

LITERATURA Y DERECHO: UNA LECTURA DESDE EMPATÍA
LAW AND LITERATURE: A READING FROM EMPATHY

Jurisprudencia

2022

Mateo Viveros Torres
Daniel Guillermo Deaza Acosta

Tutor: Jorge Iván Salazar

Universidad del Rosario
Bogotá D.C.

ÍNDICE

RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN.....	2
DERECHO Y LITERATURA	4
NUSSBAUM Y JUSTICIA POÉTICA.....	16
LA LEY DEL MENOR Y LA EMPATÍA	46
CONCLUSIÓN	62
REFERENCIAS	65

RESUMEN

La relación entre la literatura y el derecho es de suma importancia para entender los fundamentos de la disciplina jurídica y ha estado históricamente presente en el desarrollo de esta. En *Justicia Poética* Martha Nussbaum presenta una teoría sobre la empatía y su relación con el derecho. En la presente monografía se expondrá dicha teoría en conjunto con elementos narrativos de la *novela La Ley del Menor* de Ian McEwan, centrándose en tres casos presentados por el autor a lo largo de la obra. Se buscará problematizar determinados elementos de la teoría presentada por Nussbaum alrededor del uso de la empatía, así como examinar aspectos del quehacer jurídico que pueden ser observados a la luz de la mencionada relación.

Palabras Claves: Literatura y derecho; Teoría Jurídica; Razonamiento.

ABSTRACT

The relationship between literature and law is of the utmost importance in the understanding of the fundamentals of the legal discipline and has been historically present in its development. In *Poetic Justice* Martha Nussbaum presents a theory on fancy and its relationship with the law. In the present monography said theory will be exhibited together with the narrative elements of the novel *The Children Act* by Ian McEwan, centering in three cases presented by the author over the course of the book. The work will seek to problematize certain elements of

Nussbaum's theory surrounding the use of fancy, it will also examine aspects of the legal profession susceptible of being observed by the mentioned relationship.

Key Words: Law and literature; Legal Theory; Reasoning.

INTRODUCCIÓN

El derecho se relaciona constantemente con otras disciplinas del conocimiento. A lo largo de la historia se ha manifestado dicha relación, ya fuese en el pensamiento griego a través de las obras de Platón y Aristóteles o en la actualidad en movimientos que buscan relacionar la economía con el derecho o la literatura con el derecho. Los motivos detrás de esas relaciones son variados pero buscan mejorar la disciplina jurídica, brindándole elementos cognitivos que a veces chocan y a veces armonizan con esta. Detrás de estas relaciones hay un análisis por hacer que puede permitir mejores perspectivas para los abogados a la hora de acercarse a problemas o casos que desafíen elementos históricos del derecho y que pueden ser motivo de controversia dentro de las sociedades en las cuales las leyes y las decisiones que provienen de ellas existen. El comienzo de esta monografía consistirá de una exposición histórica de esta relación, se buscará traer a colación las variadas instancias en las que la literatura se manifiesta en el derecho y viceversa. El objetivo principal de esta sección será la de tener un estado del arte lo suficientemente extenso como para poder entender el marco de pensamiento en el cual se desarrollará el posterior análisis de dos obras que presentan aspectos claves de la relación.

En *Justicia Poética* Martha Nussbaum propone el uso de elementos narrativos y literarios propios de la novela moderna en la resolución de conflictos y formulación de

políticas públicas. Buscaremos presentar la mayor parte de esta teoría desde perspectivas actuales del derecho norteamericano y colombiano para obtener un mayor entendimiento de los conceptos planteados. A partir de este entendimiento se extrapolarán conceptos como la *empatía* o el *espectador imparcial*, que son desarrollados en la obra, y buscaremos hacer una crítica tanto a ellos como al papel de la literatura en el pensamiento jurídico desde conceptos jurídicos y filosóficos.

En *La Ley del Menor* Ian McEwan nos presenta con una novela que crea un universo narrativo que circula alrededor del mundo jurídico, examinando no sólo el proceso de casos en el sistema de cortes inglés, sino las relaciones que se generan a su alrededor y las personas que interactúan con este. El análisis de todos estos elementos no solo nos brindará una novela a través de la cual analizar la teoría de Nussbaum, sino que nos permitirá tener elementos de referencia alrededor de la sociedad en la cual fue escrita y de todos los problemas que surgen de ella.

La monografía busca aportar a la conversación que ha surgido históricamente entre estas dos disciplinas puesto que la problematización de elementos centrales de ambas nos permite analizar sus dificultades. Un mejor entendimiento de los problemas que surgen en el derecho al ser observado por herramientas literarias nos permite identificar los temas sobre los cuales debe existir una mayor discusión y los aspectos sobre los cuales nuestros esfuerzos como abogados deben centrarse. Un mejor entendimiento de los problemas que surgen en el análisis literario al contrastarlo con problemas jurídicos nos permite, a su vez, no sólo repensar los fundamentos cognitivos del análisis literario, sino que también nos recuerda la importancia del quehacer jurídico, la dificultad de sus problemas y el motivo por el cual puede resultar valioso para comprender las sociedades en las que vivimos.

DERECHO Y LITERATURA

Cuando se habla de la relación entre el derecho y la literatura, el imaginario popular los muestra como antípodas, el verso y anverso de la moneda; mientras que el primero refleja rigurosidad, formalismo y frialdad legal, lo segundo es la explicación, o el intento de explicar, la humanidad por medio de las letras, explicación cargada de sentimientos, el arte de escribir. Luego de esto, también se piensa en escritores como Franz Kafka, Charles Dickens o Sófocles. Pero esta relación no sólo se desprende de esta idea, viene desde la antigüedad. Cabe destacar como las expresiones literarias más antiguas, en diferentes culturas, se enfocan en tensiones sociales de problemas jurídicos: *Antígona* de Sófocles, *La Iliada* de Homero, *Las Euménides* de Esquilo, *Las mil y una noches* desde la antigüedad árabe o *Erik el Rojo*, todas estas obras además de relatar hechos de la antigüedad, también han sido estudiadas por teóricos que exaltan su relación con problemas jurídicos; *Antígona* es una de las obras más estudiadas por ser una tensión entre el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo*¹.

Una de las primeras apariciones de la relación entre literatura y derecho puede observarse en los pensamientos de Platón. A pesar de que en el momento en el cual Platón desarrolló los planteamientos no existiera un concepto formal del derecho, vale la pena observar esta primera relación puesto que se presentan varios de los pensamientos que hoy están relacionados con la literatura. La relevancia de esto se muestra cuando Platón expulsa a los poetas en *La República*: “la poesía tiene el riesgo de devolvernos a la infancia” (Platón, 2006, p. 252). Desde la opinión de Platón, se debe prohibir la presencia de los poetas en la *Polis* ya que:

¹ Para más información: *La venganza como prototipo legal en la Iliada* (Vásquez, 2011) *Literatura y Derecho Ante la ley* (Magris, 2009) o *Law & Literature* de (Posner, 2009).

Su arte es corrupto, mezcla lo verdadero y lo falso, exalta a todo tipo de personajes, sean héroes o miserables (...) En un Estado regido por la sabiduría de las leyes - afirma- no debe haber lugar para un arte que se nutre de la parte perversa del alma humana y que sólo explora lo sensible y lo placentero. (Platón, 2006, pp, 252)

Además, Platón vuelve a referirse sobre el arte en *Las leyes*, allí los legisladores prohíben la entrada de los dramaturgos a la Ciudad y les advierten que, si quieren entrar, deben pasar previamente por una censura que verificará si: “La obra es correcta y adecuada para ser entendida por el público” (Platón, 2002) ya que se considera que la ficción mal guiada puede llegar a ser un instrumento para pervertir a los ciudadanos y dañar así la armonía en la ciudad.

La función transgresora de la literatura dentro de elementos que hoy pueden ser vistos como jurídicos es algo que resonó profundamente en la filosofía de Platón. Entendía él las consecuencias que la imitación puede tener en los humanos:

Pero, si han de imitar, que empiecen desde niños a practicar con modelos dignos de ellos, imitando caracteres valerosos, sensatos, piadosos, magnánimos y otros semejantes; pero las acciones innobles no deben ni cometerlas ni emplear su habilidad en remedarlas, como tampoco ninguna otra cosa vergonzosa, no sea que empiecen por imitar y terminen por serlo en realidad. ¿No has observado que, cuando se practica durante mucho tiempo y desde la niñez, la imitación se infiltra en el cuerpo, en la voz, en el modo de ser, y transforma el carácter alterando su naturaleza? (Platón, 2006)

Desde los comienzos del pensamiento político occidental la literatura ha tenido una relación histórica con el derecho y con la manera en la cual se regula y normativiza la conducta humana, en especial por su capacidad de retratarla e influirla.

Las primeras relaciones son bruscas y toscas. Platón busca separar el derecho de todo lo relacionado con la literatura, ya que considera que el mínimo contacto haría entrar en peligro y en perversión a los legisladores, a las leyes y al Estado. No obstante, Platón no siempre atacó la literatura; cuando describe la colonia de Magnetos explica cómo es una sociedad que respeta el derecho, pero que esto se debe a que además de las leyes asisten los *preludios*. Estos *preludios* son de género lírico y buscan narrar la vida social, los principios de la vida común, la rememoración de los asuntos divinos que anteceden a las leyes (mitos y leyendas). Platón fundamenta la armonía de la colonia utópica con una base literaria; aunque él explica que es un asunto de ornamentación retórica, se puede pensar que en ese punto hay una armonía entre un reducto literario y el pensamiento platónico. Se muestra como el *preludio* es literario, pero explica la conexión entre las normas humanas y lo divino (Talavera, 2006).

La otra visión predominante en la filosofía griega puede observarse en Aristóteles, específicamente en la *Poética*, libro que expone su concepción de la poesía-literatura y de la representación. En esta la poesía no es vista desde la influencia que puede llegar a tener sobre las personas, busca analizar el concepto desde su existencia y las razones de ella, considerando que:

(...) dos causas, y ambas naturales, han generalmente concurrido a formar la poesía. Porque lo primero, el imitar es connatural al hombre desde niño, y en esto se diferencia de los demás animales, que es inclinadísimo a la imitación, y

por ella adquiere las primeras nociones. Lo segundo, todos se complacen con las imitaciones, de lo cual es indicio lo que pasa en los retratos; porque aquellas cosas mismas que miramos en su ser con horror, en sus imágenes al propio las contemplamos con placer, como las figuras de fieras ferocísimas y los cadáveres. El motivo de esto es que el aprender es cosa muy deleitable, no sólo a los filósofos, sino también a los demás, dado que éstos por breve tiempo lo disfrutaban. (Aristóteles, 1948)

De esta manera podemos observar que uno de los aspectos fundamentales de la concepción griega de la literatura estaba relacionado con la imitación, el texto nos dice que la literatura no es creada para moldear o corromper a las personas, la literatura existe porque el humano copia y aprende a través de la imitación, ya sea de personas nobles o vulgares. A pesar de que la relación entre el derecho y la literatura no se hace de forma explícita en la *Poética*, es evidente que una concepción estética de esta índole no implicaría ver la relación como algo transgresor o formativo, sino que nos permite observar la relación desde la perspectiva del aprendizaje, del desarrollo del conocimiento jurídico a través de la mimesis.

La relación entre el derecho y la literatura se puede ver desde la civilización escrita. En Roma se puede mencionar las leyes en verso de Licurgo y Gracón, o la ley de las XII tablas que usaba el verso, además de referir a Cicerón quién adoptó la redacción poética en su escrito sobre las leyes (Ost, 2004, pp, 43-44). En el Siglo XIX los hermanos Grimm buscaron impulsar y sacar adelante la idea poética de lo jurídico, denunciando el racionalismo de los códigos y buscando construir un derecho costumbrista y popular, que había permanecido oculto en los proverbios populares. Estos hermanos no solo

escribieron cuentos infantiles, sino que son autores de una gramática alemana y una agrupación de las costumbres jurídicas (Grimm, 2019, p. 11).

En la Modernidad, con modelos racionalistas del derecho natural y de los estados soberanos, el derecho giró en torno a los textos escritos; este hecho llegó a su culmen con la codificación, momento crucial en la historia del derecho donde se plasma en un papel la idea de igualdad, razón, clasificación y lógica que rodeaba a la sociedad. Todo el ordenamiento jurídico quería consolidar la utopía del legislador racional, omnipresente y todopoderoso, capaz de cubrir y regular todas las posibilidades de la vida (el mejor ejemplo de esto es el código napoleónico donde se buscó la mayor regulación del momento). La razón y la lógica eran los postulados del código. La razón y los cambios no solo se ven reflejados en el derecho, sino también se puede ver un ejemplo en la literatura; la figura de la ley, el juez y el legislador todopoderoso que controla y regula toda la sociedad, se puede comparar con la figura del narrador omnipresente que fue el protagonista de las novelas de la época, como puede ser *Madame Bovary* y *Los Buddenbrook*.

A la llegada del Siglo XX, la idea del “gran código legislativo” se diluye y entra la concepción de leyes especializadas que buscan ir rompiendo la figura del código; adicionalmente, al juez se le dio mayor poder frente a la ley y dejó de ser la “la boca por donde habla la ley”, como los había bautizado Montesquieu (1906, pp 237), se convirtió en un creador, un hacedor del derecho y no en un simple funcionario de la ley. Ejemplo de lo anterior puede ser el realismo jurídico norteamericano, donde se sostiene que la ley no es otra cosa que la profecía de aquello que dictaminó el tribunal; es decir, el verdadero hacedor del derecho es el juez, según esta teoría, y se le cataloga a la ley como una simple herramienta de la labor judicial. La destrucción de las jerarquías del derecho también

dialoga con cambios en la literatura, en la manera como se relata, se acaba la idea del narrador omnisciente, al igual que la unidad de perspectiva y la narrativa lineal. Llega el flujo de conciencia como estilo literario, surge el relato que discute con la manera tradicional como se entendía el tiempo de presente, pasado y futuro. La persona ya no es el centro ni el protagonista, llega la conciencia y el alma como ejes en la literatura. Ejemplo de esto puede ser la magdalena de Proust, el día del señor Bloom en Dublín y la tortura de La metamorfosis de Kafka. La literatura y el derecho buscan nuevas maneras de construirse, abandonando la mirada estructural. El Derecho y la Literatura comparten su evolución, mientras uno regula la sociedad, el otro la explica; ambas disciplinas van de la mano en su evolución.

