

Medici, Rosillo y Sánchez Rubio (Coord.)

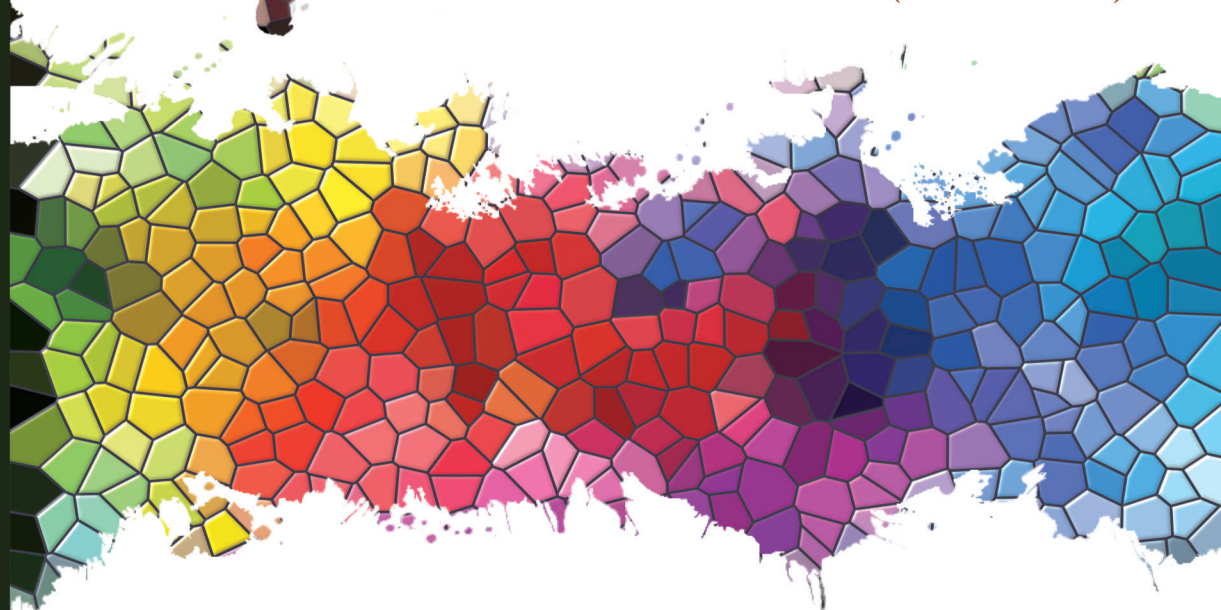
El arte a des(hacer) mundos

El arte de (des)hacer mundos

Estudios en torno al pensamiento
de Joaquín Herrera Flores



Alejandro Medici
Alejandro Rosillo Martínez
David Sánchez Rubio
(Coordinadores)



Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat
Universidad Autónoma de San Luis Potosí
Universidad Nacional de La Plata
Universidad de Sevilla



COLECCION
FILOSOFIA Y OTROS SABERES

“Joaquín enfocó su calidad desde la crítica y el antagonismo hacia los sustancialismos y las metafísicas trascendentes que nos cegaban de nuestra plena inmanencia, cuestionando la cultura patriarcal, el capitalismo y el trascendentalismo iusnaturalista existente en muchos discursos de los derechos humanos. Para él le resultaba crucial potenciar la indignación frente a las injusticias y las opresiones, contribuyendo a visibilizar las asimetrías de las relaciones económicas, culturales, étnicas, sexuales y políticas existentes. Asimismo apostaba para que toda la humanidad, desde sus entornos y contextos plurales, tuvieran, como sujetos activos, antagonistas y subversivos, el acceso igualitario y no jerarquizado a aquellos bienes que son necesarios y que son exigidos para poder desarrollar una vida digna de ser vivida y a partir del respeto de las diferencias.”

David Sánchez Rubio, *Prólogo*



EL ARTE DE (DES)HACER MUNDOS

Estudios en torno al pensamiento
de Joaquín Herrera Flores



COLECCION
FILOSOFÍA Y OTROS SABERES

Alejandro Medici
Alejandro Rosillo Martínez
David Sánchez Rubio
(Coordinadores)

EL ARTE DE (DES)HACER MUNDOS

Estudios en torno al pensamiento de Joaquín Herrera Flores



Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat
Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí
Defensoría de Derechos Universitarios de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí
Centro de Investigación en Derecho Crítico de la Universidad Nacional de La Plata
Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla
Aguascalientes / San Luis Potosí / La Plata / Sevilla

2020

Medici, Alejandro (Coord.).

El arte de (des)hacer mundos. Estudios en torno al pensamiento de Joaquín Herrera Flores / Alejandro Rosillo Martínez (Coord.), 1ª ed. Aguascalientes-San Luis Potosí-La Plata-Sevilla: CENEJUS-UASLP-UNLP-US, 2020. 210 p.: 16.5x21 cm.

ISBN: 978-607-8645-16-9. 1. Filosofía crítica. 2. Epistemología. 3. Filosofía latinoamericana. I. Sánchez Rubio, David, coord., II. Título.

Primera edición, 2020

Colección Filosofía y otros saberes

© Derechos reservados por

Alejandro Medici, Alejandro Rosillo Martínez, David Sánchez Rubio (coordinadores)

© Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, A.C.

Colón #443, Barrio de Triana,
20240, Aguascalientes, Ags., México

© Universidad Autónoma de San Luis Potosí

Álvaro Obregón #64, Centro
78000, San Luis Potosí, S.L.P., México

© Universidad Nacional de La Plata

Av. 7 n° 776, B1900
La Plata, Provincia de Buenos Aires, Argentina

© Universidad de Sevilla

Calle San Fernando, 4,
41004, Sevilla, España

ISBN 978-607-8645-16-9

Esta publicación fue aprobada a través de un proceso de dos dictámenes, a doble ciego, de pares académicos avalados por el Consejo Editorial del Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, el Comité Académico de la Maestría en Derechos Humanos de la UASLP, y el Centro de Investigación en Derecho Crítico de la Universidad Nacional de La Plata, con el objetivo de garantizar su calidad y pertinencia en la contribución a la generación y aplicación del conocimiento.

ÍNDICE

Prólogo por <i>David Sánchez Rubio</i>	7
Introducción por <i>Alejandro Medici y Alejandro Rosillo Martínez</i>	15
Una aproximación entre teorías críticas del derecho. Un estudio introductorio Larissa Ramina	25
Claves para una teoría crítica en derechos humanos. Aportes a partir del pensamiento de Joaquín Herrera Flores Manuel E. Gándara Carballido	45
La visión compleja de derechos humanos y sus consecuencias en las luchas sociales Alejandro Rosillo Martínez	75
La constitución como producto cultural. Proceso cultural liberador y poder constituyente Alejandro Medici	103
La virtud de los derechos humanos. Con Joaquín Herrera en la memoria Rodrigo Calderón Astete	121
Un enfoque de derecho crítico en la exigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales Manuel Jacques Parraguez	145
Comercio informal y derecho al trabajo en Argentina. A la luz de la teoría crítica de los derechos humanos de Joaquín Herrera Flores Lucía Cid Ferreira	161

Los malestares del derecho humano a la salud.	181
Un estudio desde el derecho crítico y la antropología médica Roxana Nayeli Guerrero Sotelo	
El derecho de propiedad y el acceso a la tierra en Colombia	197
en el marco de la justicia transicional y los Acuerdos de paz Elisa María Martín Peré	

PRÓLOGO

“VIVIR ES DISFRUTAR VIAJANDO, SIN MIRAR A LA CIMA DE LA MONTAÑA”

David Sánchez Rubio¹

El día 2 de octubre de 2019, se cumplían diez años desde el fallecimiento de Joaquín Herrera Flores. Agradezco a mi querido Alejandro Medici la invitación a participar en su homenaje celebrado en la Universidad Nacional de La Plata, en donde con mi eterna compañera Pilar Cruz Zúñiga, pude reencontrarme con estimados amigos que también tuvieron la suerte de conocer al lúcido e irreplicable iusfilósofo sevillano hace más de veinticinco años, como son Manuel Jacques y Diego Duquelsky. El encuentro fue lindo y fresco, manteniendo un poco el espíritu alegre y festivo que Joaquín nos transmitía cuando, entre sonrisas y seriedad informal, estábamos compartiendo junto a él, ideas, emociones y reflexiones. Asimismo, volver a ver a Alejandro Rosillo, Rodrigo Calderón Astete, Elisa Pérez, Lucía Ferreira Cid y Manuel Gándara fue gratificante y, además, un plus de buenos ánimos se añadió al tener la oportunidad de conocer a Enrique del Percio. También agradezco profundamente a Alejandro Rosillo y a Alejandro Medici, carnales del alma, que me hayan dado la oportunidad de hacer el prólogo y de coordinar con ellos este libro que es resultado de ese homenaje.

