

LA LITERATURA JURÍDICA COMO AGENTE AXIOLÓGICO. LA CONTRIBUCIÓN DE FERDINAND VON SCHIRACH¹

Recibido: 21/03/2023 – Aceptado: 19/04/2023

Fernando Adrián Bermúdez²

 <http://orcid.org/0009-0000-1663-2721>

Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

fbermudez@derecho.uncu.edu.ar

- 1 El presente estudio corresponde a la propuesta de investigación presentada en el Programa Posdoctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba llevado a cabo durante el año 2022 y que tuvo como director al Profesor Doctor Carlos Parma. Entre las exigencias del programa se encuentra la de publicar el proyecto con la pertenencia de la Universidad Nacional de Córdoba. El autor quiere dejar asentado el agradecimiento al Dr. Edgardo García Chiple, Vicedecano y Secretario de Posgrado y a la Dra. Susana Borgarello, directora del Programa de Posdoctorados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Asimismo, a todos los queridos colegas que participaron del Programa, con quienes discutimos muchos de los extremos del presente artículo. Y, por último, a nuestro querido director Charlie Parma, cuyo acompañamiento, dedicación y excelencia académica hicieron posible nuestra finalización del programa.
- 2 Doctor en Derecho, Abogado y Profesor de Grado Universitario en Ciencias Jurídicas egresado de las Facultades de Derecho y Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Cuyo (UNCUYO). Profesor Titular de Problemática del Conocimiento en la Facultad de Derecho (UNCUYO) y de Filosofía Jurídica en la Universidad de Mendoza (UM). Ha realizado estudios de posgrado en las Universidades de San Andrés, The George Washington University y en la Pontificia Universidad Urbaniana de Roma y posdoctoral en la Universidad de Navarra y Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Epistemología y Metodología de la Investigación en diversos posgrados de la Argentina. Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Actualmente es Secretario Académico y Director del Club de Lectura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UM y Coordinador de Ciencia, Técnica y Posgrado en la Facultad de Derecho de la UNCUYO.

¿Estamos dispuestos a sacrificar nuestra libertad individual en aras de la seguridad colectiva? ¿Cuál es el camino para preservar la democracia? ¿Es legítimo matar a un conjunto de personas para evitar la muerte de un número mayor? ¿Es más importante la vida de 70.000 personas que la de 140, aunque en estas últimas haya niños pequeños? ¿Una vida compensa otra? ¿Quién puede tomar esa decisión?"

FERDINAND VON SCHIRACH

Sumario

- I. Introducción
- II. Literatura y derecho
- III. Ferdinand Von Schirach
 - III. 1. Vida y Obra
 - III. 2. Terror
- IV. Derecho y razonabilidad práctica
- V. Conclusiones
- VI. Bibliografía

I. Introducción

En el estado actual de las relaciones entre el derecho y la literatura se pueden observar tres maneras distintas de afrontarla³, primero como derecho *de* la literatura donde el interés pasa por la producción literaria, los derechos de autor, la libertad de expresión, los delitos contra el honor, las posibles comparaciones entre sistemas de marcas y de derechos de autor, la regulación de bibliotecas públicas hasta los programas escolares o

3 OST, François, "El reflejo del derecho en la literatura", *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), Alicante, pp. 333 y ss.

las políticas de subsidios editoriales, etc. También se puede abordar al derecho *como* literatura, donde prima el interés por el texto jurídico como un texto literario, comparando los diferentes instrumentos como instrumentos literarios, por ejemplo, la sentencia y su estructura gramatical, sintáctica o semánticamente. Se puede estudiar el estilo particular de los operadores jurídicos, un estilo que es a la vez dogmático y repetitivo. En este sentido se pueden comparar métodos de interpretación entre textos literarios y textos jurídicos. Esta clase de perspectiva ha sido desarrollada ampliamente en los Estados Unidos, basta echar un vistazo al trabajo de algunos autores como Ronald Dworkin⁴ y Stanley Fish⁵. Y, por último, se puede ver el derecho *en* la literatura, viendo en la ficción literaria el problema jurídico y sus tensiones, como la justicia, la igualdad, la libertad, la venganza, el poder, etc.

Por supuesto que esta última no se estudia el derecho técnico, aquel que encontramos en los códigos de fondo o normas procesales, en los tratados y en las doctrinas de autores o en la jurisprudencia de los tribunales. No, el derecho que se indaga en la literatura es el que asume las cuestiones más profundas a propósito de la justicia, la equidad, el poder o lo arbitrario. Como ejemplo se puede ver el canto XVIII de la *Ilíada*⁶, donde se observa que la ciudad goza de paz, reproduce, en el centro del cuadro, la solemnidad de un pleito judicial. Los

- 4 DWORKIN, Ronald, "How Law is like Literature", *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press, 1985, pp. 146-166. "Decidir casos difíciles en el ámbito del derecho se parece mucho a este curioso ejercicio literario. La semejanza es muy evidente cuando los jueces evalúan y deciden en materia de *common law*, es decir, cuando no existe una norma que cumpla una función central en el conflicto legal, y la disputa se concentra en qué normas o principios del derecho 'subyacen' a las decisiones relacionadas que otros jueces tomaron en el pasado. En estos casos, cada juez es como uno de los novelistas de nuestra cadena".
- 5 FISH, Stanley, *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Oxford: Clarendon Press, 1989. También se puede consultar: *Is there a text in this Class? The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge: Harvard University Press, 1995; *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Barcelona: Ariel, 1996.
- 6 HOMERO, *Ilíada*, XVIII 500 y ss., edición Gredos, Madrid, 2015: "Los ancianos estaban sentados sobre pulidas piedras en un cirulo sagrado y tenían en las manos los cetros de los claros heraldos, con los que se iban levantando para dar su dictamen por turno, en medio de ellos había dos talentos de oro en el suelo, para regalárselos al que pronunciara la sentencia más recta", pág. 380.

ancianos de la ciudad, sentados sobre pulidas piedras en la plaza, actúan como jueces en una causa de homicidio, donde no podríamos encontrar expresión más elocuente de la concepción homérica de la sociedad humana fundada en la justicia, porque el poeta no se propuso describir una simple causa judicial, sino simbolizar la justicia como principio general.