En la novela *A sangre fría* de Truman Capote, el autor busca mostrar a los criminales y no únicamente al crimen, tiene la clara intención de indagar en la psicología de los individuos y los motivos por los cuales cometieron el asesinato de los Clutter. Respecto a esto, podemos observar en la novela el pasaje en el cual el autor ilustra los sentimientos de Perry Smith, uno de los implicados, cuando pone en palabras de una visitante de él lo siguiente:

Quería saber si yo había visto una película. No me acuerdo cómo se llamaba y de todos modos no la había visto: no me gusta mucho el cine. Dijo que la película pasaba en tiempos de la Biblia y que había una escena en que tiraban a un hombre por un balcón y caía sobre una multitud de hombres y mujeres que lo hacían pedazos. Y dijo que había pensado en eso cuando vio a la gente en la plaza. En el hombre destrozado. Y la idea de que quizá fuera aquello lo que iban a hacerle. Me dijo que le había entrado tanto pánico, que todavía le dolía el estómago. Por eso no podía comer. (Capote, 2006, pp, 162)

En otra parte del libro expone problemáticas sociales del momento: “A los ricos no los ahorcan nunca, sólo a los pobres y sin amigos”. Con respecto al derecho, observamos a *Furman v Georgia* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en esta sentencia la opinión mayoritaria expone: Sabemos que la discreción de los jueces y jurados imponiendo la pena de muerte permite la que la pena sea aplicada selectivamente, alimentando prejuicios en contra del acusado si él es pobre y despreciado, y carente de influencia política, o si es un miembro de una sospechosa o impopular minoría, y salvando a ellos que, por posición social, podrían estar en una posición más protegida (*Furman v Georgia*, 1971, pp, 255). Además, podemos observar que dentro de los insumos tomados por la corte para emitir el fallo está citado el recuento del guarda Lewis E. Lawes en su libro *20,000 Years in Sing Sing*, un relato autobiográfico y narrativo de su experiencia, que utiliza elementos literarios para exponer los principales horrores de la pena de muerte. Esta sentencia sacó del ordenamiento jurídico a los estatutos legales de varios estados con respecto a la pena de muerte, y gran parte de sus argumentos giraban alrededor de preocupaciones presentes en literatura de la época como la novela *A sangre fría* ya mencionada, o *Matar a un ruiseñor* de Harper Lee.

Continuando con la relación teórica entre literatura y derecho, F. Ost ha mostrado como el aforismo *Ex facto ius oritur* (El derecho nace del hecho) se debería reemplazar por *ex fábula ius oritur* (El derecho surge del relato) (Ost, 2004, pp, 19). El autor propone que se imaginen los argumentos legales como un tipo específico de trama que la sociedad misma ha convertido en un relato jurídico bajo una formulación imperativa, permisiva o prohibitiva. Luego, ante los tribunales este relato jurídico aceptado se rebate, se interpreta y se argumenta por unos personajes que construyen su relato (relato jurídico) de manera poética. Acá, Ost muestra como el derecho y la literatura están anclados en imaginarios

que la sociedad ha aceptado, que su relación es igual a un reflejo de un espejo. Esta idea, también se puede relacionar con el pensador holandés Johan Huizinga, quien en su texto *Homo Ludens* muestra al derecho como un juego de palabras aceptado por la sociedad. Huizinga explica cómo el lugar donde se disputan jurídicamente los conflictos son campos de juego, lugares de disputa:

Todo lugar en que se pronuncia justicia es un auténtico «tenemos», un lugar sagrado, que ha sido recortado y destacado del mundo habitual. El lugar es cuidado y exorcizado. El tribunal es un auténtico círculo mágico, un campo de juego en que se cancela temporalmente la diferencia de rango habitual entre los hombres (Huizinga, 2012, pp, 124)

Huizinga continúa el análisis de las relaciones lúdicas del derecho descifrando el rol del juez y la realidad de un juicio:

Pero la peluca de juez es algo más que una supervivencia de un viejo uniforme. En su función hay que considerarla como bastante cercana a las danzas de máscaras de los pueblos primitivos... La contienda jurídica puede ser considerada como un juego de azar, pero también como una carrera o una pugna de palabras (Huizinga, 2012, pp, 126)

Huizinga nos motiva a pensar las dinámicas judiciales como una disputa de palabras en un escenario preestablecido; uno se puede imaginar a los trovadores con su laúd o a los payadores argentinos en sus disputas. El juego del derecho como disputa de palabras es un llamado a la retórica, y a la remembranza de obras literarias antiguas como *La Iliada*. Con estos autores vemos una relación más amigable entre el derecho y la literatura, una relación de acuerdo entre la sociedad y su aceptación. Y ver el derecho

como un juego de palabras hace que la literatura sea una herramienta más para el desempeño mismo en la retórica jurídica.

Luego, la corriente del positivismo en la teoría jurídica del siglo XX, que tenía como meta el consolidar al derecho como una ciencia, redujo las interpretaciones a ejercicios de lógica jurídica y formalismo, alejando al Derecho de la Literatura. Pero los autores mencionados en esta parte del capítulo nos recuerdan una de las principales relaciones entre las disciplinas, ambas están diseñadas para contar un relato. Es decir, el litigante al hacer su demanda o su contestación lo que hace es escoger cómo narrar algunos hechos del pasado, dónde hacer mayor énfasis y esta idea de narrar bien un hecho también es una idea que tiene el escritor de literatura. La idea de hacer entrar al lector en la narración de un acontecimiento es una preocupación que ambas disciplinas comparten.

Pasando la década de los setenta en los Estados Unidos se empezará consolidar un movimiento en las escuelas de derecho así, reaccionando a la concepción de derecho y economía, surgió el movimiento de Derecho y Literatura². Un movimiento que combatía el modelo del abogado como científico, corriente que había cogido fuerza en los Estados Unidos, y proponía el modelo del abogado humanista. Reivindica las humanidades y su relación con el derecho, busca reconectar estas áreas. Dada la amplitud de la temática, este movimiento se ha dividido. Los autores han construido tres relaciones para abordar dichos temas, relaciones que se diferencian por el uso de los prefijos. Se pueden diferenciar tres grandes corrientes dentro del movimiento de Derecho y Literatura: el derecho *de* la literatura, el derecho *en* la literatura y el derecho *como* literatura.

² El punto de arranque de este movimiento fue el libro de James Boyd White (1973). Dos importantes trabajos pioneros son: Wigmore, J. (1908) y Cardozo, B. (1925)

El derecho *de la* literatura se relaciona al estudio del conjunto de normas tanto de orden civil como penal que regulan la producción y comercialización de literatura. Acá nos referimos, principalmente, a cuestiones de propiedad intelectual, derechos de autor y libertad de expresión³. Para las reflexiones de la investigación, no se centrará en lo relacionado al derecho *de la* literatura.

El derecho *en la* literatura se refiere a los estudios que se han desarrollado sobre los textos literarios donde la trama se destaca con cuestiones jurídicas. Cuestiones tales como la venganza, un crimen o lo traumático que puede desarrollarse un proceso judicial son ejemplos claros de temáticas literarias que directamente tienen relaciones con aspectos o instituciones jurídicas. El texto literario ofrece una representación, ficcional, del rol del derecho, del abogado y del juez. En esta relación del derecho en la literatura podemos encontrar cánones literarios de diferentes géneros como poesía, cuento y novela; escritores tales como Kafka, Dickens, Miguel de Cervantes, Sófocles, Shakespeare, Dostoievski, Rubem Fonseca, Ferdinand Von Schirach, entre otros. Esta rama de los estudios considera que las obras literarias brindan un reflejo acerca de los problemas jurídicos, y los abordan de una manera diferente a como se puede encontrar en la literatura académica o legal: “La literatura nos ofrece, según esta corriente, un lugar privilegiado para llevar a cabo una reflexión crítica acerca de las instituciones jurídicas y de la función social de los juristas” (Talavera, 2006, pp, 15).

La tercera corriente que se ha desarrollado en los estudios de Literatura y Derecho es el derecho *como* literatura. Esta corriente busca explorar las características narrativas que comparten las dos disciplinas. Se ha hablado de cómo ambas disciplinas usan el texto

³ Los derechos de autor se encuentran regulados en nuestro país por la Ley 23 (1982) y la Decisión Andina 351 (1993); La libertad de expresión se ve en el Artículo 20 de la Constitución Colombiana (1991).

como vehículo para poder transmitir las ideas. Además, se ha analizado la función retórica del derecho y su objetivo de persuasión (Binder & Weisenberg, 2000). Acá la narrativa juega un papel central en los estudios. Algunos autores han visto al derecho como un creador de historias por medio de la palabra, como la literatura, y se resalta la idea de contar una historia. Algunos han visto también al proceso como una competición de narrativas que terminan siendo resuelta por el juez (Conti, 2000; Huizinga, 2012; Stratton, 2003). Otros autores han argumentado que el hecho de narrar historias no sólo se limita a los hechos, como se dijo anteriormente, sino que toma parte de la decisión. Además, algunos pensadores han mostrado como una de las funciones de la narrativa es que le da voz a los grupos subalternos o marginales que por un discurso legalista no se han visto identificados completamente (Below, G. & Minow, M., 1989). Ejemplo de lo anterior puede ser la escritora Toni Morrison, la cual por medio de su literatura ha buscado concientizar a la sociedad de los problemas tanto raciales como de clase que han vivido los afrodescendientes en los Estados Unidos⁴. Complementando lo anterior se desprende la otra manera de ver el derecho *como* literatura: los que ven las narrativas como un puente para la humanización del Derecho (Bruner, 2002, pp, 47-48). Esta corriente de Literatura y Derecho tiene conexiones importantes y amplias con otras disciplinas como son la semiótica, la retórica, la argumentación y la teoría crítica del derecho.

Obras como *The Legal Imagination* de James Boyd o *Justicia Poética* de Martha Nussbaum muestran cómo el juez al ver el derecho como literatura debe imaginar cada vez que interactúa con escritos legales, principalmente con procesos, y ve como este juez a la hora de crear sus decisiones no solo debe ver la fría ley, sino, debe ser, como se verá

⁴ Para mayor información: Ojos azules, Morrison (2021), *Beloved* (2012) o *Jazz* (2000)

con Nussbaum, un juez poeta. Aquella persona que busca no solo crear fallos legales, sino que busca y ampara la justicia y la democracia desde la empatía.

Ronald Dworkin enfoca sus análisis hacia la rama del derecho *como* literatura. En su ensayo *Cómo el derecho se parece a la Literatura*, ofrece su tesis central sobre la relación de estas dos disciplinas, Dworkin considera que la interpretación artística puede ayudar a comprender la naturaleza de la interpretación jurídica y que ésta, una vez clarificada, podrá servir como paradigma para comprender la tarea de interpretar. Para ello, el autor plantea una doble analogía: los jueces con los escritores en cadena y los teóricos del derecho con los críticos literarios. El propósito es superar los puntos de vista radicales: el positivismo jurídico que concibe las normas como proposiciones meramente descriptivas de una situación de hecho y, por otro lado, las teorías iusnaturalistas dogmáticas que califican al derecho positivo como una mera transcripción del derecho natural. Ambas corrientes, en sus polos opuestos, ven al Derecho como un hecho, sin más; un hecho inscrito a la naturaleza o un hecho institucional. La idea de Dworkin es considerar el derecho como una *práctica social interpretativa* generando así una división entre lo descriptivo y el ejercicio del jurista; por un lado, ve la ley como un elemento que describe una historia, mientras que las sentencias buscan generar interpretaciones del hecho. Dworkin se fundamenta en la teoría de la hermenéutica para ver las reglas y las prácticas que se van generando por las interpretaciones que surgen en la vida jurídica (Dworkin, 1996). Con lo que propone el autor, uno podría considerar que el derecho no es sino un tipo particular de relato literario, cuya comprensión e interpretación podría perfectamente abordarse con los instrumentos propios de la crítica literaria.

Adicionalmente, en la actualidad ha empezado a surgir una nueva corriente que busca complementar los estudios en literatura y derecho. Esta rama es la *Literatura en el*

Derecho. Esta corriente explora el uso de recursos literarios en escritos legales, principalmente en sentencias. Este análisis ha sido denominado por algunos como Jurisprudencia Literaria (Hoyos, 2014). Este enfoque cuenta, desde una perspectiva descriptiva, casos jurídicos en los que se usan recursos literarios (Citas o referencias). La Jurisprudencia literaria muestra los autores y las obras más usadas por los jueces, el número de citas; o el motivo por lo que se cita. Por su parte, este enfoque, desde una perspectiva analítica o crítica, da cuenta, entre otros, de los impactos que pueden tener estos recursos en los textos legales; cuáles son las posibles razones por lo que esto sucede; por qué y para qué se hace; o si debe hacer uso o no de estos recursos literarios en el derecho. Estos estudios sobre la literatura en el derecho se han desarrollado en países como Perú, Estados Unidos, Colombia, Reino Unido o, incluso, sobre decisiones de las cortes europeas. En Perú ha sido comentado el caso del Juez Miguel Torres Méndez, quien hizo uso de un pasaje de *Alicia en el país de las maravillas* dentro de una decisión de la Sala Civil de la Corte Suprema del Callao. En Colombia, se ha dado cuenta del uso de recursos literarios en distintas decisiones de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado entre 1990 y el 2013. En Estados Unidos, ha habido más de un estudio sobre el uso de citas o referencias literarias en decisiones judiciales. Algunos de estos estudios se han centrado en el uso de ciertos autores en decisiones judiciales. Por ejemplo, Potter (2005) analiza el uso de la obra de *Franz Kafka* por parte de jueces estadounidenses. Según sus hallazgos, la obra de Kafka había sido citada en al menos 400 decisiones desde el año 1962 (p. 195).

NUSSBAUM Y JUSTICIA POÉTICA

Una de las principales figuras de la relación entre literatura y derecho es la pensadora estadounidense Martha Nussbaum. De manera general se puede afirmar que su obra ha buscado defender la democracia y sus principales postulados desde las humanidades. La pensadora estadounidense ha identificado como, en los últimos tiempos, se ha manifestado una crisis de las humanidades, las cuales han sido relegadas a cambio de énfasis técnicos y económicos en la sociedad; conocimientos que, según ella, lo que hacen es quitarle humanidad a la sociedad actual.

Martha Nussbaum parte de la anterior preocupación y defiende cómo las humanidades deben ser el eje para una sociedad democrática que busque respetar y defender las minorías y el ejercicio libre de la ciudadanía. En el texto *Sin fines de lucro* se recogen la mayoría de los planteamientos expresados anteriormente, muestra cómo las humanidades no deben ser relegadas por aspectos técnicos y económicos, ya que ello pone en riesgo la idea de democracia que defiende y promueve la ciudadanía. Nussbaum explica cómo en la crisis de humanidades lo que se pierde es la capacidad de ver a los demás como personas, y no solo como objetos que encajan en una máquina productora de capital. Las humanidades lo que fomentan son las capacidades para que el respeto por el otro, la empatía, se consoliden, y este respeto por las diferentes maneras de pensar es la principal característica de la democracia. El formar buenos ciudadanos llevará a que los otros aspectos, como puede ser la economía, se consoliden y vayan de la mejor manera, pero no se puede ver la obtención de capital como el fin mismo de la sociedad (Nussbaum, 2010). La preocupación presente en la mayoría de las obras de Nussbaum se manifiesta al comienzo de *Sin fines de lucro*:

Dado que todas las naciones buscan con tanto afán el crecimiento económico, principalmente en este momento de crisis, estamos haciendo muy pocas preguntas sobre el rumbo de la educación y, por ende, el de las sociedades democráticas. Con la urgencia de la rentabilidad del mercado global, corremos el riesgo de perder ciertos valores de importancia enorme para el futuro de la democracia (...). (Nussbaum, 2010, pp, 25).