Leyendo la última novela de Leonardo Padura, *Como arena en el viento*, me vino a la cabeza una frase que Joaquín me expresó unos tres años antes de morir y en uno de esos encuentros en los que tratábamos de dejar atrás nuestros desencuentros: “David, no merece la pena que nos echemos los trastos y nos peleemos, pues al final, nos convertiremos en polvo de estrellas”. Él era muy consciente de nuestra finitud y de la irremediable contingencia humana, pero no por ello dejó nunca de pensar que el horizonte de lo humano está lleno de infinitud de posibilidades por la desbordante, insalvable e ilimitada capacidad que tenemos de crear y recrear mundos múltiples y plurales.

¹ Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.

Al igual que Leonardo Padura en su libro, el encuentro-homenaje de La Plata me hizo pensar el presente de nuestras vidas y los momentos de nuestro continuo ahora, con las historias del pasado que vivimos en la Sede Iberoamericana de La Rábida de la Universidad Internacional de Andalucía, donde se celebraron dos Cursos de Verano y cuatro ediciones del Programa de Maestría de Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Iberoamérica, dirigidos por Joaquín Herrera y coordinados por mí. La Rábida y muy cerquita de allí, Palos de la Frontera, son dos de los puntos geográficos de partida de las tres carabelas con las que Colón descubrió unas tierras a las que se bautizaría como América y que sería el inicio de una nueva fase evangelizadora y colonizadora de, principalmente, España, Portugal, Inglaterra, Francia y Holanda. No obstante, y paradójicamente, fuimos muchos quienes en La Rábida con las maestrías aprendimos a conocer la riqueza multicolor de América Latina y a percibir sus contextos de existencias llenos de tragedias, dramas, sabores, colores, ritmos, alegrías y celebraciones. Los cuatro años de cursos de postgrado nos permitió conocer y entablar amistades con mucha gente con clases intensivas clasificadas en módulos y con temáticas diversas estructuradas con perspectiva crítica. La Rábida, Palos, Moguer, Huelva, Sevilla, Andalucía, la España más allá de Despeñaperros e incluso Marruecos, nos ofrecían un contexto en el que el trabajo intenso en las aulas y en la biblioteca, se combinaba con las relaciones de ocio, de fiestas y de turismo para quienes podían permitirse viajar, como mínimo, los fines de semana. En ese monasterio académico apenas se dormía y muchas fueron las historias de amores y desamores, de uniones y separaciones entre quienes integraban el cuerpo académico y la totalidad del alumnado que formaba parte de las tres Maestrías confluyentes con cada edición anual (Neurociencia, Historia Latinoamericana y Teorías Críticas del Derecho), durante los tres meses que duraban los cursos. La intensidad profesional y la personal se mezclaban entre cantes hondos, ritmos flamencos y salseros, aderezado todo con las escapadas étlicas y culinarias al Raposo y al Lobito en Moguer. La Rábida era un ejemplo de algo que, por lo general, no en términos absolutos, diferencia a la gente de izquierdas de la gente de derechas: mientras estos duermen para preparar bien el día siguiente y seguir anclando sus proyectos de vida de hegemonía y desigualdades, la izquierda duerme poco y, entre copas, sigue discutiendo, al menos teóricamente, sobre qué mundo es el más justo, más igualitario y que sea posible. No obstante, he de

ser sincero que durante las veinticuatro horas del día no parábamos de trabajar, de estudiar, de leer, de escribir, de platicar y conversar, de flirtear, de beber y comer y otras cosas más. Joaquín, si alguna vez dormía, descansaba relajándose con sus paseos en bici y sus fugas en el todoterreno o en la motocicleta. Los que podían, también hacían lo mismo, pero otros corríamos, caminábamos y practicábamos otros deportes.

La riqueza de La Rábida nos permitió conocer a muchos de los representantes de la teoría crítica del derecho española y latinoamericana: a los miembros del movimiento *Direito Alternativo* brasileño y otros juristas con perspectivas cuestionadoras de la realidad del derecho (Amilton Bueno de Carvalho, Lédio Rosa de Andrade, Edmundo Lima de Arruda, Wilson Ramos Filho, Jacinto Coutinho, José Geraldo de Sousa Júnior, José Eduardo Faria, etc.); a Carlos María Cárcova, Alicia Ruiz, Enrique Marí, Manuel Jacques, Jesús Antonio de la Torre Rangel, Oscar Correas, Víctor M. Moncayo; a Modesto Saavedra, Antonio E. Pérez Luño, a Luigi Ferrajoli y a Ramón L. Soriano Díaz; a representantes del pensamiento de liberación, de la sociología crítica y de la teoría de la dependencia como Franz Hinkelammert, Héctor Silva Michelena, Theotonio Dos Santos (con esa maravillosa entrevista que Joaquín hizo a los tres), Marcos Roitman, Horacio Cerutti Guldberg, Eduardo Saxe-Fernández, etcétera.

Asimismo, mi vuelta al pasado desde mi continuo presente me ha hecho recordar también los años en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla a partir de 1998 con el Programa de Doctorado de Derechos Humanos y Desarrollo (que codirigí durante cuatro ediciones y bajo la inestimable colaboración del entrañable Fernando Dantas de Carvalho, al que tuve la fortuna de conocer en la tercera edición de la Maestría de La Rábida, y del también estimado, por unos años, Jesús Sabariego). Este programa todavía hoy permanece y con mucho mérito, pero ahora como Máster de Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo bajo la dirección de la admirable Carol Proner y coordinado, entre otros, por Jesús Abellán, Vicente Barragán y Manuel Gándara, cuatro de las personas más cercanas que en los últimos años acompañaron a Joaquín en un trágico final nunca querido y preocupadas, pese a la tristeza del recuerdo, de continuar este programa único de postgrado.

Dando continuidad al espíritu de La Rábida, el Doctorado en la UPO seguía siendo un espacio de encuentro intercultural y de discusión compro-

metida y crítica entre estudiantes procedentes, principalmente, de América Latina y grandes especialistas (como Franz Hinkelammert, Marcos Roitman y Eduardo Saxe-Fernández de nuevo, François Houtart, Helio Gallardo, Raúl Fornet Betancourt, Antonio Carlos Wolkmer, Edson Fachin, Salo de Carvalho, Boaventura de Sousa Santos, Raimundo Panikkar, Luis Villoro, León Olivé, Tomás Villasante, María José Fariñas, María José González Ordovás, Asier Martínez de Bringas, Felipe Gómez Isa, Xabier Etxeberria, Mikel Berraondo, Juan Antonio Senent de Frutos, entre muchos otros) sobre temas tan variados como el derecho, los derechos humanos, los pueblos indígenas, la globalización, los movimientos sociales, el diálogo intercultural, los derechos colectivos, el derecho penal del enemigo, el garantismo jurídico, el concepto de desarrollo, el capitalismo, las relaciones internacionales, etc. Fueron años inolvidables e intensos, en los que la fraternidad, las cenas en la casa de Lola y Joaquín y las tertulias por los bares de Sevilla, nos hicieron crecer en lo personal y en lo intelectual a muchas personas. También se pudieron iniciar amistades y relaciones salidas del alma y del corazón. En mi caso con Jorge Escobar, Uendel Ugatti, Leonardo Wandelli, Norman Solórzano Alfaro, Paula Viturro, Jheison Holthausen, Maristela Oliveira, Cristiano Müller, Gonzalo Domínguez, Ivone Fernandes Morcillo, Rodolfo Meoño, Oscar de la Torre y de Lara y Hernando Londoño, entre otros.

