial Universidad de Costa Rica, San José, 1991.

<sup>169</sup> Al parecer el nombre “América” fue utilizado por primera vez en Europa alrededor de 1507 en el libro *Cosmographiae Introductio*, del cartógrafo alemán Martín Waldseemüller, nombre

tión muy iluminista), sino con base en el reflejo europeo, he aquí el problema del nombre lo Ibero Americano implica sí una herencia pero también un condicionamiento, con lo Hispano Americano es aún más reducido porque se quita toda posibilidad a la cultura lusitana, y ambas a la herencia Africana y de los demás países europeos; lo Latino Americano parece impreciso y homogeneizante; además pesan los proyectos políticos bonapartista y franquista por instrumentalizar a la América no sajona. Quedan siempre nombres más literarios y afortunados como: Tierra de libertad o el Nuevo Mundo atribuida esta última a Francisco López de Gómara.<sup>170</sup>

Lo cierto es que una verdad sigue latente, la América no sajona<sup>171</sup> es un vasto continente con un mercado cultural amplio y sin embargo, la discriminación intelectual es todavía fuerte: muchos programas académicos, editoriales y de posgrado miran hacia Europa tuvo y tiene fuertes problemas de natalidad y las universidades comenzaron a vaciarse había que llenar las aulas con cursos *express* para americanos del sur.<sup>172</sup>

Intelectualmente se sigue pensando que los americanos del sur no están al nivel del europeo a pesar de que los *rankings*,<sup>173</sup> ten-

---

en honor al florentino Américo Vespucio, primer europeo en proponer que esas tierras eran en realidad un continente aparte y no las Indias como se pensaba durante de su descubrimiento.

<sup>170</sup> Cf. JIMÉNEZ, Nora Edith, *Francisco López de Gómara: escribir historias en tiempos de Carlos V*, Colegio de Michoacán, 2001.

<sup>171</sup> Para distinguirla de la América británica que ha secuestrado el nombre y por lo que tendríamos que hablar de “Las Américas”.

<sup>172</sup> No nos referimos sólo a Sudamérica sino a la idea del sur del mundo, sur del continente, donde se colocarían los países “en vías de desarrollo” que es otra forma de llamarle a la occidentalización, recordemos que la América sajona sí es considerada occidente.

<sup>173</sup> “Ranking Mundial de Universidades en la Web”, disponible en: <http://www.universia.es/ranking-universidades-mundo/sect/1121699> (consultado el 6 de julio de 2015).

gan por mejores universidades algunas americanas del sur sobre cualquiera de las españolas y las italianas.

No es un problema de nombres o nombramientos, es un problema de imaginarios y prejuicios de *burden judgments*; estos preconceptos permean en la inteligencia emocional de los dialogantes y son como lastres para cualquier avance serio.

Una nueva ilustración debería plantear la autoilustración,<sup>174</sup> los iluminados suelen ser siempre dogmáticos y estigmatizadores.

Tal vez la primera tarea sea la de eliminar los estereotipos, el buen salvaje en nuestro contexto histórico identitario es el indio, que tuvo que abandonar su comunidad primitiva y civilizarse en el Estado moderno:

... el modelo de estado burgués que se pretende universalizar conlleva política y culturalmente una ruptura en las relaciones entre individuo y comunidad, mientras que en las sociedades precolombinas aun siendo muy jerarquizadas socialmente, no existía una ruptura del individuo con la comunidad, ya sólo por el mero hecho de que la supervivencia individual estaba en función de la organización comunitaria de producción y de reproducción social.<sup>175</sup>

<sup>174</sup> Para Guillebaud, la ilustración fue traicionada en un proceso continuo de deshumanización *Guillebaud, Jean Claude, La traición a la Ilustración, Manantial, 1955.*

<sup>175</sup> JIMÉNEZ SCHLEGL, Daniel, *La percepción espacio-temporal en el choque de culturas hispana e indígena en Iberoamérica y el problema de la modernización*, en: *Critica jurídica, Revista latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Núm. 19, 2001, p.68

Hagamos cuentas con nuestros complejos de inferioridad y aprendamos a valorar nuestras aportaciones: nuevos argumentos para nuevas realidades, de hecho, en sentido estricto, se trata de una lucha contra falacias de autoridad tan arraigadas como nuestra americanidad.