Nussbaum ha demostrado cómo las Humanidades fortalecen la capacidad de reconocer a los otros ciudadanos como personas con los mismos derechos que uno, y de contemplarlos con respeto; las humanidades hacen que los individuos se vean como fines en sí mismos, y no como medio para adquirir capital o para mantener una estabilidad en el sistema capital.

Un movimiento paralelo al de *Law and Literature* fue el de *Law and Economics*. Para entender el rol de cada movimiento se iniciará por explicar *Law and Economics* y luego mostrar cómo el movimiento *Law and Literature* fue una respuesta desde las humanidades. *Law and Economics* fue un movimiento que empezó en la década de los 70 y buscaba pensar en el impacto que podía tener en la economía una ley determinada o una institución jurídica, de allí se plantearon ideas en las que se creía que la armonía del derecho surgía de que este tuviera impactos moderados en la economía. En algún punto se llegó a pensar que el impacto económico primaba por encima de las cuestiones sociales, por una racionalidad económica se ocultaron otros impactos del derecho.

Algunos académicos, producto de la visión económica del derecho, y del perfil del abogado-economista, respondiendo desde las facultades de leyes de los Estados Unidos, decidieron unirse para crear un interés en común y consolidar el movimiento *Law*

and Literature y el perfil del abogado-humanista; desde esta corriente se promueve el uso de la literatura para que los operadores del sistema legal sean más empáticos con un enfoque humanista. El movimiento *Law and Literature* no generó solamente el surgimiento de innumerables cursos sobre el tema, la inserción de tal disciplina en los programas universitarios y la inauguración de centros e institutos de investigación, sino también una gran difusión en otras áreas del conocimiento, con la creación de nuevos departamentos académicos, considerando que el objeto de estudio en relieve se mueve en un campo de investigación interdisciplinario, que trasciende los límites propios del derecho (Chueri, 2006, pp, 234).

Martha Nussbaum expone la teoría del Derecho y Literatura:

Defiendo la imaginación literaria precisamente porque me parece un ingrediente esencial de una postura ética que nos insta a interesarnos en el bienestar de personas cuyas vidas están tan distantes de la nuestra. Las emociones del lector o del espectador son esenciales para un buen juicio ético. Estas emociones contienen una vigorosa, aunque parcial, visión de la justicia social y brindan poderosos motivos para la conducta justa (Nussbaum, 1995).

El postulado que construye Nussbaum tiene un contexto y un espacio determinado y es la consolidación del abogado economista desde las facultades de derecho; no se quiere criticar dicho énfasis, pero sí se espera resaltar que el objetivo de Nussbaum es detener ese tránsito a solo preocuparse por el efecto económico de lo jurídico y proponer el camino hacia un derecho que responde al ser humano y que debe promover la idea de justicia que protege a las minorías. Para Nussbaum, la literatura construye la aptitud para poder interesarse por la vida de los otros, de entender la consecuencia que cada política

pública implica para las oportunidades y las experiencias de los demás ciudadanos. La literatura, y las humanidades en general, invitan a imaginar una variedad de cuestiones que afectan la vida humana en su desarrollo y reflexionar el ser humano y su dignidad como un fin, saliendo del estereotipo de que la economía y la ganancia de capital sea el fin principal (Nussbaum, 2010).

Nussbaum en su postulado considera que la literatura, principalmente la novela, construye y fortalece la capacidad imaginativa del abogado, o actor jurídico, la novela hace que la vida de los personajes se vuelva más cercana al lector. La novela sirve como eje de la reflexión moral. Las novelas, según Nussbaum, llevan al lector a encontrar las realidades humanas enfrentadas a los obstáculos de algunas sociedades, por ello las novelas y sus contextos son clave para la reflexión (Nussbaum, 2017). Acá no es necesario solo contar una historia, sino que el relato debe estar compuesto por aristas que reflejan circunstancias donde la humanidad está al límite; donde se pueda ver la situación de los ciudadanos que son afectados por la sociedad.

Así, es claro que Nussbaum trajo a la mesa varios elementos fundamentales para un estudio a fondo de la relación entre el derecho y la literatura. Sus postulados van desde el recurso de la literatura como instrumento de reflexión crítica, hasta la relación que puede surgir del derecho, de lo jurídico y de la literatura, incluyendo su apelación a la “imaginación literaria” como herramienta válida para los jueces, los abogados, los legisladores y los políticos cuando buscan construir narrativas e ideas de la sociedad. La obra emblemática de Nussbaum, sobre la relación de la literatura y el derecho, es *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, el punto de partida de ella para responder dentro de las Universidades de los Estados Unidos a la corriente *Law and*

Economics y a postulados como los de Richard Posner que pretendían, desde su posición crítica al uso de literatura y derecho, mostrar cómo la literatura no puede ser interpretada como fuente principal para la conducción de análisis jurídicos.

A través de un estudio detallado de *Justicia Poética*⁵ podremos presentar un amplio campo teórico sobre el cual construir una interpretación crítica del concepto de empatía que se plantea en el libro y que es utilizado para fundamentar gran parte de las relaciones entre derecho y literatura. A partir de un entendimiento completo de la empatía como elemento teórico, podremos colegir el impacto que tiene su presencia en aspectos tan relevantes como decisiones judiciales. Un estudio de *Justicia Poética* nos permitirá analizar todos sus conceptos a las luces de la novela de Ian McEwan *La Ley del Menor* (2015) y tener un mejor entendimiento de los límites y las formas en las cuales la empatía y la literatura puedan aplicarse a decisiones judiciales. De esta manera procederemos a presentar la estructura argumentativa de Nussbaum en este libro.

En *Justicia Poética*, Martha Nussbaum hace un recuento de la relación que hay entre la imaginación literaria y el concepto de justicia -algo que relaciona casi siempre con el aspecto judicial del concepto- utilizando para esto ejemplos tanto de la literatura como de la jurisprudencia norteamericana. Se pueden observar desde el principio elementos claves para las relaciones que hemos planteado, para comenzar a entender el concepto de empatía tal y como ella lo plantea y los límites que ve en este. Resultará necesario entonces elaborar lo planteado para entender la aplicación que esto puede tener en la novela de McEwan.

⁵ Como será referenciado el libro *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life* de acá en adelante

En el primer capítulo Nussbaum busca hacer énfasis en la naturaleza transgresora que puede tener la literatura tanto en la sociedad en general como en las personas en específico. Hace énfasis en la novela como vehículo de transgresión, en su relevancia para hacernos preguntar lo que nos podría pasar a nosotros como humanos, llevándonos a hacer preguntas sobre si lo plasmado en estas obras nos podría pasar a nosotros, sobre cómo reaccionaríamos en muchos casos que, a pesar de ser ficción, tocan aspectos reales de nuestra condición. Es decir, nos invitan a asumir posiciones hipotéticas, algo que, según veremos, resulta crucial para el pensamiento jurídico y la aplicación legislativa. La literatura es importante como elemento perturbador puesto que nos desconcierta con emociones y problemas que muchas veces no pueden ser presentados tan efectivamente por muchas ciencias sociales.

Frente a la prevalencia de la novela en este análisis, Nussbaum hace énfasis en la naturaleza dialéctica que ofrece el contraste entre la experiencia subjetiva del lector, los inevitables temas que buscan ser planteados por el autor, asuntos universales que pueden ser contrastados con la mencionada subjetividad y, como componente necesario para que esta lectura pueda llegar a ser un componente de la vida pública, la conversación de estos temas con otros lectores; el diálogo de la moralidad y de la filosofía integrada en la novela. Además de lo anterior, menciona el aspecto restringido que su teoría plantea, que la aplicación de la literatura debe ser la de una herramienta que puede ser utilizada por otras disciplinas, no como un elemento que busque abarcar la totalidad de los problemas humanos.

En esta introducción a la relevancia de la literatura aparece uno de los ejemplos que se demostrarán cruciales en su argumentación posterior: *Tiempos Difíciles*, la novela

de Charles Dickens sobre la revolución industrial. De ésta sacará argumentos tanto del narrador mismo como de sus varios personajes, centrándose especialmente en el pensamiento económico del señor Gradgrind, ya sea en lo que respecta a sus pensamientos sobre la aplicación del pensamiento económico en otras disciplinas como la educación, o en el impacto de este en la formación de políticas públicas.

La argumentación en *Justicia Poética* apunta a desvirtuar pensamientos utilitaristas como los de Gradgrind y su relación tanto con la medición del bienestar de la población, como con el pensamiento racional de un buen juez o pensador jurídico. La relación de la economía y de la literatura con estos dos aspectos forma parte de la argumentación a partir de la cual Nussbaum buscará establecer las bases críticas de su concepción sobre la relación entre literatura y derecho, así como la limitación que ella misma plantea para el desarrollo del concepto de “empatía” y las aristas públicas de la imaginación literaria. La novela jugará un papel importante en entender cómo la literatura permite desarrollar conceptos y capacidades morales para que los ciudadanos y servidores públicos puedan realizar mejores evaluaciones de decisiones jurídicas y políticas.

La aplicación de los conceptos planteados por Nussbaum presenta tres puntos sobre los cuales, plantea, se ha generado mayor controversia y discusión. En la resolución de estos aspectos se puede ver el centro de la argumentación. En primer lugar, se encuentra con el pensamiento de que la imaginación literaria no es científica e incluso subversiva del pensamiento científico en lo social. Posteriormente, discute sobre la irracionalidad de la literatura en su compromiso con las emociones. Finalmente, ve la compaginación entre elementos jurídicos como la imparcialidad con la imaginación literaria y la interpretación de la figura del juez.

Primer punto

En lo que respecta a la crítica centrada en la noción de que la literatura no presenta elementos científicos o los intenta subvertir, Nussbaum comienza con la exposición de una de las manifestaciones centrales de lo científico en los diversos criterios jurídicos: el movimiento de la economía en el derecho. Al momento de desarrollar su argumentación, aclara que hoy en día la aplicación de conceptos económicos en las distintas áreas del pensamiento jurídico se hace, principalmente, por medio de concepciones utilitaristas que han sido desarrolladas para buscar la evolución de la teoría básica de obtener el mayor bienestar posible para la población.

Dentro de los principales elementos a desarrollar destaca: 1) la idea de que todas las cosas pueden ser valoradas cuantitativamente y se resumen en una escala que diferencia solo cantidad y no calidad 2) la evaluación de resultados sociales a partir de la agrupación de datos sobre las vidas de diversos individuos 3) el compromiso de llevar la razonabilidad social a buscar la mayor cantidad de algo (PIB, capacidades, placer, etc.) 4) la caracterización de las preferencias de las personas como algo que puede ser modificado según el modelo a utilizarse y no como mundos propios gobernados por sus reglas y modelos.

En la naturaleza de estos sistemas de análisis de comportamientos, decisiones y preferencias, se encuentra el principal contraste con la teoría literaria, la aplicación de la economía en lo jurídico se limita a observar la utilidad de una persona, así como sus deseos o placeres; sin tener ningún interés posterior en el desarrollo de la persona. El modelo contemporáneo de las concepciones económicas con una visión explicativa o predictiva de la economía busca predecir el comportamiento en las decisiones racionales

de los individuos en la sociedad. La manera en la cual estas decisiones serían llevadas a cabo para este modelo estaría alineado con la maximización del interés propio del individuo, alejándose del altruismo o pensamientos similares. La influencia de estas concepciones sobre la toma de decisiones se ha trasladado a diversas políticas públicas y normativas que dominan los Estados en la actualidad; ello ha llevado a que la aplicación de diversos principios económicos sea visto como un sinónimo de pensamiento correcto y racional en casi todos los aspectos de la vida. Para Nussbaum esta concepción se resume en *Tiempos Dificiles*, la “Economía Gradgrind”, que apoya el traspaso de elementos cualitativos de las personas al plano cuantitativo, sin ver mayor diferencia busca la abstracción de todo lo humano que no pueda ser concebido por fórmulas matemáticas; es decir, toma las concepciones y principios económicos y los vuelve universales.

Observando los efectos que las concepciones económicas del derecho y de la vida tienen sobre las personas, Nussbaum procede a criticar la misma idea de que la aplicación de criterios científicos para todo es deseable o incluso necesario. Busca relacionar conceptos como la búsqueda de la “maximización de los deseos humanos” o “el desarrollo de una solución única para cualquier problema humano” y analizarlos a la luz de la literatura y su manera de observar las cosas. Frente a esto, elabora conceptos sobre las dificultades que un modelo de pensamiento estrictamente económico puede presentar, exponiendo como elemento central la pérdida de capacidades empáticas. La abstracción planteada lleva a que las personas siempre sean pensadas como un conjunto, que sus deseos y decisiones sean socializadas en moldes creados por personas que en muchas ocasiones poco saben sobre los deseos de las personas para las cuales están tomando sus decisiones, asumiendo que los trabajadores (en *Tiempos difíciles*) van a querer los mismos lujos que ellos y tener como sueño la vida que ellos llevan. La crítica se concentra

sobre este aspecto, las actividades que son percibidas como científicas en su aplicación (teorías económicas) en realidad se alejan de muchos de los supuestos necesarios para un verdadero pensamiento científico. Partiendo de que la ciencia busca todos los hechos relevantes para lidiar con cualquier problema, al eliminar el entendimiento verdadero del sufrimiento y la vida en general al desechar la empatía, no se tiene la totalidad de los datos y sus resultados serían inadecuados. La empatía se necesita para el desarrollo de cualquier teoría que busque explicar o encaminar comportamientos humanos.

Una vez la idea de la aplicación económica ha sido desarrollada, procede a contrastarla con la manera en la cual la literatura, y en particular la novela, pueden acercarse a los mismos problemas. En este aspecto no se busca la separación de las disciplinas sino el desarrollo de delimitaciones (de ambas partes) para que puedan complementarse.