Ya dije en la necrológica que escribí sobre Joaquín hace unos años que, sin caer en reduccionismos ni pecar de simplista, había un libro escrito por Robert Pirsig: *Zen y el arte de mantenimiento de la motocicleta*, que condensaba la forma de ser y de pensar de Joaquín Herrera Flores. Cuando uno lo lee, percibe que el protagonista de la novela, Fedro, es Joaquín y creo que reunía y combinaba perfectamente todo lo que Pirsig describe en su magnífica obra. Si seleccionamos algunas de las ideas del libro podemos descubrir la filosofía de vida del iusfilósofo trianero y no damos cuenta de cómo exponía en sus clases los modos de pensar y la metodología de trabajo que nos ayudaba a investigar y a interpretar el mundo que nos rodea en su proceso continuo de cambio y de reacción cultural. Veamos algunos ejemplos:

Fedro perseguía el fantasma de la racionalidad y Robert Pirsig afirma que el fin último de la vida es seguir viviendo, pese a que para ese fantasma, dice, es imposible descubrirlo. Uno vive más tiempo para poder vivir más y eso Joaquín lo hizo hasta su último suspiro, pero desde la calidad romántica

descrita por el autor de la obra. La idea central del libro es el concepto de *Calidad*, y la define como el acontecimiento entre el objeto y el sujeto, entre el ser humano y su experiencia. Gracias a ella se conoce uno y otro. Seguidamente nos dice de la filosofía oriental que Zen es el espíritu del valle y no la cima de la montaña. Si se encuentra algún Zen en las cimas de las montañas es el Zen que les llevó a ellas. Para Fedro resulta mejor viajar que llegar y Joaquín siempre caminaba sin detenerse, ya fuera en bicicleta, en motocicleta, en un todoterreno o en su andar existencial, porque el presente era su única realidad, como también lo es para todos nosotros.

En otra parte del libro, Pirsig nos cuenta que la calidad del conocimiento es como un tren de mercancías y se divide en dos tipos: el conocimiento clásico que es más racional, teórico y objetivo; y el conocimiento o calidad romántica que se ejemplifica en la estética y el arte, siendo más subjetiva. El conocimiento clásico enseñado por la Iglesia de la Razón son todos los vagones y la máquina. En cambio, la calidad romántica, propio de las artes, es el borde de ataque de la locomotora, no es alguna parte del tren y se mueve en una superficie bidimensional. Pirsig insiste diciendo que el auténtico tren del conocimiento no es una entidad estática, va siempre a alguna parte, por una vía llamada calidad que es la que lleva al tren, siendo la calidad romántica el borde anterior de la locomotora. Y añade algo que quisiera subrayar y que expresa de la personalidad de nuestro querido maestro trianero: la realidad romántica es el filo cortante de la experiencia y el borde del ataque contiene todas las infinitas posibilidades del futuro, el mismo que Joaquín abría en su viaje existencial y vital como un filo cortante creativo de este preciso instante, aquí y hora que siempre y nada menos, es la totalidad de todo lo que hay. En esta línea ya afirmaba Zygmund Bauman que el conocimiento es una navaja que corta la realidad y sus conceptos. El auténtico tren de conocimiento no es ninguna entidad estática que aísla y separa, sino que va siempre a alguna parte por una vía llamada calidad. La vía de la calidad lleva al tren y es el filo cortante de la experiencia propio de las artes, del conocimiento romántico y de la racionalidad estético-expresiva. Con ello, se obtiene una combinación en red entre modos diversos de conocer el mundo que acentúan la capacidad creativa humana y la posibilidad de expresar las múltiples formas de ser sujeto. La calidad que crea el mundo surge como relación entre el ser humano y su experiencia. Es un participante en la creación de todas las cosas. Resulta que Joaquín manifestaba muy bien esa ma-

nera de entender la interpretación de la realidad y el modo de vivirla. Era un ejemplo de ejercicio de calidad romántica, pero en la que no renunciaba a la calidad clásica de clasificar y ordenar, sin detener el acontecimiento de cada presente y en un continuo estar entre, *on between*.

Asimismo, Fedro se lanza a la búsqueda de la *Calidad* porque, sin ella, el mundo no puede funcionar con normalidad. Pero debe ser la calidad romántica la principal, pues un mundo construido solo con objetividades, teoría y sin poesía, sin arte, ni estética, sin humor, sin chistes y sin risas, ni deportes, no la poseerá nunca con plenitud. Sin ella, la racionalidad quedaría incólume y el mundo podría funcionar, pero todo sería insulso. Calidad es sinónimo de todo aquello que vale la pena y da sentido a la vida para seguir viviéndola. Joaquín era un amante del deporte, de la literatura, del cine, de la poesía y del humor y su tren de mercancías poseía un empuje nítidamente orientado. Por eso siempre buscaba la calidad en todas sus investigaciones y en todos sus encuentros con los demás. Lo hacía percibiendo que todo es presente y acontecimiento, que nada está en el pasado ni está en el futuro, sino que hay que hacerlo con un sentido del disfrute y del compromiso con el tiempo y el espacio en cada acción y en cada relación que esculpía. Durante muchos años se iba con la bicicleta o su motocicleta a hacer caminos, sonreía potenciando el humor y construía mundos al leer o escribir literatura —un ejemplo de esta mirada se puede comprobar en su última obra, *O nome do Riso. Breve tratado sobre arte e dignidade*—. Cuando su corazón le impidió sobreesfuerzos, sustituyó la bici por su todo-terreno y su motocicleta, pero su tren nunca se detenía. De esta manera se permitía el lujo de añadir más movimiento a su vida y descubrir la calidad del mundo y de su gente.

Gracias a la lectura de *Zen y el arte del mantenimiento de la motocicleta*, descubrí de dónde “Fedro” Herrera Flores sacaba la idea de que era mejor viajar que llegar. Y que vivir tan sólo para una cierta meta futura es poco profundo. Son los flancos de la montaña y el espíritu del valle los que sustentan la vida, no la cumbre; o que hay instantes en la vida que es mejor acudir a las verdades colaterales, que son aquellas que se ven con el rabillo del ojo y que nos ayudan a avanzar cuando nos atascamos y no podemos avanzar, pues el conocimiento se expande por los costados, no linealmente. Joaquín nos enseñaba a mirar cambiando de dirección y desorientándonos inesperadamente para poder resignificar el mundo y, reaccionar ante él y en él para situarnos y ubicarnos mejor.

Inolvidable me resulta su paradigma de la complejidad de lo real uniendo los contextos con los objetos que investigamos en entornos de relaciones. “Fedro” Herrera Flores nos enseñó a que no hay que confundir la teoría o las declaraciones verbales acerca de la realidad con la propia realidad, ya que por ellas, se hacen guerras y se mata. También nos mostró la metodología y la actitud de quien utiliza las respuestas “Mu” propias de la cultura Zen y que quiebran la simplicidad de aquellas posiciones maniqueas y que dualizan la interpretación del mundo, fragmentándolo, amputándolo y jerarquizándolo. “Mu” es una respuesta que no quiere decir ni sí, ni no, sino “ninguna respuesta”, porque manifiesta que el contexto de la pregunta es tal que la respuesta a base de sí o no es errónea. Es decir, las respuestas “mu” son apropiadas cuando el contexto de la pregunta se hace demasiado pequeño para la verdad de la respuesta. Para Joaquín, el pensamiento liberal, el formalismo, el iusnaturalismo y la cultura cocida y nacida dentro del capitalismo en su versión dominadora tienen que ser cuestionados por medio de respuestas “mu”, ya que se necesita siempre ampliar los contextos de quiénes preguntan, de lo que se pregunta, del procedimiento que se utiliza para preguntar y para responder, y de las intenciones con la que se hace la pregunta. “Mu” dice que la respuesta está más allá de la hipótesis y, como el iceberg, hay que ir más allá de las apariencias o de las zonas iluminadas y que son naturalizadas sin cuestionamiento alguno.