Históricamente algunos escritores han mostrado un gran interés por el derecho, como afirma Richard Posner⁷: “la ley es un fenómeno humano tan invariable, tan permanente, como la muerte, el amor, la traición, etc”. Muchas obras capitales, han tratado el tema de la ley, de la violación a la misma, de sus contradicciones morales, de los problemas generados por su aplicación. Entre algunas que vale la pena recordar, están *Prometeo encadenado* de Esquilo, *El paraíso perdido* de John Milton, *Rojo y Negro* de Stendhal, *Prometeo liberado* de Percy Shelley, *El extranjero* de Camus, *El proceso* y *El castillo* de Kafka, *Robinson Crusoe* de Daniel Defoe, *Los viajes de Gulliver* de Jonathan Swift. En varios de los dramas de Shakespeare la prisión o el cautiverio están presentes, como algunos pasajes de *Ricardo III* y de *El rey Lear*. Asimismo, en muchos de los cuentos de *Las mil y una noches*, el tema del cautiverio, la aplicación de la ley y, como en el caso de Scherezada misma, la amenaza de la ejecución, son evidentes.

Un aporte actual muy importante es el de la profesora norteamericana Martha Nussbaum⁸, donde resalta que la lectura de textos literarios puede ayudar a los abogados y a los jueces para desempeñar de mejor manera su trabajo, en razón de la naturaleza propiamente moral que debe derivarse de dichos textos. La idea es que la buena literatura produce, necesariamente, cambios morales en los lectores o, en otras palabras, que la narrativa de un texto literario produce cambios en el lector entendido como agente moral.

En su obra titulada *La ira y el perdón. Resentimiento, generosidad, justicia*⁹, la autora realiza un estudio de la trilogía de Esquilo *La Orestíada*, donde analiza ciertos sentimientos en la conquista de la justicia. Atenea, afirma Nussbaum:

7 POSNER, Richard A., *Law and Literature*, Cambridge: Harvard University Press, 2000.

8 NUSSBAUM, Martha, *Poetic Justice: Literary Imagination and Public Life*, Boston: Beacon Press.

9 NUSSBAUM, Martha, *La ira y el Perdón. Resentimiento, generosidad, justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2018.

“... introduce instituciones legales que reemplazan el ciclo de venganza sangrienta que en apariencia carecía de final, y termina así con él. Al instaurar un tribunal con procedimientos cimentados en la argumentación razonada y sopesamiento de evidencias, un juez independiente y externo, y un jurado elegido del cuerpo de ciudadanos atenienses, Atenea anuncia que la culpa de sangre se resolverá ahora por medio de la ley; ya no serán las Furias quienes lo hagan”.

Esta última manera es la que nos interesa abordar en la presente nota, haciendo una aproximación al escritor y abogado Ferdinand Von Schirach y el tratamiento que hace del derecho en su obra *Terror* y de algunos de los tópicos más sobresalientes de la filosofía jurídica, en particular, los aspectos antropológicos, éticos, jurídicos y políticos, ámbitos de la razonabilidad práctica. En este sentido se ha utilizado el término “agente axiológico”, entendiendo a la literatura como una instancia de significación valorativa que amplía nuestra capacidad de comprensión y cuestionamiento de lo jurídico.

De esta manera, se pueden enunciar las siguientes preguntas: ¿Aporta la literatura que aquí examinamos una forma de poder comprender el derecho desde una instancia que no sea la estrictamente positiva o normativa? En caso afirmativo: ¿Cuál sería ese aporte que realiza la obra *Terror* de Von Schirach en particular? Para poder responder estos cuestionamientos, es que utilizaremos como parámetro la obra del autor alemán y ver a lo largo de la misma, como analiza el derecho y algunos de sus diversos tópicos, concluyendo en que muchas veces las mejores razones no siempre son estrictamente jurídicas en la argumentación de un caso, sino de naturaleza extrajurídica¹⁰.

II. Literatura y derecho

Comprender el razonamiento jurídico desde la literatura, presenta muchas ventajas, pero una de las principales está justamente en la propia literatura.

¹⁰ En este sentido, resulta muy interesante la distinción de Manuel Atienza de las concepciones de la argumentación en la formal, la material y la pragmática, donde resalta aspectos extra sistemáticos, retóricos y dialécticos en la argumentación jurídica. ATIENZA, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2018.

Los distintos géneros literarios tienen la particularidad de no dar conceptos o definiciones¹¹, sino describir situaciones a través de los personajes que componen una trama, es decir, que la literatura no argumenta, sino que declama y sugiere, persuade en vez de convencer, seduce y aprisiona. Bien se ha dicho que apela a la imaginación, estimula la curiosidad, abriendo camino mediante el humor, la sátira, el romance, lo bello, lo agradable o a través de los contrastes de lo absurdo, lo violento o aterrador. De esta manera cuestiona el esquema racional–abstracto en que generalmente presentamos el derecho a través de normas generales. Por eso los tópicos que sugiere nos permiten distinguir una situación justa de una injusta, cuando hay venganza o misericordia, o indulgencia o severidad. Y mucho más desde los personajes, cada uno a través de la trama propuesta, encarnan los eternos problemas del derecho y su realización concreta.

En este sentido, afirma Joaquín García Huidobro:

“El lenguaje de la filosofía académica (jurídico) es necesariamente limitado, si se lo compara; por ejemplo, con la pluralidad que admite el recurso del diálogo. Hay cosas que pueden mostrar la literatura, la música o la pintura y que permanecen inaccesibles a la filosofía” (...) “No hay que entender la universalidad del pensamiento filosófico de un modo racionalista, es decir, de manera tal que transforme en superfluas las demás formas de expresión de la verdad”¹².