La concepción de novela, que será desarrollada por Nussbaum, presenta personajes con vidas internas complejas y psicologías profundas que llevan a que compartan sus perspectivas sobre cualquier evento que ocurra en ellas y a que lo hagan de forma única a su historia. La felicidad y la tristeza de las personas se desarrolla en su vida y son ellos quienes deciden y lidian con lo que se presente. La novela no solo expone las profundidades morales, filosóficas y sentimentales de los individuos retratados en ellas, sino que nos permite (y muchas veces insta) imaginar cómo los demás aspectos de su vida serían a sus ojos, la empatía por medio de la intriga. La humanización de otras personas que viven condiciones drásticamente distintas a las de otros, por medio de historias sobre sus aspiraciones y el contexto en el que viven, puede llevar a que los pensamientos y las actuaciones que les afecten sean llevadas con mayor respeto.

El elemento central para entender la relevancia que la novela tiene en este aspecto es denominado por Nussbaum como *Fancy*, éste implica hasta cierto punto la capacidad de una “imaginación metafórica”, es decir el ver algo en el otro y ver algo como el otro. Dado que lo descrito puede abarcar muchos conceptos como la simpatía, la empatía o la compasión, es más claro delimitar la capacidad descrita y los efectos que puede tener sobre las personas en la palabra *empatía* y entender que en adelante va a implicar todos los planteamientos discutidos. La empatía resulta absolutamente necesaria para el desarrollo de cualquier relación entre la literatura (o cualquier clase de representación) y escuelas del pensamiento como el derecho, la economía, y similares. Se entiende que la capacidad de discernir entre la realidad y la representación, así como de relacionarlos en el contexto en el cual se presentan -ya sea la interpretación metafórica de algo de la naturaleza que haya sido representado artísticamente, sea traído al mundo real como ejemplo en alguna argumentación, o la posibilidad de abstracción al momento de imaginar sentimientos de personajes que hayan sido productos de la imaginación de alguien más- está relacionado con la novela y sus capacidades transgresoras.

La aplicación de la empatía en la observación el mundo y los problemas que presenta muestra que no todo en la vida humana tiene un uso, que se pueden observar cosas separándolas de su valor económico o social. La complejidad de una visión empática de la humanidad nos permite tener una aplicación de la razón que no sea vacía, que permita desarrollar o entender más los deseos y vidas de las personas objeto de su análisis. En otras palabras, para Nussbaum, la empatía debe ser un complemento que amplíe la base interpretativa utilizada por disciplinas como la economía, la teoría política o la filosofía moral. Se entiende que la oposición planteada no es hacia el uso de la razón,

sino hacia concepciones racionales erradas en las cuales los elementos científicos son ignorados en favor de la eficiencia en la información que pueda ser obtenida.

La mejor manera para plasmar la relevancia de los aspectos literarios como complemento de las deficiencias de las teorías económicas, puede encontrarse en la diferencia entre la medición de ciertos deseos materiales y la observación de las capacidades de funcionamiento de las personas. La idea, expuesta por el economista Amartya Sen, nos lleva a ver el desarrollo de la vida a través de la adecuación de la estructura económica a la manera de vida que las personas en específico buscan llevar, no únicamente por las posibles recompensas económicas que puedan recibir. Claros ejemplos de lo anterior pueden observarse en la adecuación de una ciudad a personas con movilidad reducida, o los cambios culturales que hay entre naciones, territorios o grupos poblacionales. Sin embargo, el desarrollo último del concepto de las capacidades terminó en la creación del Índice de Desarrollo Humano por parte de Sen (y la ONU), este nos muestra cómo, aún una versión más profunda y empática del utilitarismo puede terminar en la estandarización universal de criterios de desarrollo; se observa lo complejo que puede ser esta relación cuando en el desarrollo de políticas centradas en las capacidades continúan otorgándole relevancia a aspectos estáticos. (Stanton, 2007).

Segundo Punto

La literatura está relacionada con las emociones, las obras literarias generan en quienes interactúan con ellas sentimientos de miedo, felicidad, enojo e incluso de duelo. La emoción plaga todo texto literario, los personajes sufren y son imperfectos precisamente para que las personas puedan identificarse con ellos, sufrir con ellos o sentir felicidad con ellos. Escritores como Posner presentan esta situación para justificar el

análisis utilitarista de los comportamientos como el elemento diferenciador entre lo que es racional o no, reduciendo decisiones complejas a ser vistas como racionales o irracionales dependiendo si buscan maximizar la satisfacción de quien la toma o no. Contrarrestar ideas como las de Posner significa la reivindicación de las emociones dentro de los aspectos públicos y jurídicos de nuestras vidas, lo cual implica que este es uno de los elementos centrales en el entendimiento de los planteamientos de Nussbaum.

La gran mayoría de análisis de las emociones las describen como las motivadoras de las actuaciones más “irracionales”⁶ en los seres humanos. Para contrarrestar este pensamiento, Nussbaum plantea respuestas concretas a los puntos más sensibles de los análisis y busca proponer un espacio público de las emociones.

Para entender la naturaleza de las emociones y alejarnos de la concepción simplista de ellas como irracionales, Nussbaum elabora sobre la distinción que se debe hacer entre impulsos físicos como el hambre y la sed, y emociones como el amor, el duelo, el miedo o la rabia. La distinción, planteada por filósofos como Platón, Aristóteles, los estoicos, Spinoza y Adam Smith, especifica que las emociones contienen una dirección, un objeto el cual es visto y descrito por esa emoción de alguna manera. Nussbaum elabora que la manera en la cual se observe a esta persona u objeto es intrínseca a la naturaleza de la emoción que se esté manifestando sobre este. Las emociones surgen a partir de

⁶ La vasta cantidad de términos o descripciones utilizados para delimitar el concepto de las emociones llevan a que Nussbaum catalogue estos bajo el término de “irracionalidad”, para claridad se entiende que las principales percepciones sobre las emociones son: 1) las emociones son fuerzas ciegas que tienen nada (o poco) que ver con el razonamiento, 2) las emociones están muy relacionadas con los juicios, así el problema no es que las emociones sea fuerzas ciegas que no permitan un juicio, sino que los juicios que se emiten son falsos al otorgarle un valor demasiado alto a personas y eventos externos a la voluntad racional de la persona o a su virtud, le otorgan demasiada relevancia a las corrientes del mundo y no a la estabilidad interna, 3) las emociones se concentran en las relaciones que una persona tiene con objetos y personas cercanas a ella, las emociones siempre tienden a ser personales y a mantenerse en una referencia de primera persona, dándole de esta forma una relevancia mayor a la vida de algunas personas sobre la vida de otras no tan cercanas, 4) las emociones están excesivamente relacionadas con lo particular y no con unidades sociales a gran escala como las clases, las novelas y las emociones que expresan están comprometidas con un individualismo burgués y no pertenecen a espectros públicos.

percepciones que las generan y que a su vez se ven afectadas por ellas, si una persona es percibida por otra como especial e importante, puede desarrollarse el sentimiento del amor y a partir de esa percepción, el resto de las percepciones sobre esta persona son afectadas por el sentimiento. En últimas, las emociones son maneras de percibir, de entender el mundo. Siendo las emociones asuntos de percepción, se debe hablar de los motivos de su creación, al respecto hay muchas posturas, pero todas están de acuerdo en que las emociones nacen a partir de creencias sobre el mundo; uno experimenta miedo si cree que algún daño puede acaecer sobre un ser querido, o rabia si cree que alguien ha causado un daño que recae sobre uno. Las creencias están directamente relacionadas con las emociones que se generan a partir de ellas. La racionalidad o irracionalidad de las emociones y su capacidad o incapacidad de entablar una relación con el universo jurídico se pueden diferenciar en este punto. Una persona puede tener creencias irracionales que están basadas en apreciaciones incorrectamente analizadas y tener razón, o puede tener creencias racionales, surgidas de un análisis adecuado de los elementos cognitivos presentes y estar equivocado. Las creencias para existir requieren de juicios que pueden ser perfectamente racionales o no, pero su misma naturaleza no es irracional. Al basarse las emociones en esta estructura cognitiva entendemos que la fundamentación de ellas no es inherentemente irracional. El alcance de este sistema de pensamiento, explica Nussbaum, se manifiesta claramente en los sistemas penales. Un ejemplo de lo expuesto se encuentra en el Capítulo II del *Código Penal Colombiano*: “de los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad”, este contiene varias estipulaciones en las cuales tiene en cuenta situaciones como la “ira o intenso dolor”, obrar por “temor intenso” o por “situaciones altruistas” y demás acápites en los cuales se tiene en cuenta la relación entre una reacción emocional adecuada y racional frente a una situación y los elementos

punitivos que se tendrán en cuenta a la hora de aplicar la pena (Ley 599, 2000). Desde la perspectiva del derecho anglosajón, la autora expone que esta tradición trata a las emociones como elementos del carácter de la persona y no como fuerzas ciegas que eliminan por completo la voluntad. Así, es claro que los elementos de racionalidad son aplicables a las actuaciones de los humanos cuando se trata de analizar las emociones en aspectos jurídicos.

Entendiendo que en las emociones siempre hay un elemento cognitivo que moldea lo volitivo y emocional dentro de una persona, se supera el problema de considerarlas siempre faltas de pensamiento o de análisis. El siguiente punto que trata Nussbaum está relacionado con las motivaciones emocionales. Uno de los problemas que puede surgir al lidiar con la aplicación de elementos emocionales en la esfera legal o pública nace como consecuencia de la teoría sobre los elementos cognitivos explicada. A pesar de que los elementos de reacción ante una creencia pueden ser vistos como racionales o no, la existencia de creencias relacionadas con la necesidad de cosas que provienen de terceros o en general de cualquier cosa exterior a su propia voluntad siempre se verá involucrada. Los argumentos anteriores son desarrollados por la corriente estoica y concluyen que el hombre debe ser desapegado de todo lo ajeno a su propia voluntad y que debe cumplirlo restándole importancia a las creencias que permiten un comportamiento contrario. Lo complejo de esta línea de pensamiento es que se sustenta en principios de autosuficiencia y desapego que pueden resultar controversiales.

El sustento del pensamiento estoico implica el cultivo de creencias que no otorguen mayor importancia a sucesos ajenos, si las creencias no sustentan las emociones entonces la vida puede continuar sin que las emociones vuelvan las acciones de quien la vive inestables. Lo controversial se encuentra en las bases de sentimientos como la

compasión, para que este sentimiento (y sus actos) se manifieste, es necesario creer que sucesos como la muerte de un hijo, una pandemia, una guerra o la pérdida de derechos políticos, son en efecto asuntos de mayor importancia. Si actuamos en compás con los estoicos no habría una motivación para que exista la compasión ya que sus bases serían erradicadas. Las acciones de beneficencia no tendrían una fuerza motivadora y el análisis del tipo de ayuda que se debería prestar frente a situaciones trágicas estaría severamente restringido. Las novelas nos muestran el lado positivo de ofrecer importancia frente a hechos ajenos a la voluntad propia al permitirnos sentir profundamente por los sufrimientos y la mala suerte de los demás. Nussbaum profundiza sobre esto aclarando que el verdadero motivo por el cual la compasión nace no es solo porque le otorgamos valía a los infortunios de los demás, sino porque somos conscientes de que nos pueda pasar a nosotros, mediante el conocimiento de que estos hechos nos pueden ocurrir y naciendo de la creencia de que esos hechos son eminentemente negativos nace la compasión.

Un ejemplo de los planteamientos mencionados puede encontrarse en *El Príncipe Feliz* de Oscar Wilde. Este cuento nos presenta con los contrastes emocionales de un personaje que, inicialmente, no tenía como otorgarle relevancia a los males ajenos, pero que eventualmente les otorga un valor significativo y actúa a raíz de ello, el inicio del conflicto se nos presenta cuando la estatua del Príncipe Feliz dice:

Cuando estaba yo vivo y tenía un corazón de hombre -repetió la estatua-, no sabía lo que eran las lágrimas porque vivía en el Palacio de la Despreocupación, en el que no se permite la entrada al dolor. (...) Alrededor del jardín se alzaba una muralla altísima, pero nunca me preocupó lo que había detrás de ella, pues todo cuanto me rodeaba era hermosísimo. Mis cortesanos me llamaban el Príncipe

Feliz y, realmente, era yo feliz, si es que el placer es la felicidad. Así viví y así morí y ahora que estoy muerto me han elevado tanto, que puedo ver todas las fealdades y todas las miserias de mi ciudad, y aunque mi corazón sea de plomo, no me queda más recurso que llorar. (Wilde, 2020)

Es esa ignorancia del príncipe y su corazón de carne la que puede llegar a nacer al ignorar la totalidad de la historia, aunque el motivo de su ignorancia sean las murallas del castillo, sus lágrimas nos permiten observar la diferencia en el actuar que una persona puede tener al enfrentarse con dos realidades distintas. Si aceptamos el estoicismo y rechazamos los sentimientos puede que vivamos una vida más tranquila, pero, al igual que el príncipe, no se nos presentaría la totalidad de la realidad y, al tratarse de decisiones jurídicas y de asuntos públicos, tener conocimiento de elementos como la compasión y el miedo es preferible a no saber el impacto que determinados actos tienen sobre la sociedad.

Posteriormente, Nussbaum se centra sobre los sentimientos más cercanos a una persona y la excesiva influencia que éstos pueden tener, llegando a tergiversar la concepción de que todos los hombres valen lo mismo. Las novelas y los sentimientos nos enseñan a valorar a determinadas personas o personajes, fenómeno que puede parecer contrario al principio, generalmente aceptado en ordenamientos como el colombiano, de que todas las personas son iguales (Constitución Política, 1991).

En realidad, la aplicación de principios numéricos del utilitarismo termina eliminando principios comunes a todas las sociedades democráticas como el de la igualdad de sus ciudadanos. La comparación entre la cifra de los muertos y la de los sobrevivientes en determinados incidentes nos lleva a pensar que una cifra es correcta porque “sólo” murió un porcentaje menor de la población. Esto ha sido examinado por

Jonathan Swift en *Una Modesta Proposición* obra en la cual Swift satiriza sobre la posibilidad de utilizar a 100.000 bebés que nacieron en Irlanda durante ese año como mercancía para aumentar el ingreso neto de los hogares en 8 chelines por hijo (Swift, 1977). Nussbaum, mientras tanto, expone que las emociones permiten observar sucesos con porcentajes bajos de muertes como hechos en los cuales la muerte de todas formas existió. Plantea que en ese aspecto las emociones no nos dan la respuesta frente a problemas que se benefician de aplicaciones de modelos económicos, sino que hacen que ese porcentaje restante se continúe viendo como un problema que se debe resolver. La aplicación de las emociones no nos nubla a la hora de tomar decisiones sino que, un desarrollo adecuado de estas, nos aporta herramientas indispensables para resolver varios de los problemas que aquejan al derecho y a las políticas públicas.