Muchas otras analogías podría seguir describiendo entre *Zen y el arte de mantenimiento de la motocicleta* y la vida de Joaquín, pero es el momento de parar momentáneamente en este pequeño viaje, pasando a un plano más concreto de sus objetivos políticos, críticos y de análisis comprometido. Metafóricamente, como la *Calidad* es la vía que dirige al tren de mercancías, lo que hay fuera es tierra incógnita y es también la meta hacia la que apunta el método de lo que hace un átomo y a la forma que es su sustancia, Joaquín enfocó su calidad desde la crítica y el antagonismo hacia los sustancialismos y las metafísicas trascendentes que nos cegaban de nuestra plena inmanencia, cuestionando la cultura patriarcal, el capitalismo y el trascendentalismo iusnaturalista existente en muchos discursos de los derechos humanos. Para él le resultaba crucial potenciar la indignación frente a las injusticias y las opresiones, contribuyendo a visibilizar las asimetrías de las relaciones económicas, culturales, étnicas, sexuales y políticas existentes. Asimismo apostaba para que toda la humanidad, desde sus entornos y contextos plurales,

tuvieran, como sujetos activos, antagonistas y subversivos, el acceso igualitario y no jerarquizado a aquellos bienes que son necesarios y que son exigidos para poder desarrollar una vida digna de ser vivida y a partir del respeto de las diferencias. En estas ideas, el *conatus* spinoziano y la creatividad de Nietzsche aparecían como motor impulsor de las acciones humanas y Joaquín, profundizó en el diseño de lo que llamaría en el año 2000, el diamante ético como método de interpretación compleja, espacio-temporal, contextual y relacional de los derechos humanos. Así incorporaba, de manera más expresa, la centralidad de la idea de empoderamiento en el marco de la necesidad de recuperar la acción política en la lucha por los derechos humanos, la prioridad de una filosofía impura y una concepción material de dignidad, junto con la apuesta por un relativismo relacional. El proceso cultural era la expresión la riqueza de lo humano y su capacidad de reaccionar culturalmente en sus entornos de relaciones de manera plural, infinita, diferenciada y nunca cerrada. De esta manera representaba su espíritu de viajero por paisajes donde las cimas de las montañas nunca eran ni la meta ni el objetivo.

La pérdida de Joaquín sigue perdurando y muchos lo recuerdan con cariño y nostalgia. Este libro que prologo es un ejemplo de las muchas enseñanzas que nos impartió. En mi caso, confieso que sigo teniendo sueños con él y, en ellos, continuamos dialogando, discutiendo y creciendo entre risas y complicidades. Pese a mis desencuentros con él en los últimos años, no he dejado de seguir buscando su luz, su genio, sus despistes, sus ideas, su mala leche espontánea y rebelde, sus intuiciones y su manera de generar Calidad. He aprendido algo que me hizo crecer: a re-significar sin idolatrías sus aportes para proyectarlos sobre mi horizonte de sentido que, en un permanente presente cambiante, no deja de intentar disfrutar el viaje que no precisa llegar a ninguna cima.

En Sevilla, diciembre de 2020

INTRODUCCIÓN

Esta obra presenta diversas reflexiones en torno al pensamiento de Joaquín Herrera Flores. A través de nueve ensayos, autores de diversas partes de Iberoamérica, desarrollan diversos temas jurídicos tomando como base la teoría crítica que el autor sevillano desarrolló.

El orden de los artículos que componen esta obra, se presenta bajo esta lógica: en primer lugar, tres trabajos que nos muestran un panorama general de las principales categorías del pensamiento crítico y complejo propuesto por Herrera Flores; dos artículos que nos desarrollan dos aplicaciones de dicho pensamiento en el ámbito constitucional y ético; y, por último, cuatro artículos enfocados a la crítica y análisis de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

En el primer capítulo, Larissa Ramina propone un diálogo entre dos teorías críticas. Por un lado, la Teoría Crítica de los Derechos Humanos propuesta por Joaquín Herrera Flores, por otro, las TWAIL - Enfoques del Tercer Mundo al Derecho Internacional. El objetivo de esta aproximación es estrechar la cooperación jurídica entre estas doctrinas críticas del derecho, buscando articular y aproximar las investigaciones teóricas y las prácticas materiales, para intentar la construcción de un discurso jurídico crítico con mayor organicidad, lógica y consistencia. Se trata de denunciar colectivamente, y a partir de visiones teóricas diversas pero complementarias, las verdades instituidas y de avanzar en la emancipación de los modelos impuestos por las estructuras de dominación. Por lo tanto, así como las TWAIL buscan contribuir a la superación de los efectos del colonialismo en el sistema internacional, la teoría crítica propuesta por Joaquín también lo hace, invitando a plantear un tipo de humanismo que surja de la experiencia de la pluralidad de voces que hoy conforman las historias, y abandonar todo tipo de humanismo abstracto, se base o no en la pretendida universalidad de los derechos humanos, que se imponga desde alguna esfera trascendental a la experiencia.

Manuel Eugenio Gándara Carballido propone la formulación de algunos presupuestos y claves filosófico-metodológicas para una teoría crítica

de los derechos humanos, a partir del pensamiento de Joaquín Herrera Flores. Estos presupuestos pueden contribuir a subvertir los lugares comunes sobre los que descansa el pensamiento hegemónico occidental moderno de los derechos, favoreciendo así las luchas que pretenden construir alternativas de vida digna. En primer lugar, presenta algunas claves filosófico-epistemológicas, pasando luego a la formulación de claves metodológicas, formulando en las conclusiones algunas ideas a propósito de la necesidad de recuperar la dimensión política de los derechos.

Alejandro Rosillo Martínez analiz la visión compleja de derechos humanos propuesta por Herrera Flores, diferenciándola de las comprensiones simplificadoras que suelen caracterizar a las corrientes hegemónicas del pensamiento jurídico. Más allá del clásico debate entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, se centra en la coyuntura de un paradigma de la simplificación y un paradigma de la complejidad. Considera que esta segunda opción es más radical, pues a final de cuentas gran parte de las escuelas jurídicas dominantes se inscriben en el paradigma de la simplicidad, y su manera de comprender derechos humanos termina cercenando la realidad y la praxis histórica de liberación; por eso, ambas son construcciones idealistas de derechos humanos, a pesar de que entre ellas existan diversos puntos de oposición. En efecto, afirma que la visión compleja de derechos humanos, que desarrolló Joaquín Herrera, contribuye a una perspectiva que los transforma en herramientas de liberación de los pueblos y sujetos ubicados en las periferias de los sistemas.

Alejandro Medici aborda las constituciones como productos culturales peculiares, pues de un lado producen la objetivación de preferencias sociales generalizadas, del resultado de los procesos de lucha por la apertura y consolidación de espacios de dignidad humana, pero de otro articulan, en el proyecto constitucional, distintas dimensiones de los campos sociales: política, economía, ecología, etc. Resultan ser uno de los escasos productos culturales donde sociedades sometidas al individualismo y la hiperespecialización recuperan una mirada holística de sí mismas en proceso cultural. Así, brindan un “resumen oficial” de los imaginarios en el proceso cultural; presentan potenciales y peligros que dependen de las metodologías de la acción social hegemónicas para desplegar los proyectos constitucionales, siempre en pugna. El autor trata de pensar desde la propuesta de Joaquín

Herrera Flores una teoría constitucional crítica que puede hacer frente tanto al reduccionismo formalista y dogmático de la complejidad, como principalmente al ataque del capitalismo neoliberal en su fase de acumulación financiera.

Rodrigo Calderón Astete aborda la virtud de los derechos humanos. Afirma que la inversión de los valores ha resultado una de las máquinas más eficaces de producir subordinación al operar sobre la percepción de las relaciones para opacar la realidad y despojar de potencia a las luchas de producción de dignidad. Mediante esa producción de subjetividad la actitud del sujeto de derechos es capturada, la ética de la acción es transformada en una moral de la pasividad. Hechos sinónimos lo bueno y el bien, lo inmóvil/inmueble, cosa de acumulación y posesión la base de supuestos no conflictos es la virtud de aceptar lo que está dado. Eso ocurrió con la ética de la acción basada en la virtud, respecto de la cual operó su deconstrucción y transformación en beatitud, en moralidad de la inacción, en el sometimiento a dictados abstractos, a la primacía de la ética formal por sobre una orientada a las necesidades de construcción de lo común, estableciendo que los estatutos confieren realidad institucional a la verdad que declaraban y ocultaban lo real y sus conflictos. Lo anterior está relacionado con aquello que Joaquín Herrera Flores denominada el doble rasero de los derechos humanos, que coloca las declaraciones sobre ellos por encima de las luchas por los derechos y subsume en la forma lo real y las formas de acción que de allí derivan. Repensar este punto es clave, recuperar la idea de la potencia en la ética de la acción implica salir de la subjetividad formal que logra, el intermediar al sujeto, inmovilizar y subordinar las luchas por los derechos. En esa óptica repensar la ética, el modo y la lucha por los derechos humanos resulta más urgente que nunca en tiempos de pasiones tristes.