11 Es interesante en este sentido el aporte que realiza José Ortega y Gasset: “Toda referencia, relación, narración no hace sino subrayar la ausencia de lo que se refiere, relata y narra. Donde las cosas están, huelga contarlas. De aquí que el mayor error estribe en definir el novelista sus personajes. La misión de la ciencia es elaborar definiciones... El arte tiene una misión contrapuesta, y va del signo habitual a la cosa misma. Le mueve el magnífico apetito de ver. En buena parte tiene razón Fiedler cuando dice que el propósito de la pintura no es más que darnos una visión más plena, más completa de los objetos que la lograda en nuestro trato cotidiano con ellos”. ORTEGA Y GASSET, José, *La deshumanización de las artes e ideas sobre la novela – Velázquez – Goya*, Porrúa, México, 2007, págs. 41 y 42.

12 GARCIA HUIDOBRO, Joaquín, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, UNAM, México, 2002.

De esta manera, se puede observar uno de los mayores beneficios de mirar el derecho a través de la literatura es ampliar la experiencia jurídica como ámbitos de expresión estética, logrando un aporte axiológico a las temáticas abordadas.

La expresión artística se puede ver en la estética del derecho de G. Radbruch, donde resaltando la vinculación del derecho con el arte, recuerda que la propiedad que hace tan atractivo al derecho como materia de arte, estriba en la multiplicidad de antítesis que en él residen de un modo esencial: oposición entre el ser y el deber ser, entre el derecho positivo y natural, legítimo y revolucionario, libertad y orden, justicia y equidad, justicia y venganza, etc. Así las formas artísticas, cuya esencia consiste en la representación de lo antitético (antítesis), especialmente el drama, se adueñan del derecho. Recordando a Jellinek nos muestra cómo en el drama antiguo, se enaltecía la santidad e inviolabilidad del derecho objetivo, mientras que en el moderno se ve el derecho subjetivo contra el orden jurídico.

“El derecho positivo en el arte actual aparece, o cómo el destino fatal contra el que el individuo se estrella, o cómo el poder duro contra el que se erige la bandera rebelde de una justicia superior, y quizá también simplemente cómo la rutina burocrática, de la que con chistes burlase con alegría”¹³.

Por esto, las formas apropiadas de la antítesis del derecho para este autor, son dentro de la literatura, la *sátira*, y dentro del arte plástico, la *caricatura*¹⁴.

III. Ferdinand Von Schirach

III. 1. Vida y Obra

De esta manera, se arriba al autor elegido, como un caso testigo de todo lo que se viene desarrollando. ¿Quién es este autor? Ferdinand Von Schirach es abogado y escritor alemán de renombre internacional, nacido en Munich en el año 1964. Su infancia y sus estudios iniciales fueron realizados en Munich, en

13 RADBRUCH, Gustav, “Filosofía del Derecho”, (editorial) *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1944, pág. 142.

14 Sobre el tema: RADBRUCH, Gustav, *Caricaturas de la Justicia*. Litografías de Honoré Daumier, Editorial B de F, Argentina, 2008.

el colegio Kolleg St. Blasien. Durante su adolescencia tuvo que enfrentar problemas de depresión, particularmente en su autobiografía *Kaffe und Zigaretten*, menciona que a los 16 años pasó por un intento de suicidio. Después de graduarse en la escuela secundaria, se unió al ejército alemán. Desarrolló su carrera universitaria en Berlín, en la universidad de Bonn. Inicialmente se interesó por el derecho constitucional, pero más en particular, por el derecho penal, porque quería “entender el mecanismo de la culpa”. Luego, se convirtió en abogado en el año 1994, con especialización en derecho penal. Su vocación lo convirtió en un abogado exitoso, que lo llevó a participar en casos emblemáticos en Alemania; entre estos, representó a Gunter Schabowski en el “juicio de Politburó”, representó a un espía del Servicio de Inteligencia Alemán (*Bundesnachrichtendienst*), Norbert Juretzko, y participó en el “asunto fiscal de Liechtenstein”, un caso muy importante de evasión fiscal que dio lugar a un escándalo nacional en Alemania.

A los veinte años de profesión como abogado penalista, particularmente defensor, se empieza a fijar en la literatura, y se convierte en un escritor de renombre en su país. Su literatura ahonda en cuestiones relativas a la culpa y a la justicia, que demuestran en forma clara lo crudo es el delito en la sociedad y cómo juega el papel de lo subjetivo, la culpa, en casos que, como él dice, “*pueden pasarnos a todos*”. Sin embargo, sus obras se describen de manera objetiva, sin ahondar mucho en cuestiones sentimentales, que lleva a que las conclusiones de cada lectura sean realizadas por quien las lee. Ha escrito cuentos y obras de teatro, que se desarrollan sobre casos delictivos relatados en primera persona por sus protagonistas, como también en modo omnisciente. Sus obras se apoyan sobre la base de una experiencia muy amplia, de más de 700 casos, los cuales lleva a la literatura de una forma concisa y objetiva, sin desarrollar de más, con una prosa precisa, depurada, con un toque de elegancia y hasta sentido del humor.

Respecto de su obra literaria, podemos nombrar su primer libro, *Crímenes*¹⁵, que está conformado por una serie de cuentos inspirados en su experiencia como abogado, lo llevo al éxito en forma temprana. Fue publicado en el año 2009, y formó parte de la lista de los libros más vendidos de Der Spiegel, que es la revista más importante de Alemania. En el prólogo de la obra, afirma haberse inspirado en procedimientos penales en los que actuó como abogado, pero que en

realidad habla de “el ser humano, de sus fracasos, de su culpa y su grandeza”, “yo cuento las historias de asesinos, traficantes de drogas, atracadores de bancos y prostitutas. Todos tienen su historia y no son muy diferentes de nosotros”.