Un último aspecto por resolver está relacionado con las aparentes dificultades de instrumentalizar las emociones en aspectos jurídicos y públicos: las emociones están demasiado concentradas en el individuo y no en unidades sociales como las clases. Nussbaum acepta que la construcción misma de la idea de novela está basada en el individuo, en la idea de que los individuos son valiosos por sí mismos y que cuentan con historias propias. De una interpretación excesivamente individualista pueden surgir varios problemas como ocurre en *Tiempos Dificiles* cuando se le otorga más valor al entretenimiento de los trabajadores que a la constitución de un sindicato que busque mejorar sus condiciones. Sin embargo, se debe recalcar que una visión individual de una persona o un personaje puede llevar a críticas políticas e institucionales serias. La autora ahonda en esta perspectiva al decir que sin las historias individuales no habría un verdadero significado detrás de las acciones grupales y podemos encontrar concordancia con este pensamiento en la misma legislación colombiana cuando, al definir las acciones

de grupo dispone que estas: “Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas” (Ley 472, 1998).

De las dificultades en el desarrollo del concepto de las emociones como un elemento cognitivo que hace parte significativa, no sólo de la experiencia humana, sino de nuestra vida jurídica y pública, Nussbaum procede a discutir la manera de aplicación de estas emociones. En *Teoría de los Sentimientos Morales*, Adam Smith se plantea el comienzo de la respuesta, específicamente en la figura del denominado “espectador imparcial” como filtro emocional en aspectos públicos y jurídicos.

De la misma manera, no hay nada más detestable que la insolencia y brutalidad de la ira, cuando le damos rienda suelta sin freno ni control. Pero admiramos ese resentimiento noble y generoso que responde a las mayores injurias no con la cólera que pueden animar en el pecho del agraviado sino con la indignación a que naturalmente dan lugar en el del espectador imparcial; que evita que ni una palabra, ni un ademán, se escapen más allá de lo que dicta ese sentimiento más equitativo; que nunca, ni siquiera con el pensamiento, osa intentar una venganza mayor, ni desea infligir un escarmiento mayor que el que cualquier persona indiferente aprobaría de buen grado. (Smith, 1997)

El Espectador Imparcial busca un paradigma de racionalidad pública, ya sea para las personas encargadas de los juicios y de las políticas públicas o para los ciudadanos en general. Uno de los elementos cruciales de esta figura yace en que el *Espectador Imparcial* no se encuentra involucrado en los hechos, a pesar de tener una preocupación por quien es observado, no hay una conexión personal, es un espectador. Puede utilizar

elementos de su historia personal al momento de conducir el análisis, pero estos elementos no pueden estar relacionados con una ganancia personal. Un ejemplo de este tipo de principios en el ordenamiento colombiano puede encontrarse en los artículos 140 y 141 del *Código General del Proceso* (Ley 1564, 2012) o en los artículos 11 y 12 del CPACA (Ley 1437, 2011).

El uso de esta figura permite la aplicación de elementos sentimentales y empáticos dentro de procesos judiciales o disciplinarios. El Espectador Imparcial debe pensar sobre cómo se sentiría en la situación que se le presenta y utilizar su juicio y razón al mismo tiempo. El uso apropiado de las emociones nos muestra elementos fundamentales sobre la manera en la cual podríamos actuar en esas situaciones.

La estructura de un uso adecuado de las emociones, según Nussbaum, podría plantearse de la siguiente manera: i) la emoción a utilizarse debe permitir un recuento verdadero de los hechos del caso, de la importancia que tienen para los actores en la situación y las dimensiones de importancia que pueden generarse a su vez dentro de la conciencia distorsionada de los involucrados; ii) la emoción debe manifestarse como la emoción de un observador, no como la de un partícipe, analizando reflectivamente la situación para saber si los partícipes actuaron adecuadamente y omitir los aspectos emocionales que nos llevan a pensar en intereses personales o en nuestro bienestar; y iii) eliminar las emociones que se manifiestan a través del ser, emociones como la ira o el miedo no pueden manifestarse dentro de esta figura. En conclusión, se debe tener una pasión por el bienestar de los demás sin incrustarse personalmente dentro del problema.

Smith ilustra el uso de esta postura a través de la literatura, explicando que la lectura en sí es un acto de observación imparcial, poniéndonos en situaciones similares a

las de un juez. La lectura nos presenta una situación en la cual nos sentimos involucrados, pero a la vez no tenemos conocimiento completo sobre los hechos, no los interpretamos como parte de nuestras vidas. Sin embargo, esto no debe decir que los juicios hechos en la literatura deben ser los únicos elementos que considerar o que se encuentren aislados de otras áreas del conocimiento, estas lecturas deben compaginarse con teorías morales y políticas, con elementos filosóficos y demás ciencias al alcance, con el fin de tener el mayor conocimiento posible sobre los hechos y nuestra postura al juzgarlos. Una lectura no crítica de cualquier texto literario puede llevar a banalizar problemáticas fundamentales como la clase, la raza o el género. En conclusión, la figura del Espectador Imparcial debe tomar elementos de la lectura literaria, pero compaginarlos con lecturas críticas sobre elementos que hoy en día pueden no concordar con nuestras visiones de sociedad.

Tercer Punto

El último punto, que termina por aplicar todos los elementos argumentativos presentados a lo largo del libro, comienza presentando la figura del juez-poeta. Esta figura, presentada por Walt Whitman en su poema *Orillas del Ontario Azul*, presenta las bases para la argumentación de Nussbaum. Los elementos tomados para el argumento son los siguientes:

El poeta es el hombre constante y armónico de estos

Estados,

No es por él, sino cuando falta él, que las cosas parecen

grotescas, excéntricas, sin plenitud ideal,

(...)

Él aplica a cada objeto o cualidad las proporciones que la
convienen, ni más ni menos.

Él es el árbitro de las diversidades, es la llave,

Es el justiciero de su tiempo y de su país,

(...)

Con su inquebrantable fe retiene los años que se extravían
por los senderos de la infidelidad,

No discute, juzga (la Naturaleza lo acepta absolutamente),

No juzga como juzgan los jueces, sino como el sol que ilumina un objeto
impotente,

(...)

No presiente la Eternidad como un drama con su prólogo
y su desenlace,

Su Eternidad la ve en los hombres y en las mujeres. (Whitman, 1912)

Al denominar al poeta como un hombre “constante y armónico”, Whitman hace referencia a una tradición aristotélica sobre los juicios en equidad, buscando reemplazar con estos la necesidad, excesivamente simple, de sustentar decisiones jurídicas sobre principios generales y abstractos. Este tipo de justicia permite “aplicar a cada objeto o cualidad las proporciones que les convienen”, respetando la justicia y la historia de Estados democráticos. Al plantear que el poeta no juzga como juzgan los jueces, Whitman se aleja de la concepción tradicional de la justicia, Nussbaum coliga eso con la última

línea; explicando que al ver el poeta la eternidad en los hombres y en las mujeres, permite la estructuración de juicios alejados de percepciones matemáticas de los seres humanos.

Los juicios en equidad de Whitman no presentan argumentos o consideraciones abstractas de los casos, buscan presentar juicios armónicos con las complejidades históricas y humanas del caso. Para Nussbaum el poeta que “como el sol que ilumina un objeto impotente” ilumina la totalidad de los hechos del caso ilumina el caso de tal forma que garantiza la imparcialidad judicial, partiendo no desde la abstracción general o científica, sino desde una visión completa del humano.

Partiendo de estos postulados, Nussbaum buscará argumentar que el uso de la imaginación literaria, la imagen del juez-poeta, y los planteamientos de los primeros dos puntos permitiría ofrecer una idea de imparcialidad judicial que terminaría por sustentar la posibilidad de utilizar la imaginación literaria en el derecho. Para defender la imparcialidad del juez-poeta, Nussbaum presenta una comparación entre éste y tres modelos de jueces en representación de otras corrientes de pensamiento: el juez escéptico, el juez científico, y el juez alejado de las partes.

Al momento de pensar en la figura del juez literario, se entiende que no puede estar de acuerdo con una percepción escéptica de los casos o novelas que deba analizar. El juez literario no reacciona de la misma forma ante todo tipo de ocurrencias, si se relaciona con la estructura de la historia contada, necesariamente tiene que presentar juicios que varían según los elementos que se le presentan, otorgándole mayor valor a ciertas razones que a otras, entendiendo ciertos comportamientos como preferibles a otros, sustentándose en las justificaciones y razones aportadas. Las diferencias entre un juicio literario y uno escéptico se centran en la existencia y relevancia de principios

ahistóricos en la justificación de pensamientos jurídicos. El juez escéptico argumenta que, sin principios ahistóricos, no hay justificaciones razonables posibles, sin ellos nos quedamos con las causas de la decisión, pero sin razones de fondo. Nussbaum contradice este punto argumentando que la ley siempre se ha basado en elementos históricos y sociales para definir su raciocinio; casi nunca ha buscado una base eterna para sustentar sus juicios.

Un juez científico puede argumentar que la aplicación del método científico dentro del pensamiento jurídico es la única forma de garantizar que el derecho como tal continúe siendo percibido como una ciencia. Puede plantear que sin una serie de principios claros y determinados que existan con anterioridad de los casos, no se podría tener seguridad en un procedimiento. Percibe el ejercicio del derecho como una aplicación constante y segura de esos principios, alejándose de las dificultades de las relaciones humanas. Este pensamiento, de tradición platónica, presenta claras contradicciones con el pensamiento de la autora. Al contestar, Nussbaum menciona a Aristóteles para aclarar la perspectiva del juez literario, el filósofo griego planteó que la razón en asuntos éticos y políticos es y tiene que ser diferente al científico, especialmente porque debe aplicarse teniendo en cuenta los cambios históricos, la complejidad de contextos prácticos que deban analizarse y la amplia diversidad de casos que se pueden presentar. La razón debe utilizar las reglas como guías al momento de entrar a un caso, pero debe estar atenta a los detalles y no asumir que una regla existente aplica absolutamente a casos que sean similares. La tradición jurídica en la cual se encuentra Nussbaum utiliza ese tipo de razón

práctica⁷ que respeta mucho la historia y las circunstancias del caso y que es un desarrollo del pensamiento aristotélico.

Un juez que apoye la neutralidad judicial podría estar de acuerdo con las perspectivas de un juez literario o del Espectador Imparcial de Smith, especialmente en lo que respecta al distanciamiento que debe tener quien juzga con las consecuencias de su juicio; ambos pueden estar de acuerdo en que no puede haber un interés personal en la decisión judicial, y las restricciones institucionales por las que aboga Nussbaum los haría más cercanos. Sin embargo, la concepción de neutralidad puede terminar alejándose de las figuras expuestas en *Justicia Poética*, particularmente al considerar que la neutralidad implica una separación tal que no sólo no se les da importancia a asuntos como consecuencias inmediatas o personales, sino que se aleja totalmente de elementos históricos y sociales. El caso más representativo del uso de este tipo de pensamiento dentro del derecho anglosajón puede ser *Plessy V. Ferguson*, una clara muestra de los problemas que surgen de llevar la neutralidad a ese tipo de extremos. El fallo es conocido por crear la doctrina de “separados pero iguales” que dominó la interpretación constitucional de las leyes “Jim Crow” en Estados Unidos durante la mayor parte del siglo XX. Un ejemplo de esta argumentación puede observarse en este fragmento de la decisión mayoritaria: Leyes permitiendo, e incluso requiriendo, su separación en sitios donde son susceptibles a estar en contacto no implican necesariamente la inferioridad de cualquier raza a la otra, y han sido generalmente, si no universalmente reconocidas como dentro de la competencia de legislaciones estatales en el ejercicio de su poder de policía. La instancia más común de esto está conectada con el establecimiento de escuelas separadas

⁷ Como ejemplo del uso de elementos históricos y precedente judicial en Estados Unidos ver: *Gamble v. United States*, 2019.

para niños blancos y negros, que han sido tenidas como un ejercicio válido del poder legislativo incluso por cortes de estados donde los derechos políticos de la raza negra han sido aplicados por el mayor tiempo y con la mayor seriedad (*Plessy v. Ferguson*, 1896).

La argumentación en el extracto anterior, en lo que respecta a las escuelas, se hizo sin tener en cuenta las vastas diferencias de calidad educativa y de recursos que había en el momento entre las escuelas de mayoría blanca y las de mayoría afroamericana. Esta doctrina fue posteriormente anulada (parcialmente) por otro caso fundamental en la interpretación constitucional de ese país y que, a su vez, aplica muchos de los principios expresados por Nussbaum en esta parte de su argumentación, especialmente en lo relacionado con el contexto social y los elementos históricos involucrados; *Brown V. Board of Education* permitió ponerle fin a la segregación en escuelas estadounidenses y la decisión mayoritaria planteó el problema de la siguiente manera: Al acercarse a este problema no podemos devolver el reloj a 1868, cuando la enmienda fue adoptada, o inclusive a 1896, cuando *Plessy v. Ferguson* fue escrita. Debemos considerar la educación pública a la luz de su desarrollo completo y su presente espacio en la vida americana a lo largo de la nación. Sólo de esta manera se puede determinar si la segregación en escuelas públicas priva a estos demandantes de la protección igualitaria de las leyes (*Brown v. Board of Education*, 1954).

El Espectador Imparcial de Smith o el juez-poeta de Whitman podrían argumentar de forma muy similar a la observada en este extracto, teniendo en cuenta el impacto que el caso tiene sobre las vidas de las partes, buscando tener un conocimiento completo sobre todos los hechos históricos y sociales que lo rodean y, desde una posición de observador desarrollar sentimientos adecuados que, confinados a las reglas jurisprudenciales y procesales, permitan entender todos los aspectos posibles que pueden afectar el fallo.

Realizada la comparación, Nussbaum procede a explicar cómo su concepción de juez, uno que tenga en cuenta los aspectos sentimentales de Smith y la teoría de la razón práctica que se puede encontrar en Whitman, permite la individualización del “otro”. Mediante la lectura de textos literarios hechos por personas con una concepción del mundo ajena a quien está leyendo, es posible ver a las “otros” como individuos con la misma valía que uno. El ejemplo que propone la filósofa norteamericana es la novela *Hijo Nativo* de Richard Wright, que se centra en Bigger Thomas, un afroamericano que vivía en la profunda pobreza en Chicago. La historia contada pone en el centro la miseria a la que puede ser sometido un ser humano y a su vez presentando a quien debe vivir en ella como un individuo. Las novelas, explica Nussbaum, permiten cruzar fronteras cognitivas para comenzar a entender la vida de los demás, tal es el caso de esta al mostrarnos los deseos y los sueños de su protagonista, solo para verlos frustrados por su miseria. Los intentos de la novela de cruzar líneas cognitivas sobre concepciones de pobreza y de raza muestran la relevancia que tiene la literatura en presentarnos una imagen completa de quien es juzgado y de los hechos que lo rodean y moldean.

En la conclusión del tercer punto, y del libro, Nussbaum usa ejemplos de opiniones judiciales para desarrollar su pensamiento en casos puntuales. Los ejemplos buscan reforzar la idea de que un juez debe compaginar su imaginación y sus sentimientos con una maestría técnica del derecho.