Manuel Jacques Parraguez realiza el planteamiento de la visión compleja de derechos humanos que propone Joaquín Herrera Flores, como procesos de resistencia. A partir de esta propuesta, y observando la profunda inequidad, exclusión, desigualdad y la presencia cada día más fuerte de una sociedad del abuso, de la depredación, indolencia e indiferencia, se interroga ¿cómo podemos avanzar hacia una sociedad cuya plataforma del orden social, económico y político esté sustentada en una constelación de

derechos humanos que expresen el avance de la construcción social en defensa de la dignidad humana?

Lucía Cid Ferreira aborda el comercio informal y derecho al trabajo en Argentina. A principios del año 2017 ocurrieron importantes conflictos en la frontera noroeste de Argentina que involucraron a trabajadores informales (“bagayeros” y “bolseros”) cuya actividad suministra mercaderías al comercio informal extendido en el país. En ese contexto, su artículo propone abordar el fenómeno del comercio informal como una realidad expandida y consolidada que desafía lo reglado en distintos ámbitos del derecho, al mismo tiempo que, en un contexto económico de insuficientes y precarias opciones en el mercado de trabajo formal, se legitima en el derecho que tiene todo ser humano a trabajar y ganarse la vida, como reconocen los tratados de derechos humanos. A partir de una exposición de datos referidos al comercio informal y de los conflictos mencionados, se aboca a la discusión teórica sobre la efectividad de los derechos económicos de cara a la dinámica de la economía capitalista local y global que crea superpoblación relativa en el mercado de trabajo y consecuentemente informalidad y precariedad laboral. En este marco, discute los límites de la concepción tradicional y hegemónica (liberal) de los derechos humanos para garantizar la consecución de esos derechos, considerando la crítica realizada por Joaquín Herrera Flores.

Roxana Nayeli Guerrero Sotelo analiza y critica el proceso jurídico a través del cual se ha creado el sentido del derecho humano a la salud, identificando los malestares que han posibilitado no sólo su surgimiento sino su permanencia existencial. Dicho proceso es contextualizado en México, y específicamente en el estado de Oaxaca. Se vale tanto el Diamante Ético como las categorías filosóficas del derecho crítico, ambos propuestos por Joaquín Herrera Flores. Por lo que respecta a los procesos de atención-salud-enfermedad utiliza los conceptos de la antropología médica con claves de teoría crítica a fin de abordar la salud como un proceso social, cultural y creativo que determina ciertos parámetros o estándares de normalidad del cuerpo-alma del individuo y del cuerpo social; ello le permite poner en evidencia que ante el modelo biomédico hegemónico existen modelos tradicionales y de autocuidado que en ocasiones escapan o pasan desapercibidos por el discurso y la praxis predominante de los derechos humanos.

Por último, Elisa Martín Peré aborda el derecho de propiedad y el acceso a la tierra en Colombia en el marco de la justicia transicional y los Acuerdos de Paz. La política de restitución de tierras a víctimas del conflicto armado en Colombia es uno de los mecanismos previstos en la justicia transicional, que tiene por objeto reparar a los casi ocho millones de víctimas. El Acuerdo de Paz suscrito entre el gobierno y las FARC-EP prevé instaurar la justicia agraria para resolver los conflictos de tierras en el país, siendo un antecedente importante para su desarrollo el trabajo adelantado por los jueces de restitución de tierras. Estos, han impulsado una interpretación alejada del histórico formalismo y carácter descontextualizado de la cultura jurídica colombiana desde un enfoque holístico de los derechos humanos, a la hora de afrontar la problemática en torno a la tierra y su solución. Paralelamente, otras prácticas jurídico políticas del estado colombiano van en sentido contrario, lo cual trata de ser contrarrestado por el movimiento social compuesto por organizaciones campesinas, sociales, indígenas y ambientales, que reclaman el derecho a la tierra y el territorio, derecho reconocido a nivel internacional recientemente, que refleja la necesaria interdependencia de los derechos humanos.

* * *

Entre el 7 y el 10 de mayo de 2019 se realizaron en La Plata, Argentina, las “I Jornadas Internacionales de Derecho Crítico Joaquín Herrera Flores”, en el marco de la “Semana del Derecho Crítico” conjunto de eventos que marcaron la presentación del Centro de Investigación en Derecho Crítico (CiDerCrit) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, organizador junto a la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, y el Instituto Joaquín Herrera Flores de este encuentro donde se propuso reflexionar, a partir del recuerdo de las enseñanzas de Joaquín sobre temas de derechos humanos en perspectiva crítica.

Participaron como expositores y expositoras: David Sánchez Rubio, Alejandro Rosillo Martínez, Larissa Ramina, Gisele Ricobom, Manuel Gándara, Diego Duquelsky, Lucía López Ferreira, Enrique Del Percio, Elisa

Martín Peré, Manuel Jacques, Rodrigo Calderón, Roxana Guerrero Sotelo, Gina Chávez Vallejo y Alejandro Medici.

Fue la ocasión para reunir, a varios/as de los/las participantes como estudiantes, investigadores/as y docentes de los espacios académicos que tanto Joaquín, como David Sánchez Rubio dirigieron y animaron en Sevilla, Andalucía, allá por la última década del siglo pasado y la primera del que está corriendo: el programa de doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide, como la Maestría en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Iberoamérica, en la Universidad Internacional de Andalucía.

Ambos espacios articularon el diálogo iusfilosófico y social crítico entre las redes de activismo jurídico, teoría crítica del derecho, servicios jurídicos populares de América Latina y Europa. El lugar “in between” de Andalucía, que integra la UE y al mismo tiempo por características histórico-sociales podría muy bien formar parte del Sur global, como lugar de enunciación, generó un marco de apertura cultural y sensibilidad social donde germinó un espacio de pensamiento social y jurídico crítico que ha sido fundamental para todos y todas las participantes de esta experiencia.

Dicha experiencia y ese espíritu se prolonga y renueva hoy en la actividad de todos y todas las que de una forma u otra siguen vinculados/as al pensamiento de Joaquín, en especial en las actividades de las instituciones organizadoras de estas “I Jornadas Internacionales de Derecho Crítico”. La prematura partida de Joaquín Herrera fue como una patada a nuestro “hormiguero”, pero poco a poco vamos volviendo y construyendo, trabajando otros nuevos lugares desde donde recrear la actitud y el compromiso crítico que con él construimos.

Es así, con el retraso de los tiempos institucionales y especialmente con el producido por la pandemia que, cuando escribimos estas líneas sigue azotando al mundo, damos a luz este texto que reúne los pensamientos de quienes nos congregamos entonces para pensar los desafíos a los derechos humanos, acudiendo a, y renovando desde, las exigencias y situaciones actuales las enseñanzas de Joaquín.

Unas palabras entonces sobre nuestro querido Joaquín Herrera Flores, nacido en Triana, barrio con fuerte identidad propia de la capital andaluza, Sevilla, en 1956. Apasionado por la música, de linaje gitano, amante de

las motocicletas, el ciclismo, el amor, los momentos de alegría y esperanza compartidos, de intensa vida hasta que se nos fue prematuramente en octubre de 2009.