Su segunda obra, *Culpa*¹⁶, publicada en 2010, y de manera muy similar a *Crímenes*, se basa en quince relatos en los que, como lo dice su título, el sentimiento de culpa actúa con mayor firmeza que el castigo impuesto por la ley. Se compraron derechos cinematográficos de esta obra y hasta se creó una serie policial. Luego, tenemos *El Caso Collini*¹⁷, publicado en enero del 2012. Dicha obra alcanzó el segundo puesto de libros más vendidos según Der Spiegel, y, a diferencia de los anteriores, se centra en la historia del asesinato de Hans Meyer, quien fue oficial nazi en Italia, y aborda cuestiones relativas al funcionamiento de la justicia alemana luego de la Segunda Guerra Mundial, a quienes fueron considerados ex nazis en su época. Fue nominado entre los “10 mejores misterios del 2013” por el Wall Street Journal de Nueva York, y para el “Premio del Libro de Los Ángeles Times 2014”. Fue incluso llevado a los cines alemanes como película en el año 2019.

En el año 2013, publicó *Tabú*¹⁸. Novela que tuvo su adaptación teatral en Alemania, y no deja de lado sus tópicos favoritos (la justicia, la culpa y el papel del Estado), y está dividida en tres partes. Le sirve para tratar cuestiones actuales, como lo son la justificación de la tortura por parte del Estado en razón de la defensa o seguridad nacional y cómo afecta la opinión pública a las decisiones que los jueces toman.

Unos años después, en 2015, publica *Terror*¹⁹. Una obra de teatro, que se desarrolla en el marco del juicio oral contra el comandante Lars Koch. A diferencia de las dos primeras obras, esta consiste en el desarrollo de un caso ficticio. En Alemania, se llevó al teatro y a los cines, en el año 2016 luego de los atentados en París. Hace alusión a temas relativos a la justificación del delito y al valor de la vida humana, y es una obra que deja al lector tomar la decisión final, en base a dos posiciones bien fundamentadas.

16 VON SCHIRACH, Ferdinand, *Culpa*, Barcelona, Salamandra, 2012.

17 VON SCHIRACH, Ferdinand, *El caso Collini*, Buenos Aires, Salamandra, 2013.

18 VON SCHIRACH, Ferdinand, *Tabú*, Barcelona, Salamandra, 2016.

19 VON SCHIRACH, Ferdinand, *Terror*, Barcelona, Salamandra, 2015.

Durante estos años publicó también otros libros como *La dignidad es violable* (2014), *La cordialidad de la razón* (2017), la autobiografía *Café y Cigarrillos* (2019), *Sin embargo* (2019) y *Cada hombre* (2021), como también obras de teatro como *Dios* (2020). Sin embargo, nos tenemos que referir en su última obra más importante, que es *Castigo*²⁰. La misma fue publicada en el año 2018, donde vuelve a darnos casos que versan sobre su gran trayectoria profesional. Se inclina a hacernos reflexionar sobre la naturaleza del castigo en sí mismo, encarado de una manera humana y algo compasiva, como a su vez, cuestiones relativas a la culpa, libertad, amor y odio.

III. 2. Terror

Terror es una obra de teatro donde se narra un atentado terrorista en un país occidental, provocando un sentimiento general de pánico y estupor en la sociedad, planteando una serie de cuestionamientos:

¿Estamos dispuestos a sacrificar nuestra libertad individual en aras de la seguridad colectiva? ¿Cuál es el camino para preservar la democracia? ¿Es legítimo matar a un conjunto de personas para evitar la muerte de un número mayor? ¿Es más importante la vida de 70.000 personas que la de 140, aunque en estas últimas haya niños pequeños? ¿Una vida compensa otra? ¿Quién puede tomar esa decisión? En este sentido, ¿existe el mal menor cuando se trata de la vida de personas? ¿Las personas pueden creerse dioses impasibles que deciden sobre la vida humana?

Como se puede observar, el autor plantea una diversidad de tópicos que nos interesa resaltar en el presente estudio. Conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se acusa a Lars Koch de haber causado la muerte el día 26 de mayo de 2013 a ciento sesenta y cuatro personas que se encontraban a bordo de un avión con medios que constituyen un peligro público. Disparó un misil aire-aire que derribó un avión de pasajeros tipo Airbus Industria A320.100/200 de la compañía Lufthansa que volaba entre Berlín y Múnich. Hechos que constituyen un delito según el Código Penal, calificado de “asesinato múltiple”.

La defensa inicia su apertura recordando a los miembros del jurado dónde se encontraban el día 11 de septiembre de 2001, uno de los peores atentados terroristas de la historia. Menciona los dos aviones que se estrellan en el *World Trade Center* de Nueva York, el tercero, en el Pentágono y el cuarto que cayó en un campo cerca de Pittsburg. Año y medio después, aproximadamente, un hombre secuestró un avión deportivo en Alemania, cruzó el Fráncfort del Meno y amenazó con estrellarlo contra el rascacielos del Banco Central Europeo. Este último terminó bien, ya que pudieron arrestar al hombre. Con estos casos se había aprendido que debíamos protegernos, por eso en el año 2005 se dictó la *Ley de Seguridad Aérea*, donde se acordó que, ante casos de atentado similares a los descritos, el Ministro de Defensa puede ordenar el uso de las armas, incluso contra un avión civil ocupado con pasajeros inocentes. Por consiguiente, prosiguió la defensa, en una situación límite puede derribarse una aeronave que ha sido secuestrada. De esta manera, se permitía al Estado matar a seres humanos, personas que no eran autores, sino víctimas de un crimen.

Ahora bien, un año después de haberse pronunciado el decreto ley, el Tribunal Constitucional Federal revocó los artículos más importantes de esa Ley. El Tribunal es un tribunal supremo, toda la jurisdicción estatal depende de sus resoluciones. Ese tribunal declaró que matar a personas inocentes para salvar a otras personas inocentes es inconstitucional. “Una vida nunca debería compensarse con otra vida”²¹.

El terrorista quería precipitarse con el avión secuestrado a un campo de fútbol y matar de ese modo a los setenta mil espectadores que se encontraban allí.