### 3.2 *Enculturación*

Como bien es sabido, en Latinoamérica se desarrolló un derecho particular y propio, nacido de la aplicación del derecho castellano, respetando los usos y costumbres de los pueblos originarios; a este derecho suele dársele el nombre de “indiano” y se le reconoce un gran valor histórico y en parte protector de la cultura indígena. El Derecho indiano creo figuras *ad hoc* para los indígenas entre ellas el “abogado de indios” que veía las causas de los indígenas, obviamente debía conocer la lengua de su defendido o servirse de los interpretes contratados con este propósito. No se puede descartar que algunos de estos abogados fueran de origen indígena ya que en 1645 el Virrey Palafox había expedido la Constitución número 246 para la Universidad de México en donde decía: “Se declara que los indios como vasallos libres de su Magestad (sic) puedan y deben ser admitidos a matricula y grados”.

México vivió en aquellos tiempos una enculturación, en los planos social y jurídico. Un proceso de mestizaje que si bien fue lento y tal vez doloroso, no fue cruento y autoritario, digamos que hubo un esfuerzo por parte de ambas partes, colonizador y colonizado de construir una nueva sociedad. Ya en 1555 Carlos V

había enviado una declaración a los caciques indígenas de Vera Paz: “... por ende, por la presente aprobamos y tenemos por buenas vuestras buenas leyes y buenas costumbres que antiguamente entre vosotros aveis (sic) tenido y tenéis para vuestro buen regimiento y policía...” La lucha ideológica por descubrir la “humanidad” del indio dio frutos abundantes en un sistema jurídico que se desarrolló en casi tres siglos.<sup>176</sup>

Los primeros en darse cuenta de que se necesitaba un acercamiento directo a los indígenas, fueron los misioneros y entre ellos los franciscanos que desde 1523 contaban con una escuela de enseñanza elemental en Tezcoco, en 1524 se estableció la respectiva sede de la Ciudad de México, en 1525 fue el turno de Huejotzingo y en 1527 de Tlaxcala.<sup>177</sup> Después comenzaron con aquél experimentó de Santiago Tlatelolco donde tuvieron sinsabores con el incipiente seminario pero en cambio resultó benéfica la enseñanza y aprendizaje del castellano por parte de los indígenas y de lenguas francas por parte de los eclesiásticos y regulares.

La historia del *trato diferente a los indios* comenzó con buenas razones en el siglo XVI. La Universidad de Salamanca albergó a sabios de la talla de Francisco de Vitoria que en sus lecciones se detuvo a considerar si era jurídico forzar una relación entre pueblos, resulta interesante que dentro de una de las causas legítimas comparezca “el derecho de comunicación entre los pueblos”, la

<sup>176</sup> Cfr. LORENTE SARIÑENA, Marta, *La oposición a la ley en el primer constitucionalismo*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, el derecho indiano todavía era vigente en el siglo XIX, se citaba y recurría a él por la doctrina y en los tribunales y convivió con modernas instituciones hasta el proceso de codificación.

<sup>177</sup> GARCÍA GARCÍA, Antonio, *Las cátedras de lenguas en Indias en: Claustros y Estudiantes*, Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, tomo I, 1989, pp. 226-227.