En lo académico mencionamos muy sintéticamente algo de su hoja de vida: Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla desde el año 1986, al inicio de su actividad académica se desempeñó como profesor de Filosofía del Derecho en esa misma universidad, pasando posteriormente a la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, donde facilitaría las cátedras de Filosofía del Derecho y Teoría de la Cultura. En esta misma universidad creó y dirigió el Programa de Doctorado en “Derechos Humanos y Desarrollo”, así como varios cursos de “Formación Especializada” en Derechos Humanos, Paz y Cooperación al Desarrollo. Mientras tanto en la sede de La Rábida de la Universidad Internacional de Andalucía, dirigió la Maestría en “Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en Iberoamérica”. Fue, además, presidente de la Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos y profesor y colaborador en varios centros universitarios, entre los que podemos citar el *Centro de Estudos Sociais* de la Universidad de Coimbra; el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, Bilbao; el Instituto de la paz y los conflictos de la Universidad de Granada; el Instituto Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid; el Programa de Naciones Unidas para Derechos Indígenas; el Institute of Latin American Studies, University of Liverpool, Reino Unido; el International Centre of Participation, University of Bradford; la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá); la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); la Universidad Nacional de Heredia, (San José de Costa Rica); La Universidad Nacional de La Plata, (Argentina); la Universidad de Buenos Aires y varias Universidades Federales de Brasil: Paraná, Santa Catarina, Pernambuco, Brasilia, Bahía, PUC de Porto Alegre (entre otras).

Muy sintéticamente, no podemos dejar de mencionar algunos de los aportes del pensamiento y los diálogos en los que Joaquín Herrera fue principal dinamizador.

La construcción de una teoría crítica de los derechos humanos donde las normas e instituciones refieren a objetivaciones históricas de necesidades radicales (aquellas que no pueden satisfacerse en contextos de opresión y explotación). Donde el joven Joaquín toma enseñanzas de la Escuela de

Budapest, especialmente de Giorgy Lukacs y Agnes Heller, así como de su recepción sevillana por Antonio E. Pérez Luño.

De ahí se hizo evidente lo que Joaquín llamaría una teoría compleja, impura y relacional del derecho y de los derechos humanos como procesos que abren y consolidan espacios (normativos, institucionales, sociales) de lucha por las plurales formas de entender la dignidad humana, que requieren entonces metodologías de estudio que facilitan una comprensión inter y transdisciplinaria, intersectorial e intercultural de los mismos, que, por supuesto, variará sus acentos y concreciones según los problemas y casos estudiados. De ahí el carácter polifacético de los problemas históricos, sociales, políticos, jurídicos que se presentan al estudiar derechos humanos y que metafóricoizó con la imagen del “diamante ético”.

También de allí maduró la convicción de que esos derechos son productos de un proceso de reacción cultural frente a las relaciones entre nosotros, con nosotros mismos, y con la naturaleza. Esa certeza motiva una teoría de la cultura y de los derechos como productos culturales que lejos de reposar en lo dado, en lo fáctico condicionante, enfatiza la dimensión instituyente de los derechos, la posibilidad de abrir procesos culturales emancipatorios, línea de pensamiento que ha sido profundizada y desarrollada por David Sánchez Rubio en varias de sus obras.

Joaquín Herrera Flores anticipa el actual giro descolonizador e intercultural de los derechos humanos, dialogando con los estudios poscoloniales (Said, Babha, entre otros/as) y referenciando las plurales formas de entender y practicar la dignidad humana, que debían ponerse en diálogo a través de lo que hacia el 2000, denominaba “relativismo relacional” y teniendo en cuenta que, si bien Occidente inventó el significante hoy generalizado (derechos humanos) de la dignidad, la experiencia occidental no puede asimilarse sin más como contenido o metodología de la acción social, a las plurales expresiones de dicha dignidad humana, que se enuncia y practica desde múltiples mundos. De ahí la posibilidad, siempre presente, de un uso ambivalente, sesgado ideológicamente de los derechos humanos y la necesidad de su “reinención”, de su apertura y problematización desde el pensamiento crítico.

En realidad, todos estos pensamientos críticos que animan la docencia, investigación y acción en materia de derechos humanos son el producto

de un contexto de diálogo en red que propició los intercambios y aprendizajes mutuos con la filosofía de la liberación latinoamericana, con el pensamiento social crítico, los movimientos sociales y organizaciones populares y las experiencias de uso alternativo del derecho y pluralismos jurídicos. Siempre tendiendo un puente, generando un punto de encuentro entre América Latina y Europa a través de los espacios formativos que fueron el Doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide, y la Maestría en Teorías Críticas del Derecho y de la Democracia en Iberoamerica, codirigidas con David Sánchez Rubio que prologa este libro.

En función de este clima de diálogo y convergencia de planteos y experiencias críticas, se encontraron fecundamente Franz Hinkelammert, Rosario Valpuesta, Enrique Dussel, Luigi Ferrajoli, Ma. José Fariñas Dulce, Boaventura de Sousa Santos, Jesús Antonio de La Torre Rangel, Oscar Cooreas, Ma. José Gonzáles Ordovás, Amilton Bueno de Carvalho, Antonio Carlos Wolkmer, Alicia Ruiz, Manuel Jacques, Juan Antonio Senent, Ana Rubio Castro, Helio Gallardo, Norman Solorzano, Carlos Cárcova, Nuria Cordero Ramos, Pilar Cruz Zuñiga, Tomas Villasante, el propio David entre otras y otros. Dada la continuidad de estas ideas en las instituciones y personas que coorganizaron y participaron de estas jornadas podemos hablar, como dijo otro de los animadores de estos felices intercambios, Fernando Antonio de Carvalho Dantas, de una verdadera “Escuela de Sevilla” que sigue floreciendo y dando brotes en distintas direcciones y lugares.

A todas y todos los/las mencionados hay que agregar a los autores de los textos que en este libro presentamos y a quienes por circunstancias de tiempo, espacio y trabajo no pudieron asistir como Lucas Machado, Carol Proner, Prudente Jose Silveira Melho, Vicente Barragán, Paula Viturro, Wilson Ramos Filho, Oscar Arnulfo de la Torre, Lola Cubells y tantos y tantas otros y otras que siguen alimentando estas ideas y con los que hemos tenido el gusto de aprender y dialogar, que la enumeración siempre resultará incompleta, así que el agradecimiento a todos y todas ellos y ellas.

Joaquín estaría hoy seguramente preocupado por los asedios y negaciones actuales de la dignidad humana y seguiría, sin duda, tejiendo la densidad y riqueza de estas redes críticas. Estaría preocupado por la emergencia de una nueva derecha aporofóbica, misógena, homofóbica y racista en

Europa y América, enfadado con la tanatopolítica migratoria de la Unión Europea, horrorizado por la crisis ecológica confirmada y desatada, por la persecución política y mediática a los movimientos populares, por la llamada “posverdad”; en fin, indignado por la desigualdad social, la brecha entre los menos y más ricos y los más y más pobres, y estaría apoyando todas las luchas por las plurales formas de entender la dignidad humana que plantean alternativas y resisten esos estados de cosas.

No podríamos terminar estas breves líneas introductorias sin agradecer a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, su Secretaría de Relaciones Institucionales que facilitó la realización de estas jornadas a través de su titular Fernando Maitini, a todo el equipo del CiDerCrit, Dino Dinella, Pablo Octavio Cabral, Guillermo Raúl Moreno, Lucio Vallefin, en especial a Gabriela Alvarez Santos, cuyo trabajo ha sido fundamental para concretar las jornadas, y su producto, este libro; a la Maestría en Derechos Humanos y a su coordinador académico, Alejandro Rosillo Martínez que coorganizan, participan y facilitan la edición de este libro en la colección de pensamiento crítico del derecho y de los derechos humanos que tanto Alejandro como Jesús Antonio de la Torre Rangel coordinan y que es uno de los notorios lugares donde florece el diálogo y espíritu de los espacios que Joaquín Herrera y David Sánchez organizaban. También a las instituciones auspiciantes: la Asociación Brasileña de Juristas por la Democracia (ABJD), la Revista Derechos en Acción de la UNLP (Redea), y el Instituto Joaquín Herrera Flores. Y a la Fundación Río de La Plata y su director Julio Alak, que nos cobijó y alimentó con calidez luego de las jornadas para reponer energías y deleitarnos con unos tangos en la ciudad de La Plata.