“Pero un hombre tuvo el valor y la fuerza de actuar. Abatió el avión y murieron los ciento sesenta y cuatro pasajeros. Estos son los hechos que se imputan al acusado. Y la fiscalía tiene razón, Lars Koch lo hizo. Si, mató a las personas que estaban en el avión, hombres, mujeres y niños. Pero lo sopesó: la vida de ciento sesenta y cuatro inocentes a la vida de setenta mil inocentes”²².

21 *Ibidem*, pág. 20.

22 *Ibidem*, pág. 21.

Y termina el defensor presentado las siguientes preguntas:

¿debía matar Lars Koch a esas ciento sesenta y cuatro personas? ¿Se dan situaciones en nuestra vida en las que es correcto, sensato e inteligente matar a personas inocentes? ¿Se dan situaciones en las cuales cualquier otra solución sería absurda e incluso inhumana?

Por último, recuerda al jurado que deben asumir que vivimos en un mundo en el que lo más imaginable y horrible hace tiempo que se ha convertido en realidad.

Cuando el juez le expresa que había actuado en contra de la orden expresa de su superior y le pregunta por qué lo había hecho, el acusado responde: “Porque consideré que era lo correcto. Fui incapaz de permitir que mataran a setenta mil personas”²³ Un apartado interesante de la obra se lleva a cabo cuando el juez autoriza que el acusado desarrolle su opinión jurídica sobre la resolución del Tribunal Constitucional.

“Disponemos, como todos los Estados Modernos, del llamado principio de culpabilidad en el derecho penal. Castigamos a un acusado según su culpa personal. Antes, el derecho penal partía de la base de que sólo el crimen era determinante. Así pues, quien mata a una persona debía morir a su vez. Daba igual por qué había cometido el delito. Hoy en día, sin embargo, queremos entender el porqué. Queremos comprender lo que ha impulsado a un ser humano a oponerse a la justicia. ¿Mató porque quería enriquecerse? ¿Por celos? ¿Por el placer de matar? ¿O tenía motivos totalmente distintos, puede que incluso unos que nosotros mismos aprobemos? El caso que nos ocupa en la actualidad es de tal índole que el móvil del acusado está relacionado de manera manifiesta con su concepción de la justicia. Deberíamos prestar atención a sus reflexiones”²⁴.

El acusado daba su argumento:

23 *Ibidem*, pág. 81.

24 *Ibidem*, pág. 85.

“... en un lado se encuentran ciento sesenta y cuatro pasajeros en un avión; en el otro, setenta mil espectadores en un estadio. Es imposible que, con una proporción así, no esté permitido intentar buscar un equilibrio”

El fiscal, le responde: “Si le entiendo bien, usted cree que el número mayor de espectadores del estadio compensa la muerte de los pasajeros”.

Acusado: “Sí”.

Fiscal: “Así que compensó una vida con otra”.

Acusado: “No, no una única vida con otra única vida. Sólo creo que matar a un número inferior de personas para salvar a muchas más es correcto”.

Fiscal: “Bien. ¿Cree usted que, en general, toda vida humana es igual de valiosa?”.

Acusado: “Por supuesto”.

Fiscal: “Sin embargo, hay que dejar de proteger la vida de un individuo sí de esa forma se pueden salvar más vidas”

Acusado: “Sí”.

Fiscal: “Imagínese que un hombre llega a un hospital porque se ha roto el brazo. Salvo por eso, goza de buena salud. En el hospital hay una larga lista de pacientes que esperan urgentemente un trasplante. Es su última esperanza. Según su argumento, deberían matar inmediatamente al hombre del brazo roto para quedarse con sus órganos”.

Acusado: “No, claro que no”.

Fiscal: “¿Por qué?”.

Acusado: “Sólo se puede hacer una excepción cuando se trata de grandes cantidades”²⁵.

Después de la declaración del acusado y de la demandante, comenzaron los alegatos finales de la fiscalía en primer término y después de la defensa. Por último, el escritor alemán, deja abierto el final con los dos posibles veredictos, culpable o inocente, haciendo que el lector asuma una postura conforme a los argumentos vertidos en cada una de las dos sentencias. A continuación, observaremos las diferentes razones invocadas en la obra que nos permitirán ensanchar la mirada de lo jurídico.

25 *Ibidem*, pág. 88.

IV. Derecho y Razonabilidad Práctica

Hace varios años C. Perelman recordaba que:

“Las razones suministradas en el razonamiento práctico, las “buenas” razones pueden ser morales, políticas, sociales, económicas o religiosas, según los campos de los cuales surge la decisión. Ellas serán esencialmente jurídicas en el razonamiento del juez, que debe mostrar la conformidad de su decisión al derecho que él está encargado de aplicar”²⁶.

Es decir, que el derecho en el marco de la razonabilidad práctica ensancha su razonabilidad, pudiendo acudir a razones distintas a las estrictamente jurídicas que debe posteriormente justificar su conformidad al derecho. Somos conscientes de que este tema es uno de los tópicos más discutidos actualmente en la teoría jurídica y que amerita mayor tratamiento que no tenemos la posibilidad de realizar en el presente trabajo.

En el siguiente apartado se realiza una descripción de las razones, de las buenas razones que invoca el autor en *Terror*, que las hemos dividido en cuatro: a) antropológicas; b) éticas; c) jurídicas y d) políticas. El objetivo es resaltar los argumentos de la obra como un aporte axiológico de la literatura a la comprensión del derecho.

a) Antropológico

Las razones antropológicas en la obra están a flor de piel, y se pueden observar sobre todo en los alegatos de la fiscalía y de la defensa que, a través de las perspectivas Kantiana (deontológica) y la utilitarista, demuestran su peso en la justificación de cada una de las partes.