aparición del *otro*<sup>178</sup> llevo al europeo a preguntarse sobre su propia condición y sobre el modo en que él mismo se comunicaba con sus semejantes para poder plantear un espacio dialógico con quienes en principio consideró sus iguales.<sup>179</sup> Claro, la lengua y las cosmovisiones distintas hubieran podido servir (y de hecho sirvieron) como un pretexto para evitar cualquier comunicación razonable y utilizar otros medios como la fuerza y el aparato estatal; pero sería injusto si no dijéramos que algunos europeos se esforzaron por entender la diversidad aun si la tentación de homogeneizar fue y sigue siendo muy fuerte; por ejemplo Bartolomé de las Casas con todo y sus buenas intenciones pretendió de la corona española el trato por igual de súbditos a todos los indios, a pesar de que “el indio” en abstracto no existía, sino por el contrario un sin fin de grupos con diferencias culturales bastante marcadas.<sup>180</sup>

### 3.3 América: inteligencia, imaginación e imaginarios

Vamos a empezar con la cita de un mexicano como pudiera comenzar con cualquier otra cita de un iberoamericano, es un texto

---

<sup>178</sup> Ortega y Gasset nos ofrece una definición del ‘otro’ “*alter* en latín —es propiamente el segundo término de una pareja y *solamente* de una pareja. *Unus et alter*: *alter* es el *contrario*, el parangón, el correspondiente de *unus*. Por esto la relación *unus* yo —con el *alter*— el otro se llama estupendamente alternar. Decir que no nos alternamos con alguno quiere decir que no tenemos con el ninguna ‘relación social’”. ORTEGA y GASSET, José, *L'uomo e la gente*, Armando Editore, Roma, 2001, p. 97.

<sup>179</sup> TODOROV, Tzvetan, *La conquista dell’America, il problema dell’altro*, Einaudi, Torino, 1992.

<sup>180</sup> CLAVERO, Bartolomé, *Genocidio y Justicia. La destrucción de Las Indias ayer y hoy*, Marcial Pons, Madrid, 2002. En este ensayo Bartolomé Clavero explica el documento de nombre: *Destrucción de las Indias*, que escribiera Bartolomé de las Casas, documento de gran valor histórico en el debate sobre la protección del indígena en el sistema colonial. La existencia misma de este documento lascasiano comprueba que la *destrucción* ha impedido la destrucción, las indias perduraron por tres siglos y muchas de las reivindicaciones actuales de los movimientos indígenas son en este sentido y no en un sentido prehispánico.

de Alfonso Reyes donde reflexiona sobre la inteligencia del americano (obviamente del sur) es un texto altamente literario pero muy clarificador:

Nuestro drama tiene un escenario, un coro y un personaje. Por escenario no quiero ahora entender un espacio, sino más bien un tiempo, un tiempo en el sentido casi musical de la palabra: un compás, un ritmo. Llegada tarde al banquete de la civilización europea, América vive saltando etapas, apresurando el paso y corriendo de una forma en otra, sin haber dado tiempo a que madure del todo la forma precedente. A veces, el salto es osado y la nueva forma tiene el aire de un alimento retirado del fuego antes de alcanzar su plena cocción. La tradición ha pesado menos, y esto explica la audacia. Pero falta todavía saber si el ritmo europeo —que procuramos alcanzar a grandes zancadas, no pudiendo emparejarlo a su paso medio—, es el único ‘tempo’ histórico posible, y nadie ha demostrado todavía que una cierta aceleración del proceso sea contra natura. Tal es el secreto de nuestra historia, de nuestra política, de nuestra vida, presididas por una consigna de improvisación.<sup>181</sup>

Una capacidad importante en tiempos cambiantes como los que vivimos, el americano es un sobreviviente, desarrolla un espíritu de conservación y sus sentidos están más aguzados; debe ser más

---

<sup>181</sup> REYES, Alfonso, “Notas sobre la inteligencia Americana”, en: *Sur*, Buenos Aires, septiembre de 1936.

creativo y estar a la defensiva, pero esto lo hace precipitado. Si-gamos la lectura de Reyes, ahora a propósito de la riqueza étni-ca que es cultural:

El coro: las poblaciones americanas se reclutan, principalmente, entre los antiguos elementos autóctonos, las masas ibéricas de conquistadores, misioneros y colonos, y las ulteriores aportaciones de inmigrantes europeos en general. Hay choques de sangres, pro-blemas de mestizaje, esfuerzos de adaptación y absorción. Según las regiones, domina el tinte indio, el ibérico, el gris del mestizo, el blanco de la inmigración europea general, y aun las vastas manchas del africano traído en otros siglos a nuestro suelo por las antiguas administraciones coloniales. La gama admite todos los tonos. La laboriosa entraña de América va poco a poco mezclando esta sus-tancia heterogénea, y hoy por hoy, existe ya una humanidad ame-ricana característica, existe un espíritu americano. El actor o per-sonaje, para nuestro argumento, viene aquí a ser la inteligencia.<sup>182</sup>

Esta inteligencia que es también modo de ser del intelectual ame-ricano deriva en una cosmovisión muy particular, el intelectual americano:

... tiene mayor vinculación social, desempeña gene-ralmente varios oficios, raro es que logre ser un inte-llectual puro, es casi siempre un intelectual «más» otra cosa u otras cosas... Tal situación ofrece ventajas y desventajas... Estorbada por las continuas urgencias, la producción intelectual es esporádica, la mente anda distraída. Las ventajas resultan de la misma condición

---

<sup>182</sup> *Idem.*

del mundo contemporáneo... La inteligencia americana está más avezada al aire de la calle; entre nosotros no hay, no puede haber torres de marfil... Esta nueva disyuntiva de ventajas desventajas admite también una síntesis, un equilibrio que se resuelve en una peculiar manera de entender el trabajo intelectual como servicio público y como deber civilizador.<sup>183</sup>

Una argumentación desde el Sur tendría en cuenta los prejuicios que subsisten en el ámbito epistemológico, Quino el caricaturista argentino, ahora Príncipe de Asturias nos dice en una de sus viñetas a través de Mafalda, que la idea del sur nos ha sido impuesta, el norte está arriba, el universo no tiene un arriba y un abajo, es una mera concepción convencional: “Pensemos ahora en Mafalda, desesperada ante su descubrimiento de que habitantes de los países del hemisferio sur vivimos con la cabeza para abajo. Más allá de la interpretación anecdótica que se desprende inmediatamente de esto, cabe preguntarse si no será que quizás Quino está hablando a través de Mafalda acerca de esta sobrevaloración del viejo mundo como centro”.<sup>184</sup>

Todo cambia cuando miramos las cosas desde otra perspectiva, por ejemplo: ponernos de cabeza.

---

<sup>183</sup> *Idem*.

<sup>184</sup> LOSÓN, Elena, “Identidad cultural en Chile y América Latina. On the relation between Mafalda and the American identity”, en *Cátedra de Artes*, Núm. 6, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2009, pp. 25-42.

*Argumentar de otro modo los derechos humanos*, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en noviembre de 2015 en los talleres de GVG Grupo Gráfico, S. A. de C. V. Leandro Valle núm. 14-C, colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc, C. P. 06010, México, D. F.

El tiraje consta de 1,000 ejemplares.

**Presidente**

Luis Raúl González Pérez

**Consejo consultivo**

Mariclaire Acosta Urquidi  
María Ampudia González  
Mariano Azuela Güitrón  
Jorge Bustamante Fernández  
Ninfa Delia Domínguez Leal  
Rafael Estrada Michel  
Marcos Fastlicht Sackler  
Mónica González Contró  
Carmen Moreno Toscano  
Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

**Primer Visitador General**

Ismael Eslava Pérez

**Segundo Visitador General**

Enrique Guadarrama López

**Tercera Visitadora General**

Ruth Villanueva Castilleja

**Cuarta Visitadora General**

Norma Inés Aguilar León

**Quinto Visitador General**

Edgar Corzo Sosa

**Sexto Visitador General**

Jorge Ulises Carmona Tinoco

**Secretario Ejecutivo**

Héctor Daniel Dávalos Martínez

**Secretario Técnico del Consejo Consultivo**

Joaquín Narro Lobo

**Oficial Mayor**

Manuel Martínez Beltrán

**Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos**

Julieta Morales Sánchez