En La Plata, Argentina / San Luis Potosí, México
Diciembre 2020

Alejandro Medici
Alejandro Rosillo Martínez

UNA APROXIMACIÓN ENTRE TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO

Un estudio introductorio

Larissa Ramina¹

1. Introducción: las teorías críticas del derecho

La expresión “Teoría Crítica del Derecho” demarca el surgimiento y la evolución de un pensamiento que se opone a las teorías jurídicas tradicionales dominantes, en el sentido de cuestionar lo que está normalizado y oficialmente consagrado, y la apertura de la posibilidad de concebir otras formas no alienantes, diferenciadas y pluralistas de práctica jurídica.²

Se puede conceptualizar teoría crítica como el instrumento pedagógico que permite una toma histórica de conciencia, desencadenando procesos que conducen a la formación de agentes sociales poseedores de una concepción de mundo antidogmática, participativa, transformadora y orientada a la emancipación social. La propuesta crítica no parte de abstracciones, sino de la experiencia histórico-concreta y de la práctica cotidiana insurgente, de los conflictos, las interacciones y de las necesidades humanas esenciales.

Es evidente que la teoría crítica expresa la idea de una racionalidad vinculada al proceso histórico-social y a la superación de una realidad marcada por la injusticia, articulando dialécticamente la “teoría” con la “praxis”. Se sabe que no se trata de una única teoría crítica, sino de varias corrientes teórico-metodológicas que proponen una postura antidogmática y antiformalista.

Las teorías críticas, por lo tanto, exigen un desafío global y radical a las relaciones de dominación y estructuras sociales de poder. En este contexto, el papel de la teoría crítica es el de desafiar la hegemonía y la legitimidad de las estructuras de dominación, exponiendo sus bases.

¹ Universidade Federal do Paraná.

² Wolkmer, Antonio Carlos, *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2002, pp. 1-4.

En ese sentido, este estudio se propone revisar algunas de las contribuciones de las teorías críticas del derecho al derecho internacional, intentando la aproximación de dos de esas corrientes. El objetivo es aproximar, por un lado, la teoría crítica formulada por Joaquín Herrera Flores, y de otro, las TWAIL. El movimiento conocido como TWAIL (*Third World Approaches to International Law*), por su sigla en inglés, puede ser traducido como “Enfoques del Tercer Mundo al Derecho Internacional”.

El objetivo de esta aproximación de las TWAIL con la teoría crítica de Joaquín sería estrechar la cooperación jurídica entre estas doctrinas críticas del derecho, en razón de la “necesidad de articular y aproximar las investigaciones teóricas y las prácticas materiales, para intentar la construcción de un discurso jurídico crítico con mayor organicidad, lógica y consistencia”.³ Se trata de denunciar colectivamente, y a partir de visiones teóricas diversas pero complementarias, las verdades instituidas y de avanzar en la emancipación de los modelos impuestos por las estructuras de dominación. Cuantos más esfuerzos académicos interactúen colaborando y conspirando, mejores serán los resultados alcanzados.

2. TWAIL: una brevísima presentación

En los últimos siglos, el mundo fue escenario de la universalización de normas eurocéntricas y de un tipo particular de cultura por medio de la implantación del colonialismo y del predominio de determinados modelos económicos, sociales y políticos. Por eso, una de las críticas más contundentes al derecho internacional es la acusación de que se trata de un régimen eurocéntrico, que ayudó a construir y mantener un mundo de injusticia profunda caracterizado por la violencia, explotación, dominación, desigualdad, jerarquización y pautado en la concepción de la misión civilizatoria y en la dicotomía civilización versus barbarie.⁴

Mohammed Bedjaoui, por ejemplo, sostiene que es posible identificar en la base del derecho internacional la preeminencia de cuatro prejuicios europeos específicos: la Europa geográfica como el centro, el cristianismo,

3 Wolkmer, Antonio Carlos, *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*, op. cit.

4 Rajagopal, Balakrishnan, “International law and its Discontents: Rethinking the Global South”, en *American Society International Law Proceedings* 106, 2012, pp. 176-181.

la economía de mercado y el imperialismo político como paradigmas superiores.⁵

Fue solo con el movimiento de descolonización en la pos-Segunda Guerra que el coro de las voces de los ex colonizados puede ser escuchado a partir de la formación y ascensión del entonces recién llamado “Tercer Mundo”.⁶

En este sentido, hay un segmento específico de la teoría crítica, que es la de los estudios postcoloniales, enfocada en el análisis de los legados del colonialismo, y enfocado en la observación del orden mundial desde la perspectiva de los países ubicados fuera del eje de poder hegemónico. El pensamiento poscolonial permite una mirada historiográfica hacia el derecho internacional a fin de desnaturalizar y deconstruir categorías, conceptos y narrativas, resistiendo al olvido de la historia, o de las historias, que llevaron a los resultados de la colonización, y por lo tanto la idea propuesta sería la de reexaminarlas todas.

Las TWAIL se insertan en la perspectiva de la postcolonialidad y de la subalternidad⁷, entendiendo que es necesario deconstruir los legados

5 Bedjaoui, Mohammed, *Pour un nouvel ordre économique international*, UNESCO, Paris, 1979, L. 54.

6 La expresión “Tercer Mundo” fue acuñada por Alfred Sauvy, demógrafo francés y el primer director del Institut National des Etudes Démographiques. Sauvy escribió una columna, “Trois Mondes, Une Planète”, en la que manifestaba su preocupación con la situación de los países pobres en el contexto de la Guerra Fría. Envueltos en una carrera armamentista, el Occidente capitalista y el Oriente comunista ignoraron el hambre, la pobreza y la enfermedad en el mundo. “Finalmente, ese Tercer Mundo - ignorado, explotado, despreciado como el Tercer Estado - también quiere ser algo.” La audiencia francesa de Sauvy comprendería la alusión al Tercer Estado. Antes de la Revolución Francesa, los Estados Generales eran el cuerpo legislativo de Francia, compuesto por el Primer Estado (el clero), el Segundo Estado (la aristocracia) y el Tercer Estado (los plebeyos - todos los otros). En 1789, el Abad Sieyès, filósofo y revolucionario, publicó un panfleto que comenzaba diciendo: “¿Qué es el Tercero Estado? Todo. ¿Qué tiene sido hasta ahora en el orden político? Nada. ¿Qué desea ser? Algo.” En el esquema implícito de Sauvy, “el occidente capitalista era la aristocracia, el bloque comunista el clero y las sobras... las sobras.” Pooja, Bathia, “How French Revolution gave birth to the Third World”. Acceso el 10 de febrero de 2019, <http://www.ozy.com/flashback/how-the-french-revolution-gave-birth-to-the-third-world/31320>.

7 Los estudios relacionados con la idea de subalternidad surgieron en la India antes de las TWAIL, pero se entiende que esos estudios tuvieron un impacto contundente en los autores indios que se identificaron como *twailers*, y que las pautas de ambos enfoques son

coloniales del derecho internacional para intentar transformarlo en algo que pueda llegar a tener alcance mundial, y sea capaz, desde el respeto a los diversos contextos y procesos sociohistóricos, de servir como instrumento de emancipación de los pueblos y países del llamado tercer mundo. Las TWAIL comprenden, por otra parte, que el derecho internacional, tal y como ha venido siendo formulado es esencial para la reproducción de estructuras de opresión como capitalismo, imperialismo, neocolonialismo y patriarcado.⁸

Se trata, por tanto, de proponer un “giro descolonial” en el derecho internacional, en el sentido de liberarlo de todos sus vínculos con el colonialismo, y de pensar a partir de categorías negadas, cuestionando los postulados de las teorías políticas liberales y neoliberales, sobre cuyas contradicciones el sistema jurídico contemporáneo se funda.