El primer ejemplo citado es la opinión minoritaria el caso Hudson v. Palmer (1984). El demandante Palmer era un prisionero cuando, con la sospecha de que podía tener contrabando, el guarda Hudson realizó una búsqueda de su celda. En el proceso, el guarda destruyó elementos personales, incluyendo fotografías y cartas. El centro de la discusión presentada estuvo relacionado con la cuarta enmienda y la protección que

brinda sobre búsquedas y allanamientos excesivos. El aspecto fundamental llega al momento de discutir la valía de esos elementos materiales. El juez argumenta que, elementos que para las personas en libertad parecen ser triviales y no tienen un valor superior al más mínimo, pueden llegar a ser la diferencia entre sentirse humano y sentirse esclavo. Piensa en estos objetos personales no como bienes que pueden ser reemplazados, sino como pedazos del pasado del prisionero y figuras que representan un futuro posible. En esta opinión puede verse la importancia de los elementos mencionados a lo largo del texto: a pesar de que la argumentación posterior se ciñe a aspectos de interpretación constitucional y de teoría de la propiedad, la consideración básica de estos bienes como relevantes surge de entender los aspectos sentimentales ligados con la posición del demandante. Entender esos elementos como importantes para la individualidad del prisionero sentó la discusión, en la opinión de Stevens, en la proporcionalidad de la búsqueda y su choque con los derechos de quien es sujeto de ésta.

El segundo ejemplo se trata de una decisión tomada por Richard Posner como juez de apelaciones en el caso “Mary J. Carr v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corporation”. El caso implicaba el acoso sexual que vivió la demandante en sus labores como hojalatera para la división de turbinas a gas de General Motors. El juez de primera instancia falló a favor de la empresa, según el fallo no había responsabilidad de la empresa al ser las conductas descritas en la demanda “bromas comunes de oficina” y al no tener General Motors la capacidad de pararlo.

Posner revocó el fallo, sustentando su argumentación en los elementos fácticos del caso. Los problemas jurídicos fundamentales fueron: i) si la demandante fue, debido a su sexo, sujeta a tratos tan degradantes, hostiles o intimidantes como para que afectar negativamente las condiciones en las cuales trabajaba, y ii) si la respuesta del demandado

al comportamiento de sus empleados fue negligente. Este fallo es particularmente concordante con los preceptos elaborados por Nussbaum puesto que los juicios hechos por Posner no sólo buscan una concepción empática de la situación, sino que se encuentran sustentados en la libertad interpretativa que se le es otorgada al juez en estos casos por el Título VII del Acto de Derechos Civiles de 1964, proferido por el Congreso de los Estados Unidos. Se observa una clara unión de la labor del juez como Espectador Imparcial siendo encaminada por elementos procesales y sustanciales propios del derecho y de su estructura, en este caso legislativa (Mary J. Carr, Plaintiff-appellant, v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corporation, 1994).

El relato que presenta Posner, como Espectador Imparcial de la discriminación sufrida por la demandante, busca elaborar sobre los sentimientos que esta podría sentir al recibir cartas con insultos en ellas, al ser identificada por medio de apodos y groserías, al tener que aguantar la exhibición de genitales en el sitio de trabajo, o inclusive tener que ver a un compañero orinar en su presencia. El recuento muestra que la interpretación de los hechos dada por el demandante difería enormemente de lo que cualquier persona hubiera sentido en esa situación. En últimas, la decisión terminó basándose en el derecho, pero la interpretación de los hechos y de las actuaciones tanto de la demandante como de sus compañeros estuvo relacionada con una interpretación completa y empática de la situación de alguien claramente indefenso.

Nussbaum concluye planteando los elementos fundamentales de lo que ella considera es *Justicia Poética*: Este tipo de justicia necesita de conocimientos técnicos de la ley, de un entendimiento de la historia y del precedente, así como una atención cuidadosa a la imparcialidad. El juez a su vez, para ser racional, debe ser capaz de

empatía, debe educarse en sus capacidades humanas ya que al no tenerlas su imparcialidad será obtusa y su justicia ciega.

LA LEY DEL MENOR Y LA EMPATÍA

La reflexión central se basará en la novela de Ian McEwan: *La Ley del Menor*. Novela que, desde la teoría de Nussbaum, ofrece al lector la vida de la jueza Fiona Maye, quien al examinar varios de sus casos nos expone la teoría de Nussbaum desde varios puntos: el uso que le podemos dar a la novela nosotros, los lectores, que encontramos una minoría que sufre una situación que los lleva al límite, la manera en la cual la empatía se puede ver reflejada en el derecho y en la llegada a la justicia, las dificultades del entendimiento humano y el impacto que esto tiene en la figura de la empatía. *La Ley del Menor* es una novela que nos permitirá elaborar sobre la teoría presentada por Nussbaum, así como criticarla y ahondar aún más en la relación entre la literatura y el derecho.

En la novela, Ian McEwan ofrece una perspectiva de los pleitos que pueden surgir dentro del derecho de familia y cómo éstos no son asuntos que con fórmulas como supuestos de hecho y consecuencias jurídicas se puedan solucionar, al contrario, la novela ejemplifica lo que se conoce como casos difíciles que son aquellos donde el análisis de la norma no es un ejercicio tan simple.

Uno de los primeros casos aborda la difícil situación de una familia con hijos siameses, Matthew y Mark se encontraban en cama en una unidad pediátrica de cuidados intensivos, unidos por la pelvis y con un único torso compartido:

“solo compartían un órgano, la vejiga, que en su mayor parte se encontraba en el abdomen de Mark y que, como observó un especialista, «evacuaba

espontánea y libremente a través de dos uretras separadas». Matthew tenía el corazón grande, pero apenas se contraía. La aorta de Mark desembocaba en la de Matthew, y el corazón de Mark alimentaba a las dos. El cerebro de Matthew padecía una malformación grave e incompatible con un desarrollo normal, porque su cavidad torácica carecía de un tejido pulmonar operativo. Una de las enfermeras había dicho “no tiene pulmones con los que gritar” (McEwan, 2015, pp, 34).

La situación descrita empieza a plantearle a la jueza un escenario donde la aplicación de las normas no será la más prístina. El estado de salud de los siameses se complica aún más ya que Mark era un lactante normal, pero se alimentaba y respiraba por los dos, es decir, hacía todo el trabajo, como dijeron los médicos, y por lo tanto estaba muy delgado; por el otro lado, Matthew, sin poder realizar alguna actividad, solo ganaba peso por los esfuerzos de su hermano para mantenerlo vivo. El punto llegó a tal límite que: “Sin ninguna asistencia, el corazón de Mark tarde o temprano desfallecería por culpa del esfuerzo y los dos hermanos morirían” (McEwan, 2015, pp, 35). Fiona se enfrenta a un escenario donde las vidas de los siameses empiezan a encontrarse en riesgo, más teniendo en cuenta que Mark estaba asumiendo toda la carga que Matthew no podía realizar. La ecuación moral, como dice la novela, era clara: la vida de un niño es mejor que dos muertos

El tribunal no se puede basar en aspectos morales, y más en un problema en el que las vidas de menores están en juego. El escenario jurídico y moral con este caso se encuentra en tensión y no hay cabida a pensar una solución perfecta, cualquier postura

que asuma la jueza Fiona tendrá efectos colaterales; ahora bien, ella debe buscar el mal menor. El punto principal de la argumentación jurídica del caso es que la Jueza no puede abordar este problema jurídico argumentando que se debía dejar morir a Mark, ya que eso sería justificar un asesinato de un menor, algo que contraría toda razón jurídica. La teoría de los intereses tampoco es viable en este caso, ya que, según la jueza Fiona, cualquier ponderación desde este punto, llevaría a considerar una vida mejor que la otra.

Luego de analizar este caso y las posibles maneras de acercamiento, la Jueza Fiona encontró “La doctrina de la necesidad” idea que se había establecido desde el derecho consuetudinario en virtud de la cual, en determinadas circunstancias, era permisible violar la ley penal para evitar un mal mayor. La jueza recalcó que la intención de la decisión no estaba enfocada a justificar un asesinato, sino que el objetivo principal era salvar una vida, la vida de Mark. Sobre el punto de que Matthew moriría después de la separación, para salvar a Mark, ella argumentó que la causa no era un homicidio, sino que él, Matthew, era incapaz de sobrevivir, es decir, argumenta que la muerte no llega por el derecho o por la decisión jurídica, sino en virtud de la ley natural de supervivencia.

Este es un caso donde se puede ver como la jueza no puede resolverlo haciendo un simple silogismo jurídico, lo anterior, ya que cualquier postura está jugando con intereses tan valiosos como la vida de un niño, y en el peor de los casos la vida de ambos siameses. La jueza se arroja a un argumento que protege una vida, y le asigna al daño colateral, como es la muerte del siamés enfermo, un efecto propio de la naturaleza. Es decir, si uno se centra en analizar la manera como se resolvió el caso, se puede encontrar que éste no fue un caso fácil y que le generó a la jueza plantearse una argumentación mucho más completa y con otro énfasis al tradicional.

Desde la perspectiva de Nussbaum el caso de los siameses toca aspectos centrales al concepto de la empatía y la solución brindada nos muestra la importancia de la jueza a la hora de fallar. Es claro que desde una concepción utilitarista la solución es la de dejar que viva el hermano más fuerte: la solución que le aportaría un mayor beneficio a la sociedad. Sin embargo, desde el derecho y la empatía es claro que, aunque la solución es la misma, el motivo por el cual se resuelve el caso no, se buscaría salvar la vida, se entenderían los sentimientos de los humanos involucrados y se llegaría a una solución que, aunque en el resultado sea idéntica, en la justificación y proceso de decisión valora mucho más la vida y le da mucho más sustento a ese valor jurídico fundamental al contrastarlo con la muerte y con sus efectos. Es claro que la teoría de Nussbaum en el caso no nos llevaría a otra decisión, pero la fundamentación nos permite llegar a desarrollar conceptos como el derecho a la vida y obtener un entendimiento más profundo de este. La teoría de Nussbaum nos permite ver aspectos complejos que se perderían de resolverse el caso con otros marcos de pensamiento.

Otro caso de la novela trata un tema particularmente complejo: la educación y la injerencia de factores culturales y religiosos en ella. Las partes pertenecían a la comunidad Jaredí en el norte de Londres, el matrimonio de Julian y Judith Bernstein había sido arreglado más no forzado y trece años después, era imposible arreglarlo. Los dos separados cuidaban de sus dos hijas Rachel y Nora que vivían con la madre y estaban en contacto extensivo con su padre. La imposibilidad de tener más hijos había afectado al matrimonio y, más notoriamente, había llevado a la madre a estudiar y ejercer como profesora de primaria. La madre había comenzado a ejercer una actividad que, para su estricta comunidad, no tenía nada que ver con lo que se esperaba de ella (tener muchos hijos y quedarse en casa para cuidarlos).

Para los niños Jaredías usar ropa a la moda, tener acceso a la televisión o al internet estaba prohibido, y de igual manera relacionarse con niños o niñas que tuvieran acceso a esas distracciones, inclusive se les prohibía estar en hogares que no siguieran una dieta kosher estricta. La madre había decidido enviar a las niñas a un colegio judío que era mixto y permitía el acceso a todos los aspectos de la vida moderna que resultaban incompatibles con la comunidad de la que huía. No solo quería que atendieran ese colegio, sino que quería que lo hicieran hasta después de los 16 años y que, si las niñas lo deseaban, fueran a la universidad.

En la mente de Julian, su esposa era una egoísta incapaz de separar sus propias necesidades de las de sus hijas. Cualquier cosa que ella decía necesitaban sus hijas era en realidad un deseo propio y sus actos no eran valientes; sus actos estaban arrancando a sus hijas de un ambiente familiar cariñoso y seguro, estricto pero amoroso, un ambiente construido a lo largo de generaciones y cuyos miembros eran más felices que los consumidores del mundo exterior, seculares que se burlaban de su religión y que denigraban a las mujeres.

En la mente de Judith nada denigraba más a una persona, hombre o mujer, que negarle el acceso a una educación adecuada y la dignidad de un trabajo. Para ella su juventud había sido un ejercicio de limitación constante de su derecho a escoger un propósito para su vida. Las numerosas dificultades a las que se enfrentó constituían uno de los principales motivos por los cuales quería una educación que les permitiera a sus hijas escoger que tipo de vida llevar. A pesar de evidenciar valores enteramente similares a conceptos jurídicos contemporáneos en muchas sociedades occidentales⁸, el personaje se

⁸ Los argumentos presentados por Judith van de la mano con la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sala Octava de Revisión, T-282, 2018): “Adicionalmente, se ha considerado que dicha libertad es manifestación del principio fundamental de respeto al libre desarrollo de la personalidad, adquiriendo especial importancia en la medida en que su

presenta ante Fiona Maye como un ser desagradable para el funcionamiento regular del juzgado, inmiscuyéndose en los argumentos de su abogado, mostrándose excesivamente molesta con cada intervención de su marido y teniendo conductas que, a los ojos de su esposo, eran provocativas y causaban aún más problemas para todos.

Frente a la discusión la corte presentó su opinión: la jueza debía escoger, de parte de las niñas, entre religión absoluta y algo un poco menos tradicional. Es evidente que la decisión era entre culturas, identidades, cosmovisiones, cotidianeidad, relaciones familiares, futuros intangibles y, en general, los fundamentos de la vida que las niñas habrían de seguir.

Contados los hechos, con interrupciones parciales (dominadas por pensamientos sobre su incierto futuro y las decisiones que su marido tomaría), y planteado el problema jurídico, Fiona Maye procedía a revisar sus propias “consideraciones”, comenzando por las circunstancias que rodeaban el caso y una breve descripción de la comunidad Jaredí. En este punto se presenta por primera vez una dificultad que, a lo largo de la novela, va a tener cada vez más y más protagonismo: el análisis occidental y secular que presenta la justicia inglesa (personificada por Fiona Maye) de comunidades que chocan con su cosmovisión y con la estructura jurídica y social de la que parten. Su descripción de la comunidad comienza diciendo que no hay distinción entre lo que es del César y lo que es de Dios, comparándolo con comunidades de musulmanes observantes. En esta comparación nace un intento de reflexión, dudas sobre si la comparación sería innecesaria o provocativa. La decisión de dejar el paralelo en el fallo se da después de que, pensando en el carácter del padre de las gemelas, lo denomina a él como alguien razonable y asume

ejercicio también opera en uno de los campos que más dignifica al ser humano, es decir, el del trabajo. Ciertamente, este Tribunal ha destacado que el ámbito de protección del derecho al trabajo entraña la garantía de la libertad en su ejercicio, de tal manera, la potestad de elegir una profesión u oficio se deriva directamente del respeto a la libertad individual de escogencia de una actividad laboral.”

que no le molestará. Los problemas que la decisión genera ya son significativos, sin embargo, será más adelante que analizaremos el fallo en su totalidad.