La fiscalía comienza afirmando en su alegato:

“Nuestra Ley Fundamental empieza con la frase: ‘La dignidad del ser humano es inviolable’. No está al principio por casualidad. Esta frase es la

26 PERELMAN, Chaim, *De la Justicia, de la Interpretación y razonamiento jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Olejnik, 2017, pág. 127.

declaración más importante de la Constitución. Este primer artículo posee una ‘garantía de perpetuidad’, es decir, no puede cambiarse mientras esté vigente la Ley Fundamental. Pero ¿qué es la dignidad? El Tribunal Constitucional dice que ‘dignidad’ significa que un ser humano nunca debe convertirse en mero objeto del proceder estatal. ‘Un mero objeto del proceder estatal’, ¿qué es esto? La idea se remonta a Kant”.

De esta manera aporta un argumento muy importante que será contrapeso a la cuestión de la cantidad de salvar más vidas, versus sacrificar menos, es decir, del argumento utilitarista que utilizará la defensa. La fiscalía aclara este punto:

“El ser humano, dijo Kant, puede promulgar sus propias leyes y actuar según las mismas, lo que lo diferencia de todos los demás seres. Reconoce el mundo, puede reflexionar sobre sí mismo. Por eso es sujeto y no, como una piedra, un mero objeto. Todo ser humano posee esta dignidad. Pero si decide por un ser humano sin que él pueda ejercer su influencia, es decir, cuando se decide sin tenerlo a él en cuenta, se lo cosifica. Y dicho esto queda claro: el Estado no puede jamás compensar una vida con otra. Ni tampoco con cien ni con mil vidas. Cada individuo en particular, también cada uno de ustedes, señores y señoras del jurado, posee esa dignidad. Los seres humanos no son objetos. La vida no se mide por cantidades, no es un mercado”²⁷.

La defensa, en contraposición a la fiscalía, se pregunta: “¿Es correcto anteponer el principio de la dignidad del ser humano a la salvación de vidas humanas?” Y afirma:

“Mediten, por favor, al respecto. Reflexionen durante un momento y vean las cosas como son. El señor Koch salvó a setenta mil personas. Para ello tuvo que matar a ciento sesenta y cuatro. Eso es todo. ¿Es horrible? Sí, es espeluznante, terrible, espantoso. Pero ¿había otra alternativa? No. Lars Koch sopesó la situación y tomó la decisión correcta. Cualquiera que en cierta medida está en su sano juicio, puede y debe verlo de este modo y así

27 *Ibidem*, pág. 123.

lo verá, pues ningún principio del mundo ha de ser más importante que la salvación de setenta mil personas”²⁸.

Se ve claramente cómo la defensa relativiza el término de dignidad deontológico para tratar de demostrar que en el caso se debe partir de una concepción utilitaria como mejor razón antropológica del asunto, donde salvar más vidas, es mejor que permitir la muerte de muchas.

b) Éticas

Uno de los principales argumentos de la defensa era la supuesta “emergencia suprallegal”, también denominada “derecho natural”, para poder refutar estos dichos la fiscalía, cita el llamado “caso del guardagujas”, del filósofo del derecho Hans Welzel quien plantea el dilema del guardagujas de desviar o no el vagón produciendo la muerte de cinco trabajadores o de cientos de personas. Siguiendo en esa línea, cita Judith Thomson, realizando una pequeña variación del caso del guardagujas, donde ya no es el guardagujas quien debe tomar la decisión, sino que seríamos nosotros los que tendríamos que matar a un hombre primero y luego lanzarlo, concluyendo que la mayoría de las personas se negaría a matar a un hombre.

“Si la mayoría de las personas se negarían a matar a ese hombre. Pero ¿qué es lo que ha cambiado en realidad? De hecho, sólo un elemento: en este caso deberíamos realizar nosotros mismos la acción. Deberíamos matar a esa persona ‘son nuestras propias manos’. No podemos. Pese a que las situaciones apenas se diferencian, todo en nuestra mente ha cambiado. En el primer ejemplo estamos dispuestos a matar a cinco personas, pero ahora no nos parece factible aniquilar a una sola. De repente nos resulta imposible tomar la decisión correcta. honorables miembros del jurado, debemos pues aceptar que no existe la certeza en cuestiones morales”²⁹.

28 *Ibidem*, pág. 127.

29 *Ibidem*, pág. 120 y 121.

Por eso concluye la fiscalía en la necesidad de contar con algo más firme que meros conceptos vulnerables que varían según las circunstancias.

“Así pues, precisamos de algo más digno de confianza que nuestras convicciones espontáneas. Algo a lo que recurrir en cualquier momento y a lo que podamos atenernos. Necesitamos “principios” Son nuestra Constitución. Todo caso se mide y se verifica según ésta. Según la Constitución... Y no según nuestra conciencia, no según nuestra moral y en absoluto según otro poder más elevado. Derecho y moral deben estar estrictamente serados entre sí”³⁰

Ante el argumento de los principios de la Constitución, la defensa recurre a Kant y al texto escrito por el autor alemán titulado *Sobre un presunto derecho de mentir por filantropía*.

“¿Y saben lo que afirmaba Kant en él? Voy a decírselo: ante su puerta hay un asesino con un hacha. Un amigo suyo acaba de escapar de ese hombre y se ha refugiado en su casa. El hombre le dice que quiere matar a su amigo y le pregunta si sabe dónde está. Según Kant, señoras y señores del jurado, en una situación así, ustedes no deben mentir porque no deben mentir “jamás”. Deberían decir: “Claro, querido asesino, está ahí, sentado en el sofá, mirando el partido por la televisión. Que pase un buen rato”³¹ De esta manera, el defensor dice que la fiscal solicita lo mismo, que pongan un principios por encima del caso de Lars.

Ahora bien, el principal argumento, el mejor argumento, la mejor razón que invoca el defensor lo encontraremos en el “principio del mal menor”. Lo primero que hará el abogado, será recordar algunos fallos gravitantes de la temática como una forma de poner en valor el principio y mostrar cómo jueces resolvieron en situaciones análogas al caso de marras, y de esta manera lograr una posible absolución para el imputado, Lars Koch.

30 *Ibidem*, pág. 121.

31 *Ibidem*, pág. 126.

“En 1841, el barco William Brown se hundió después de chocar con un iceberg. Los botes salvavidas no podían transportar a todos los supervivientes; se habrían hundido y habría muerto todo el mundo. Alexander Holmes, un simple marinero, tiró por la borda a catorce o dieciséis personas, nunca se precisó con exactitud. A su regreso en Filadelfia, Holmes, fue llevado ante un tribunal por haber actuado de ese modo. El tribunal lo condenó, aunque el castigo fue muy leve. Los jueces reconocieron el imperativo de que el mal menor es preferible a uno mayor. Holmes había salvado la vida de la mayor parte de los pasajeros”³².

En el mismo sentido, cita un fallo más contemporáneo del año 2000 de un tribunal inglés.

“Unos hermanos siameses habían crecido unidos desde su nacimiento. Los médicos dijeron que, en esa situación, pronto morirían ambos, por lo que querían separarlos. Sin embargo, la separación suponía la muerte segura de uno de los niños. Los padres se oponían. El caso fue a juicio. El Tribunal de Apelaciones se decidió por el niño más fuerte y permitió que se matara al más débil. También esto, señoras y señores del jurado, no es más que compensar una vida con otra. El juez Brooke, responsable del caso, puso como ejemplo en su argumentación un avión sin piloto que amenazaba con caer sobre una ciudad debido a la falta de combustible. Decidió que la justicia permitía matar a los pasajeros que ya iban a morir. ¿Y por qué? De nuevo se trata del “mal menor”³³.

Como se puede apreciar en la obra, el principal argumento de la defensa será justamente una razón moral, no jurídica, corroborando una vez más la vinculación del derecho y la moral en el actual escenario jurídico del siglo XXI defendida por autores de las más variadas escuelas³⁴ y con sus respectivos matices.

32 *Ibidem*, pág. 128.

33 *Ibidem*, pág. 129.

34 Como ejemplo del punto se puede citar a los siguientes autores representativos de distintas escuelas: NINO, Carlos, *Derecho, moral y política*, Siglo XXI editores, 2014. En esta obra sostiene que el Derecho se encuentra

c) Jurídicas

El recurso a la Constitución, como principal argumento jurídico, se enmarcará en el Estado de Derecho, como estructura mayor que da razón y sentido al ordenamiento jurídico.

“Nos ha costado mucho tiempo entenderlo: precisamente eso es la esencia del Estado de Derecho. Todos ustedes saben el precio tan alto que hemos pagado por adquirir este conocimiento. Pero lo que es ley es obligatorio para todos. Una verdadera ley, que corresponde a la Constitución y que nuestro Parlamento promulgó en un complicado procedimiento democrático. Y por eso las leyes son válidas, incluso si a algunos nos parecen inmorales y erróneas. Sólo tenemos la posibilidad de revocarlas. ¿Y los criterios morales? Poco importa lo acertados que nos parezcan: no obligan a nadie. Lo hacen única y exclusivamente las leyes. Y, es más: un criterio “moralmente correcto” nunca debe situarse por encima de la Constitución. Esto es así en cualquier caso en un Estado de Derecho que funciona democráticamente”³⁵.

por completo inficionado por la moral y la política. Que es imposible, como incorrecto, pretender “leerlo”, sin realizar necesarias consideraciones sobre la moral y la política. Ello así, por un lado, porque nuestro derecho (Constitución) se encuentra abiertamente comprometido con valores y principios de moralidad. La tesis central que trata de demostrar es que el Derecho es un fenómeno esencialmente político, que tiene relaciones intrínsecas con la práctica política, algunas directas y otras a través de la moral. Por su parte ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, editorial Ariel, Madrid, 2001. Afirma que La necesidad de vincular el Derecho con la moral, si se quiere comprender (no sólo describir externamente) el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos y operar en ellos. El reconocimiento de una realidad como jurídica, como Derecho válido, no puede hacerse sin recurrir a la moral, puesto que la aceptación de la regla de reconocimiento del sistema implica necesariamente un juicio moral. Una teoría del Derecho verdaderamente interesante, que pretenda servir para la práctica, no puede limitarse a describir el Derecho desde afuera, sino que tiene que asumir, al menos hasta cierto punto, una perspectiva interna. Por último, observamos a FINNIS, John, *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017. En esta obra afirma entre otros aspectos que un teórico no puede proporcionar un análisis y descripción teórica de los hechos sociales a menos que él participe en la tarea de valorar, de comprender que es realmente bueno para las personas humanas y que se exige realmente la razonabilidad práctica.

35 *Ibidem*, pág. 122.

Respecto del fallo del Tribunal Constitucional Federal sobre la Ley de Seguridad Aérea, si es o no constitucional, el defensor afirma:

“Los jueces no han aclarado de manera explícita la cuestión de si un soldado incurriría en sanción al derribar un avión. Es importante que lo sepan, ya que son ustedes quienes van a juzgarlo ahora. Tal vez la misma ley haya sido inconstitucional, pero si Lars Koch debe ser castigado es otra cuestión a todas luces distinta”³⁶.

Si la vida humana es infinitamente grande, como afirman los jueces y la Constitución, una vida no podría sopesarse ni compensarse con otra vida, por lo que una vida vale tanto como diez, cien o cien mil, razona el fiscal. Este criterio va en contra del sentido común para el defensor y lo justificará con el principio del mal menor.

d) Políticas

Otra de las razones invocadas en la obra serán las razones políticas, en particular las situaciones de inseguridad, amenazas y violencia que padecen el Estado y que justifican salir al resguardo y defensa de los ciudadanos y del territorio.

La fiscalía, reconociendo la situación de inseguridad que padece el Estado, justifica con mayor fuerza la necesidad de recurrir a los principios del Estado de Derecho y la garantía del resguardo de los derechos fundamentales:

“Es cierto: nos amenazan por todos lados, nuestro Estado se encuentra expuesto a los mayores peligros y el mundo que nos rodea amenaza con desmoronarse. Pero es en esta situación cuando más debemos confiar en los principios del Estado de Derecho. Con el derecho sucede lo mismo que con la amistad: no vale la pena para nada si sólo existe cuando las cosas van bien”³⁷.