La segunda sección del fallo: “diferencias morales” era precisamente lo que se le pedía a la corte, escoger entre sistemas de valores enteros. En el desarrollo de este capítulo la jueza cita numerosas fuentes jurisprudenciales, precedentes de la justicia inglesa que dictaban conceptos como: “estos son juicios de valor sobre los que personas razonables pueden diferir. Como los jueces son personas también, esto significa que cierto grado de diversidad en su aplicación de valores es inevitable.” También citaba jurisprudencia en lo que respecta a la definición de bienestar, estando de acuerdo con un precedente que vinculaba el término irremediablemente con “todo lo relevante para que un niño se desarrolle como persona”, intentó tomar la visión más amplia posible del término, entendiendo que el bienestar no tenía que ser medido únicamente en términos económicos o por referencia a comodidades físicas. Entendió Fiona que se debían acomodar todos los conceptos dentro de uno solo, un concepto filosófico de una “buena vida”. Listó elementos relevantes: objetivos económicos, libertad moral, virtud, compasión, altruismo, trabajo satisfactorio a través de tareas demandantes, relaciones personales, obtener el reconocimiento de otros, buscar un significado mayor a la existencia propia y tener en el centro de su vida una o algunas relaciones significativas definidas por el amor.

Justo después de esta lectura, Fiona pasaba a recordar la situación en la que estaba, acordándose de que el último concepto no estaba siendo muy funcional en su vida. Pensaba que debería estar más furiosa, pero estaba consciente de que el fallo debía estar listo para su impresión el día siguiente.

Tocando el tema de la mutabilidad del concepto de bienestar, el fallo era claro diciendo que el concepto debía adaptarse al de “un hombre o una mujer razonable del día

de hoy”. También aceptaba el fallo que las creencias religiosas eran todas merecedoras de respeto, siempre y cuando éstas fueran legal y socialmente aceptables, que no fueran (citando otro precedente) inmorales o socialmente odiosas. Las cortes debían ser lentas en intervenir en pro de los intereses del menor si implicaba contradecir principios religiosos de los padres. No hay una clara definición del momento en el cual deban las cortes intervenir puesto que, según la jurisprudencia citada “la variedad infinita de la condición humana excluye una definición arbitraria”.

Poco después de que sus pensamientos se interrumpieran por las exigencias de su marido, Fiona vuelve, forzándose a sí misma, al fallo. La descripción de la trabajadora social aportada por el juzgado es positiva y Fiona le da el beneplácito al concepto aportado por ella.

Los problemas personales se vuelven demasiado presentes y la novela expresa en un punto particular que las niñas judías, Rachel y Nora, debían flotar alrededor de ella como ángeles cristianos, su dios secular tenía problemas propios.

El caso es retomado después de una serie de interacciones entre Fiona Maye y su secretario judicial, presentadas como consecuencia del caso de Adam Henry. No es sin contexto emocional tampoco que se nos presenta el caso por segunda vez, Fiona se sienta “con un suspiro impaciente”, encontrándose frustrada por el caso de Adam, frustrada por no poder visitar al joven en el hospital y entender con sus propios sentidos la voluntad del joven Testigo de Jehová que no quería recibir una transfusión sanguínea; Fiona Maye se encuentra nostálgica del sistema judicial al que entró de joven, uno que permitía visitas personales de los jueces del país, que los presentaba como los guardianes de la juventud de Inglaterra, que les permitía inmiscuirse en todos los detalles necesarios del caso, uno que dejaba todas esas labores en cabeza de “trabajadores sociales de Cafcass”.

El caso reaparece en la narración en forma de las últimas páginas (interrumpidas) de su conclusión. Fiona no puede leer las páginas que ella misma había escrito, siente (como muchas veces antes) el absurdo y sinsentido de su papel en el caso. Se repite: Si los padres de las niñas no podían ponerse de acuerdo, la ley, reacia, debía tomar una decisión.

La decisión fallaba a favor de la madre. Las niñas estudiarían en un colegio de educación mixta. El fallo brindaba respetos a la comunidad Jaredí, de sus veneradas tradiciones y observancias, notando además que la corte no tenía una opinión sobre sus creencias, más allá de que, observaba, eran sinceramente aplicadas. Los testimonios presentados por el padre de las niñas expresaban opiniones separadas de “las prácticas paternas convencionales”: que las mujeres debían dedicarse a crear un “hogar seguro”, que la educación más allá de los 16 años no era relevante, o que los niños y las niñas debían estar separados en el colegio para mantener su pureza.

Fiona aceptó la visión de la trabajadora social de que si las niñas regresaban a la comunidad del padre probablemente no volverían a ver a su madre, mientras que la situación opuesta no era tan probable. Por encima de todo, el deber de la corte era el de permitir a las niñas llegar a la adultez y tomar sus propias decisiones sobre el tipo de vida que querrían llevar.

Terminado el análisis tanto del caso como del contexto en el cual se nos presenta y se continúa a desarrollar a lo largo de la trama (un problema marital ajeno interrumpiendo el problema marital propio), es pertinente tomar todos los elementos narrativos que se nos presentan y analizar su aplicación dentro de la teoría desarrollada por Nussbaum en *Justicia Poética*.

Uno de los principales problemas de convivir en una sociedad moderna y liberal como la inglesa es la denominada “perdida moral”, la aplicación de este concepto a la decisión tomada por Fiona Maye es más que clara. La pérdida moral, entendida como la existencia de un valor significativo que ha sido sacrificado por una decisión es producto de conflictos morales que, en el marco de un pluralismo liberal, resultan más difíciles de ordenar que estando en una sociedad homogénea (Lariguet, G., 2017, pp, 125-142). Como se ha visto, Nussbaum presenta inicialmente una visión de la literatura como un factor transgresor para las personas y para la sociedad, su papel como instigador de pensamiento hipotético hace que la literatura nos lleve a reflexionar seriamente sobre problemas sociales que, de no ser por ese papel, no habríamos tenido en cuenta. Esto es lo que ocurre en el caso que hemos resumido, el conflicto entre los padres de las niñas de Stamford Hill nos muestra dificultades serias en la convivencia entre culturas distintas, nos permite, como espectadores, reflexionar sobre el problema y pensar en posibles soluciones, criticar el sistema que permite dichos problemas o tomar cualquier postura al respecto.

Respondiendo a la falta de elementos científicos en la literatura (o su intento de subvertirlos), Nussbaum nos muestra como los elementos que surgen de la literatura pueden llegar a ser de vital importancia para cualquier análisis científico. Nos muestra que un verdadero conocimiento de los sentimientos de las personas permite un entendimiento más amplio del problema, también, nos brinda datos necesarios para comenzar a resolver un problema humano. Siguiendo el concepto de empatía en la obra de Nussbaum, podemos pensar que dichas herramientas, usadas en el caso, nos habrían permitido tomar una mejor decisión. En este punto la novela nos deja analizar el ensayo de, la relación entre ambos textos no sirve solo para analizar una novela desde la teoría

sino para problematizar la teoría desde la misma novela. La naturaleza trasgresora de la literatura nos permite reflexionar sobre el papel de la empatía en casos como el presente.

La epistemología de lo social nos lleva a analizar una gran cantidad de sucesos desde nuestros propios universos del pensamiento, es decir, aplicar criterios lógicos propios de nuestra cultura, así como fundamentos morales y metodológicos, a toda clase de sucesos, ya sean físicos o sociales. En su libro *Para comprender una sociedad primitiva* Peter Winch se centra en el pueblo de los azande, problematiza el pensamiento de dicho pueblo sobre diversos sucesos naturales y choca ese sistema epistemológico con el nuestro:

El sentido de lo que se dice en un contexto, por el uso de una cierta expresión, depende de los usos de esa expresión en otros contextos (diferentes juegos de lenguaje). Los juegos de lenguaje son empleados por hombres que tienen diferentes facetas -vidas que incluyen una gran variedad de intereses distintos, que tienen mutuamente toda clase de relaciones-. Debido a ello, lo que alguien dice o hace puede marcar una diferencia no meramente en la realización de la actividad en la que se ocupa en ese momento, sino en su vida y en la vida de otras personas. Si alguien ve el sentido de lo que está haciendo, dependerá, entonces, de si es capaz de ver cualquier unidad en sus variados Para comprender a una sociedad primitiva intereses, actividades y relaciones con otros hombres; la clase de sentido que vea en su vida dependerá de la naturaleza de esta unidad. La habilidad de ver esta clase de sentido en la vida no depende meramente del individuo interesado, aunque esto no quiere decir que no dependa de él en absoluto, depende también de las posibilidades de obtener tal sentido a partir de lo que la cultura en la que vive le proporciona o no. Al estudiar otras culturas no

sólo podemos aprender distintas posibilidades de hacer las cosas, otras técnicas. Es mucho más importante que podamos aprender otras posibilidades de darle sentido a la vida humana, diferentes ideas acerca de la importancia que puede tener para alguien el desarrollo de ciertas actividades, al tratar de contemplar el sentido de su vida como un todo. (Winch, 1991)

Nussbaum dice que la empatía es vital para el entendimiento adecuado de los comportamientos humanos, que la literatura nos permite problematizar muchos asuntos, llegar a situaciones hipotéticas desde las cuales podemos observar los hechos del caso de una manera similar a la del espectador imparcial de Adam Smith. A su vez la novela de McEwan nos lleva a pensar en asuntos relacionados con comunidades como la Jaredí, comunidades con sistemas de pensamiento que, aunque más parecidos al nuestro que el de los azande, ven el mundo y piensan sobre conceptos como “bienestar” desde criterios distintos a los occidentales.

El análisis de este caso no busca traer a colación una problemática que ha estado en el centro de muchos debates filosóficos de las ciencias sociales, lo que se busca es mostrar como la problematización de choques culturales que hace McEwan en su novela nos lleva a escenarios hipotéticos donde observamos numerosas dificultades ya no solo en la aplicación de un sistema judicial occidental en una sociedad liberal en la que chocan numerosas culturas, sino también en la aplicación no crítica de la empatía y demás pensamientos de teoría literaria que están presentes en Nussbaum. Las dificultades del caso de las niñas judías de Stamford Hill son las mismas dificultades que aquejan al concepto mismo de empatía. La dificultad que tiene Fiona Maye de empatizar con la madre, a pesar de estar inclinada desde el principio a favor de sus ideas laicas, nos muestra

también que en muchas ocasiones la empatía, así como todas las disciplinas que interactúan con el derecho, debe ser vista de forma crítica y no utilizada como una solución sencilla (esto se trae a colación en *Justicia Poética*). No se escapa de nosotros que esta reflexión nace de la misma capacidad disruptiva de la literatura y es precisamente por eso que entendemos que el valor de la crítica hacia una aplicación de la literatura en el derecho yace en que chocarse con la literatura nos lleva hacia un mejor entendimiento del mundo y de nuestros comportamientos como seres humanos.

Finalmente, nos ocupa la narrativa central. Adam Henry, hijo único de una familia identificada como Testigos de Jehová. El proceso se presenta en el medio de los mencionados problemas de Fiona Maye con su marido. La llaman de su oficina para explicarle que el Hospital Edith Cavell busca una orden judicial que les permita legalmente ir contra de los deseos de los padres del menor de 17 años. Fiona fija audiencia para el martes a las 2 pm, el día antes del límite para comenzar el tratamiento.

Adam Henry sufre de un tipo raro de leucemia, el tratamiento tradicional de su enfermedad requiere de intervenciones en la médula que, con toda seguridad, requerirán de transfusiones sanguíneas para llevarlas a cabo adecuadamente. Los padres han aceptado la totalidad del tratamiento salvo por las transfusiones, procedimientos que van en contra de su fe. Luego de la intervención del oncólogo en la audiencia se vuelve evidente que sin transfusiones el paciente no tiene oportunidad alguna de sobrevivir el tratamiento.

Luego de la intervención de las partes queda claro de que el verdadero problema jurídico es la capacidad del menor a la hora de tomar la decisión de negarse a tomar un tratamiento médico. De tener 18 años no estarían en una audiencia y la madurez de Adam

se comienza a volver un elemento clave en la resolución del problema. A su vez la racionalidad de la doctrina religiosa que lleva a los testigos de jehová a negarse a recibir transfusiones también es puesta en duda, la entrevista al padre del menor lleva este caso al extremo, llegando el abogado del hospital a preguntar si las decisiones de un grupo de personas en Brooklyn (sitio donde se reúnen los directivos de los testigos de jehová) deberían determinar la vida del menor. El caso se traslada a un argumento sobre la racionalidad de la decisión del menor y su capacidad de entender las ramificaciones de ella.

Como consecuencia de la discusión Fiona Maye decide ir al Hospital “dada las circunstancias únicas del caso” para reunirse con el menor y tomar una decisión sobre su entendimiento de la situación. En el cuarto de Adam jueza y paciente comienzan a hablar y a formar un vínculo, él le muestra poemas de su autoría y toca el violín; Fiona termina cantando al compás del menor. Al volver al juzgado el fallo es claro: debe realizarse la transfusión y salvarle la vida al menor.

Después del fallo Adam Henry le manda a Fiona dos cartas en las que describe su situación, la felicidad que sintieron sus padres al verlo curado, la repulsión que esto le generó, el egoísmo que estaba presente en esa misma felicidad, la fe que ella le implantó, su mejora física, los choques que tiene con tener la sangre de otro corriendo por sus venas, los conflictos que lo agobian y los celos que siente por la vida que puede llevar Fiona como jueza, decidiendo sobre la vida de otras personas. Preocupada, Fiona le pregunta a la trabajadora social del caso por Adam a lo que esta le reporta que el joven se encontraba bien y en el colegio.

La jueza se traslada a Newcastle temporalmente para llevar a cabo sus labores en dicha jurisdicción. Un confundido Adam Henry parece haberla seguido hasta allí y su asistente le informa de la situación. El joven le explica que la siguió desde Londres hasta donde se encontraban (con variantes niveles de dificultad al seguirla), le cuenta que se quedó afuera del edificio pensando en que hacer hasta que alguien lo encontró. Al terminar su narración le pide perdón a la jueza y calla.

Adam había leído el fallo, sentía que Fiona no sólo le había salvado la vida, sino que lo había protegido de su religión, que lo había salvado. Explica que tuvo otra pelea con su padre, que le había dicho todo lo que pensaba sobre su religión y que acto seguido había empacado sus cosas y se había ido de la casa. La juez le pregunta los motivos por lo que estaba al frente de ella y el joven responde que es una persona nueva, que era un idiota cuando ella habló con él en el hospital, que no entendía como personas como ella se ocupaban de personas como él. Le cuenta sus sentimientos de heroísmo al hablar con los médicos y negarse a recibir el tratamiento, sus deseos de convertirse en un mártir y salir en la televisión por su heroísmo. Finalmente le cuenta sobre su distanciamiento de la fe, las contradicciones en sus sentimientos y la vida que quiere llevar. Después de toda la discusión Adam le pregunta a Fiona si puede ir a vivir con ella, prometiendo ayudarla en cualquier cosa. Fiona le dice que su asistente le ayudará consiguiendo un taxi y que debe ir a casa y asegurarle a su mamá de que estaba bien y decirle donde estaba. Al despedirse, y por accidente se besan en los labios, acto que atormenta a Fiona profundamente.

El final de la vida de Adam Henry y de la novela de McEwan nos presenta a su vez con muchos de los elementos que se han discutido. Luego de su encuentro en

Newcastle Adam le envió cartas a Fiona comparándola con Satanás en un poema, ella por su lado se encontraba profundamente preocupada, no quería que ninguno de sus colegas se enterara de su incidente. Justo antes de presentarse ante todos sus colegas en el concierto de navidad, Fiona recibe la noticia de que la enfermedad del “Joven Testigo de Jehová” había vuelto, que se estaba negando a recibir tratamiento. Fiona se presenta ante sus colegas y acto seguido se fue a su apartamento donde, después de una sucinta llamada telefónica, confirmó que Adam había muerto. Cargada de dudas volvió al poema en donde encontró una fuerte culpa cristiana, un mensaje de dolor en la herejía escondido en el poema, antes de poder pensar más su esposo entró al apartamento y después de hablar un poco del concierto Fiona termina por contarle todo. Luego de tener toda la información el esposo de Fiona asume que Adam había muerto por su fe, por seguir las enseñanzas de los Testigos de Jehová, la Jueza le responde que para ella Adam Henry se suicidó.

El matrimonio de Fiona juega un papel importante en la narrativa. Fiona es afectada por el conflicto de su relación, la hace cuestionar sus decisiones como esposa y como persona. Las decisiones tomadas por ambos recaen sobre ella al quedarse sola, la afectan y crean dudas sobre su pasado y su presente.

Las dificultades matrimoniales son siempre mencionadas antes de explicar un caso, nos presentan un contexto sentimental antes de un contexto jurídico. En el caso de Adam podemos ver como la relación que surge de la visita al hospital termina en una interpretación romántica de la misma. El menor buscó a Fiona, quería vivir con ella y al final terminaron besándose. La perturbación que esto generó en la Jueza y la manera en la cual ella le cuenta la historia a su marido nos da a entender que los problemas matrimoniales terminaron afectándola, de la misma manera que la percepción que Fiona

tenía de ella misma como actora de la justicia terminó por afectar su concepción del matrimonio. La relación entre Adam y Fiona fue una de empatía, la aplicación de esta figura en este caso nos muestra las dificultades de muchos de los planteamientos de Nussbaum: la empatía y el derecho deben relacionarse, pero los límites impuestos deben ser claros, son disciplinas separadas que al relacionarse no pueden suspender los aspectos fundamentales de cada una. La empatía de Fiona por Adam fue errónea en muchos aspectos, la relación matrimonial de la Jueza muestra lo susceptible que puede ser un actor jurídico a los problemas del uso de la empatía.

CONCLUSIÓN

El caso central ilustra en numerosas maneras la compleja relación entre la empatía y el derecho. Muestra los aspectos en principio positivos de la empatía, el interés de Fiona por ir al hospital y observar al menor en primera persona, dejando a un lado el informe de la trabajadora social; la preocupación genuina por la vida del menor, por la vida de otro ser humano que, por la naturaleza del entramado jurídico, se encontraba en manos de la Jueza; el interés y fuerza con que los miembros del sistema jurídico actúan para defender los valores y sentimientos de cada una de las partes. La manera en la cual el caso se desarrolla muestra claramente el rol que la empatía puede llegar a tener en las decisiones humanas, en argumentos presentados y en decisiones judiciales. A su vez el caso nos puede mostrar aspectos en principio negativos de la empatía, los excesos de su aplicación y los posibles errores que pueden nacer de ello; la decisión de Fiona Maye, el obligar la aplicación del tratamiento y los trasplantes de sangre, el canto entre la jueza y el menor en el hospital, el dejar a un lado a la trabajadora social. Muchos de los elementos que pueden verse como positivos pueden llevar a un camino negativo a su vez.

Vladimir Nabokov en su *Curso de Literatura Europea* brinda una perspectiva sobre el lector y su postura frente a un texto que puede resultar supremamente útil a la hora de profundizar sobre el caso de Adam:

(...) hay al menos dos clases de imaginación en el caso del lector. (...) En primer lugar está el tipo, bastante modesto por cierto, que busca apoyo en emociones sencillas y es de naturaleza netamente personal (...). Sentimos con gran intensidad la situación expuesta en el libro porque nos recuerda algo que nos ha sucedido a nosotros o a alguien a quien conocemos o hemos conocido. (...) No es este tipo modesto de imaginación el que yo quisiera que utilizarasen los lectores.

Así que ¿Cuál es el auténtico instrumento que el lector debe emplear? La imaginación personal y la fruición artística. Tiene que establecerse, creo, un equilibrio armonioso y artístico entre la mente de los lectores y la del autor. Debemos mantenernos un poco distantes y gozar este distanciamiento a la vez que gozamos intensamente-apasionadamente con lágrimas y estremecimientos- de la textura interna de una determinada obra maestra. Por supuesto, es imposible ser completamente objetivo en estas cuestiones, todo lo que valga la pena es en cierto modo subjetivo. Por ejemplo, puede que vosotros allí sentados no seáis más que un sueño mío, y puede que yo sea una de vuestras pesadillas. Lo que quiero decir es que el lector debe saber cuándo y dónde refrenar su imaginación; lo hará tratando de dilucidar el mundo específico que el autor pone a su disposición. (Nabokov, 1997, pp, 27)

Entendida la figura del Juez literario, propuesta por Nussbaum, es claro que Nabokov presenta una idea similar sobre la lectura. El segundo tipo de lector que presenta

Nabokov es una manifestación clara de los límites que debe tener un Espectador Imparcial. A su vez, el mal lector que presenta Nabokov es una muestra de muchos de los elementos sentimentales y metodológicos que pueden resultar en una corrupción del juez literario.

La relación entre literatura y derecho, ese choque constante entre disciplinas que hemos observado en la obra de McEwan y en la de Nussbaum va a seguir siendo un catalizador para todos los choques futuros que las sociedades puedan llegar a tener. Si el derecho busca ser un sistema de normas y preceptos jurídicos que busquen regular los comportamientos humanos jurídicamente relevantes, la literatura seguirá siendo una fuerza que ayuda al esclarecimiento de los cimientos sobre los cuales se basarán todas esas decisiones futuras. El fallo de Fiona Maye y la tragedia que surgió de este no pueden verse como un fallo completo de las ideas plasmadas en *Justicia Poética*; ni tampoco como un triunfo completo de la empatía. Los jueces como Fiona Maye deberán buscar siempre aplicar criterios jurídicos y entender sus casos como el Espectador Imparcial de Adam Smith, como el segundo lector de Nabokov o como el Juez Literario de Whitman, deben buscar en la empatía y en la literatura esa luz del sol que permite ver la totalidad de la planta metafórica, sin dejarse llevar por sus vicios y excesos. Tanto la *Ley del Menor* como *Justicia Poética* nos permiten entender la relevancia del papel de la literatura en el derecho. La búsqueda por esclarecer los fundamentos de las ciencias jurídicas es una labor que debe partir desde la constante crítica a ellos mismos, Kant lo expone con claridad:

Nuestra época es, de modo especial, la de la crítica. Todo ha de someterse a ella. Pero la religión y la legislación pretenden de ordinario escapar de la misma. La primera a causa de su santidad y la segunda a causa de su majestad. Sin

embargo, al hacerlo, despiertan contra sí mismo sospechas justificadas y no pueden exigir un respeto sincero, respeto que la razón solo concede a lo que es capaz de resistir un examen público y libre. (Kant, 2017, pp, 9)

La lectura de los dos textos centrales presentados nos permite entender que el derecho es una disciplina ligada al comportamiento humano, y como tal debe valerse de herramientas que permitan criticar sus dogmas, que creen un espacio para examinar sus preceptos y buscar, constante e inacabablemente, su perfeccionamiento, siendo esto tan humano como contar historias o identificarse con ellas.

REFERENCIAS

Aristóteles (1948). *El Arte Poética* (José Goya y Muniain, Trad.). Buenos Aires, Argentina. Editorial Austral.

Below, G. & Minow, M., *Law Stories*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1998; Simposio, 'Legal Storytelling', *Michigan Law Review*, 87 (1988-1989).

Binder, G. & Weisenberg, R (2000). *Literary Criticisms of the Law*. Princeton, EE.UU. Princeton University Press.

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>

Bruner, J. (2002). *Making Stories: Law, Literature, and Life*. Cambridge, EE. UU. Harvard University Press, 2002.

Capote, Truman (2006). *A sangre Fría* (Fernando Rodríguez, Trad.). Editorial Anagrama.

Cardozo, B. Law and Literature. *Yale Law Review*, 14 (1925).

Chueri, V. K. de. (2006). "Direito e literatura". En: Barreto, V. (Org.) (2006). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo. Unisinos. Rio de Janeiro. Renovar, p. 233-235.

Congreso de Colombia. (28 de enero de 1982) Sobre derechos de autor. [Ley 23 de 1982]. DO: 35.949.

Congreso de Colombia. (5 de agosto de 1998) Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. [Ley 472 de 1998]. DO: 43.357.

Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000) Código Penal. [Ley 599 de 2000]. DO: 44.097.

Congreso de Colombia. (18 de enero de 2011) Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956.

Congreso de Colombia. (12 de julio de 2012) Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489.

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión de tutelas. (23 de julio de 2018) Sentencia T-282. [José Fernando Reyes].

Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 13 [Título II]. *Gaceta Constitucional* No. 116 de 20 de julio de 1991.

Conti, D. B. Narrative Theory and the Law. *Duquesne Law Review*, 39 (2000-1)

Decisión Andina 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena Relativa al Régimen Común Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos

Dworkin, R. (1996). *How Lay is Like Literature*. Routledge

Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972). <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep408/usrep408238/usrep408238.pdf>

Gamble v. United States, 587 U.S. ____ (2019). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/587/17-646/>

Hermanos Grimm (2019). Cuentos de Grimm (Álvarez, M.E., Trad.). Editorial Porrúa.

Hudson v. Palmer, 468 U.S. 517 (1984) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/517/>

Huizinga, J. (2012). Homo ludens (Imaz, E., Trad.). Alianza Editorial.

Kant, I. (2017) Crítica de la Razón Pura (Rivas, P., Trad.). Editorial Gredos.

Lariguet, G. (2017). Razonabilidad, conflicto moral y tragedia en la ley del menor de Ian McEwan. Estudios de Derecho, 74 (163).

Magris, C. (2009) Literatura y Derecho. Ante la Ley. Editorial Sexto Piso.

Mary J. Carr, Plaintiff-appellant, v. Allison Gas Turbine Division, General Motors Corporation, defendant-appellee, 32 F.3d 1007 (7th Cir. 1994)

McEwan, I. (2015). The Children Act. Nueva York, EE. UU. Anchor Books.

Montesquieu (1906). El Espíritu de las Leyes (García del Mazo, S., Trad.). Librería General de Victoriano Suárez.

Morrison, T. (2000). Jazz (Ribalta, J. G., Trad.). Editorial Punto de Lectura.

Morrison, T. (2021). *Beloved* (Méndez, I., Trad.). Editorial Lumen.

Morrison, T. (2021). *Ojos Azules* (Ribalta, J. G., Trad.). Editorial Debolsillo

Nabokov, V. (1997). *Curso de Literatura Europea* (Torres Oliver, F., Trad.). Ediciones B.

Nussbaum, M. (2017). *El cultivo de la humanidad*. Paidós Básica – Editorial Planeta. Bogotá, Colombia.

Nussbaum, M. (1995). *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*. Boston, EE. UU. Beacon Press.

Nussbaum, M. (2010). *Sin Fines de Lucro* (María Victoria Rodil, Trad.). Buenos Aires, Argentina. Katz Editores

Ost, F. (2004). *Raconter la loi – aux sources de l’imaginaire juridique*. Paris, Francia. Odile Jacob.

Platón (2006). *La República* (Fernández-Galiano, M., & Fernández-Galiano, J. M., Trad.). (2006). Alianza Editorial.

Platón (2002). *Las Leyes* (Pabón, J. M., & Fernández-Galiano, M., Trad.). (2002). Alianza Editorial.

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896). <https://www.loc.gov/item/usrep163537/>

Posner, R. (2009). *Law and Literature*. Boston, EE. UU. Harvard University Press

Potter, P.B.. Ordeal by Trial: Judicial References to the Nightmare World of Franz Kafka, 3 Pierce L. Rev. 195 (2005), available at http://scholars.unh.edu/unh_lr/vol3/iss2/6

Smith, A. (1997). La Teoría de los Sentimientos Morales (Rodríguez Braun, C., Trad.). Madrid, España. Alianza Editorial.

Soto Hoyos, J.F. Jurisprudencia Literaria en Colombia: Los usos de la Literatura en las Decisiones Judiciales. *Summa Iuris* (histórico), [S.l.], v. 2, n. 2, p. 217-251, julio 2014. ISSN 2339-4536.

Stanton, E. (2007). The Human Development Index: A History. Political Economy Research Institute, University of Massachusetts-Amherst. Recuperado de: https://scholarworks.umass.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1101&context=peri_workin_gpapers

Stratton, A. M. "Courtroom Narrative and Findings of Fact". *Quinnipiac Law Review*, 22 (2003-4)

Swift, J. (1977) Una Modesta Proposición (Gallo, E. Boero, R., Trad.). Madrid, España. Editorial Felmar

Talavera, P. (2006). Derecho y literatura. Granada, España. Editorial Comares.

Vásquez, J. G. (2011). La Venganza Como Prototipo Legal en la *Iliada*. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad del Rosario

White, J. B. (1973), *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*. Boston, EE. UU. Little Brown.

Whitman, W. (1912) *Walt Whitman: Poemas* (Vasseur, A. A., Trad.). Valencia, España. F. Sempere y compañía.

Wigmore, J. A list of Legal Novels. Illinois Law Review, 2 (1908)

Wilde, O. (2020, enero 30). El Príncipe Feliz. Wikisource.
https://es.wikisource.org/wiki/El_pr%C3%ADncipe_feliz

Winch, P. (1991). Para Comprender a una Sociedad Primitiva. *Alteridades*, 1(1),82-101. [Consulta 25 de Marzo de 2021]. ISSN: 0188-7017. Disponible en:
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=74746342010>