La defensa resalta que las circunstancias políticas que amenazan al Estado son las que justifican el accionar del imputado y, además, es una forma de afron-

36 *Ibidem*, pág. 128.

37 *Ibidem*, pág. 125.

tar los posibles atentados, además que, si lo condenan, dejarán un antecedente para que muchos terroristas continúen amenazando las vidas de persona ante la indefensión del Estado.

“Honorables miembros del jurado, si condenan hoy a Lars Koch, si ponen un principio constitucional cuestionable por encima de este caso particular, estarán diciendo con ello que no debemos defendernos de los terroristas. Tal vez tenga razón la fiscal, tal vez cosifiquemos de este modo a los pasajeros y tal vez les estemos arrebatando su dignidad. Pero debemos comprender que estamos en guerra. No es algo que hayamos escogido, pero no podemos cambiarlo. Y no hay guerras sin víctimas, incluso si hoy en día nadie quiere darse por enterado”³⁸.

Por eso termina diciendo que condenar a Lars Koch no protege nuestras vidas, sino a nuestros enemigos, a los terroristas y sus atentados más que a nuestras vidas.

Cita como ejemplo al vicepresidente de los Estado Unidos, Dick Cheney, cuando explicó al poco tiempo del atentado del 11 de septiembre de 2001 que había sido lícito derribar los aviones, porque era el mal menor.

V. Conclusión

En el presente estudio se ha tratado de ver el aporte que realiza la literatura analizada al derecho como agente axiológico o valorativo, al ampliar nuestra comprensión del derecho, mostrando la diversidad de cuestiones que aparecen involucradas en la razonabilidad práctica. En particular, se ha podido apreciar el reconocimiento y justificación de razones antropológicas, éticas y política, además de las estrictamente normativas.

En este sentido, se consideró la obra *Terror*, ya que, a través de un caso trágico judicial, pudo introducirnos a las valoraciones jurídicas del litigio, resaltando como las razones éticas o antropológicas, muchas veces son las mejores razones, como afirmaba Perelman. Si bien, muchos autores resaltan dilemas morales

38 *Ibidem*, pág. 130.

como la culpa, el castigo, la venganza, el aporte del autor alemán se ve en la formulación de tópicos como el mal menor para resolver una cuestión jurídica.

De esta manera, se plantea a través del dilema trágico³⁹, las relaciones y cuestionamientos entre el derecho positivo y las razones éticas que plantean el deber ser que nos aproxima a lo justo concreto del caso. En sintonía con esto, Claudio Magris afirma:

“La reflexión jurídica se enreda en la maraña entre el derecho correcto y el derecho éticamente justo; entre lo que pertenece al derecho en cuanto iussum, ordenado por una voluntad soberana, y lo que le pertenece en cuanto iustum, en cuanto justicia universalmente válida”⁴⁰.

Solo nos resta recomendar la obra *Terror*, como una auténtica reflexión jurídica en clave axiológica o valorativa.

VI. Bibliografía

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ATIENZA, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, editorial Madrid, Trotta, 2018.

DWORKIN, Ronald, “How Law is like Literature”, *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press, 1985, pp. 146-166.

DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, Madrid, Ariel, 2010.

DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.

FINNIS, John, *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

FISH, Stanley, *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Oxford: Clarendon Press, 1989.

FISH, Stanley, *Is there a text in this Class? The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge: Harvard University Press, 1995.

39 Sobre los dilemas o casos trágicos, LARIGUET, Guillermo, “Conflicto Trágico y Derecho. Posibles desafíos”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27 (2004), Págs. 317 y ss.

40 MAGRIS, Claudio, *Literatura y derecho. Ante la ley*, Madrid, Sexto Piso, 2008, pág. 26.

- FISH, Stanley, *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.
- GARAPON, Antoine y SALAS, Denis, *Imaginar la Ley. El derecho en la literatura*, Buenos Aires, Jusbaire, 2015.
- GARCÍA HUIDOBRO, Joaquín, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, México, UNAM, 2002.
- JAEGER, Werner, "Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos", *Revista de Estudios Políticos* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España).
- LARIGUET, Guillermo, Conflicto Trágico y Derecho. Posibles desafíos, *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27 (2004), Pág. 317 y ss.
- LEVINSON, Sanford y Mailloux, Steven, *Interpreting Law and Literature. A Hermeneutic Reader*, Evanston: Northwestern University Press, 1991.
- MAGRIS, Claudio, *Literatura y derecho. Ante la ley*, Madrid, Sexto piso, 2008.
- NUSSBAUM, Martha, *Poetic Justice: Literary Imagination and Public Life*, Boston: Beacon Press.
- NUSSBAUM, Martha, *La ira y el Perdón. Resentimiento, generosidad, justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.
- OST, François, "El reflejo del derecho en la literatura", *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), Alicante, págs. 333-348.
- PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos, *Poetry and the Law: An Interpretive Relation*, Tesis Doctoral, 2005.
- POSNER, Richard A., *Law and Literature*, Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- SOLAN, Lawrence M., *The Language of Judges*, Chicago, The University of Chicago Press, 1993.
- RADBRUCH, Gustavo, "Filosofía del Derecho" (editorial) *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1944.
- VON SCHIRACH, Ferdinand, *Terror*, Barcelona, Salamandra, 2019.
- VON SCHIRACH, Ferdinand, *Castigo*, Barcelona, Salamandra, 2019.
- VON SCHIRACH, Ferdinand, *Culpa*, Barcelona, Salamandra, 2012.
- VON SCHIRACH, Ferdinand, *Crímenes*, Buenos Aires, Salamandra, 2012.
- VON SCHIRACH, Ferdinand, *Tabú*, Barcelona, Salamandra, 2016.
- VON SCHIRACH, Ferdinand, *El caso Collini*, Buenos Aires, Salamandra, 2013.