No obstante, es importante observar que tanto la diversidad como la heterogeneidad son características de las TWAIL; a ello responde la elección del término “enfoques”. Esta es también la razón por la cual los estudios asociados con estos enfoques pueden diferir significativamente en el

próximas. La expresión “subalterno” comenzó a ser utilizada en los años 1970, en la India, como referencia a las personas colonizadas en ese contexto, proponiendo un nuevo enfoque en su historia, vista hasta entonces estrictamente desde la perspectiva de los colonizadores. En consecuencia, surgieron la expresión “subalternidad” y los estudios dedicados a ella, que comenzaron en los años de 1980 a partir de la obra de investigadores como Ranjít, Guha y Gayatri Chakravorty Spivak. El “subalterno” se refiere al marginado, al que no tiene voz o representatividad, en consecuencia, de su status social, tanto en términos de clase, casta, edad, género y trabajo. Los estudios subalternos sur-asiáticos buscaron reescribir la trayectoria de la India colonial a partir de la visión de los subalternos, promoviendo una historia alternativa al discurso oficial de los historiadores, que representara la narrativa de la verdad de los subalternos. En el texto seminal “Can the subaltern speak?” Spivak apunta al término “subalterno”, no solo como una palabra clásica para el oprimido, sino también como representación de los que no consiguen lugar en un contexto globalizante, capitalista, totalitario y excluyente, en el cual el “subalterno es siempre el que no puede hablar, pues, si lo hace, ya no lo es”. Los autores indios en el ámbito de las TWAIL fueron claramente inspirados en los estudios subalternos, lo que lleva a pensar que autores como Ranjít Guha y Gayatri Spivak fueron precursores importantes del movimiento TWAIL, que ayudaron a la nueva generación de académicos a romper el velo del formalismo mantenido y patrocinado por los investigadores occidentales.

8 Chimni, B. S., “The World of TWAIL: Introduction to the special issue”, 3 *Trade L. & Dev.* 3, 2011, p. 17.

método, la epistemología empleada o el enfoque político.⁹ No se diferencian, sin embargo, en relación con las críticas al derecho internacional y a los objetivos que las TWAIL deben perseguir.

Los autores que se identifican como *twailers* han planteado importantes preguntas sobre el derecho internacional, como el papel de las instituciones financieras internacionales y el derecho económico en general, actuando como agentes que han perpetuado en gran medida la reproducción de la explotación económica del Tercer Mundo; las leyes de la guerra y la redefinición del concepto de terrorismo; el derecho penal internacional; y especialmente la relectura de la historia del derecho internacional y su papel en la reproducción y legitimación de las prácticas coloniales y neocoloniales, así como la crítica de los derechos humanos.¹⁰ Por otro lado, los *twailers* utilizaron las fuentes históricas de las doctrinas del derecho internacional para desafiar su veracidad y demostrar que el derecho internacional no se basa en compromisos intelectuales y morales que reflejen su tema globalmente, sino solo su historia europea. Es por esto que habría un espacio significativo para reflexionar sobre las tesis TWAIL en la doctrina internacional tradicional.¹¹

Un punto importante a abordar es el hecho de que los *twailers* se han dedicado a estudiar la evolución histórica del derecho internacional, con el objetivo de mostrar la relación dialéctica entre este último y el colonialismo y con el poscolonialismo, así como el papel desempeñado por el primero para permitir al segundo, impulsado en gran medida por la misión civilizadora que tenía como objetivo definir la relación entre europeos y no europeos.¹² El análisis histórico se considera de gran relevancia porque, en un

9 Badaru, Opeoluwa Adetoro, “Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law”, en *International Community Law Review* 10, 2008, pp. 379-387, 381.

10 Bachand, Rémi, “Critical Approaches and the Third World. Towards a Global and Radical Critique of International Law”, Conferencia pronunciada en la University McGill, 24 de marzo de 2010.

11 Sunter, Andrew F., “TWAIL as Naturalized Epistemological Inquiry”, en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 20, 2007, pp. 494-498, 480.

12 Bachand, Rémi, “Critical Approaches and the Third World”, *op. cit.* El autor recuerda: “Por ejemplo, Makau Mutua explica cómo los Protocolos y las Actas Generales de la Conferencia de Berlín tuvieron el efecto de legalizar la colonización de África y la imposición de fronteras en este continente que no tenían absolutamente nada que ver con sus reali-

momento, la colonización se justificó por normas derivadas de la ley natural, como el derecho al comercio o el derecho a la vivienda. Hoy, la recolonización está permitida por principios como el “buen gobierno” y el respeto de los derechos humanos.¹³ En esta ocasión, el otro lado de la relación dialéctica se refiere a la construcción del derecho internacional, y la doctrina del reconocimiento es un ejemplo que permitió a los europeos establecer los criterios para distinguir entre estados soberanos y otros. Los *twailers* comúnmente denuncian enérgicamente los propósitos poco claros del derecho internacional.

Karin Mickelson ha identificado las contribuciones más importantes que las perspectivas de TWAIL aportan a cualquier campo, en particular al derecho internacional de los derechos humanos, como un énfasis en la interconexión de varios temas, guiado por el deseo de deconstruir límites rígidos entre diversas áreas del conocimiento, como la economía, los derechos humanos o el medio ambiente. Por otro lado, los *twailers* acentúan el énfasis en la historia, caracterizada por el hecho de que no existe una intención real de considerar ningún problema como no histórico, o caracterizado por separar el derecho del contexto histórico en el que se desarrolló.¹⁴ Quizás la característica más llamativa del análisis TWAIL sea efectivamente la presencia obligatoria del aspecto histórico.

En ese sentido, las TWAIL son un movimiento reconstructivo, cuya epistemología consiste en revisar y alterar todos los factores que crean, promueven, legitiman y mantienen jerarquías y opresiones.¹⁵

Las teorías críticas del derecho internacional, por lo tanto, buscan principalmente mostrar la contingencia de categorías legales usadas y frecuentemente reafirmadas, para mostrar que ellas no son ni naturales ni in-

dades sociales; que “las guerras de conquista y los tratados fraudulentos con gobernantes y sociedades africanas eran los medios para la imposición efectiva de la soberanía europea, a pesar de la naturaleza fraudulenta de esos tratados; y las fronteras coloniales fueron finalmente validadas y legitimadas por la Liga de las Naciones y las Naciones Unidas”.

13 *Ibidem*.

14 Mickelson, Karin, “Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse”, en *Wisconsin International Law Journal* 16, 1997-1998, p. 375.

15 Chimni, B. S., “Third World Approaches to International Law: A Manifesto”, en *International Community Law Review* 8, 2006, pp. 3-27, 26.

evitables¹⁶, sino que reflejan una situación real específica, que puede, en cualquier caso, ser desafiada.

3. Derechos Humanos, TWAIL y Teoría Crítica

Creemos que hay un gran potencial en la perspectiva de las TWAIL para teorizar concepciones alternativas de derechos humanos, principalmente gracias a las nuevas lecturas de la historia que éstas traen al estudio del derecho internacional, y de los derechos. Tal enfoque histórico hace posible “identificar las exclusiones históricas inherentes al discurso moderno de los derechos humanos, así como las luchas históricas contra tales exclusiones”.¹⁷

En estrecha síntesis, sería posible identificar tres tipos de críticas principales que las TWAIL dirigen a los derechos humanos. La primera está centrada en la relación entre universalidad y particularidad, es decir, las TWAIL argumentan que el corpus actual “universal” y “oficial” de los derechos humanos se basa esencialmente en la filosofía europea, aunque el concepto de derechos humanos no es exclusivo de las sociedades europeas. Por lo tanto, atacan el imaginario universalizante basado en la premisa de que tales derechos son neutros, objetivos y apolíticos, siendo el ejemplo más común para esa constatación el énfasis que la teoría tradicional pone en los derechos civiles y políticos.¹⁸

La segunda crítica dirigida a los derechos humanos por las TWAIL está en la idea de misión civilizatoria imbuida en toda su narrativa. Los derechos humanos consistirían una manera de civilizar a los pueblos a los que se imputó una cultura salvaje y bárbara —es decir, el Tercer Mundo— y una manera de imponer patrones europeos frecuentemente usados como un peaje para prácticas e intervenciones colonialistas o imperialistas¹⁹. El trabajo de

¹⁶ Bachand, Rémi, “Critical Approaches and the Third World”, *op. cit.*

¹⁷ Parmar, Pooja, “TWAIL: An Epistemological Inquiry”, en *International Community Law Review* 10, 2008, pp. 363-370, 367.

¹⁸ Bachand, Rémi, “Critical Approaches and the Third World”, *op. cit.*

¹⁹ El autor declara: “In a similar way that some supposedly universal values have been used to conquer and colonize parts of the Third World from the fifteenth to nineteenth centuries, human rights (or concepts like good governance or development), are now used to impose European standards favoured by Westerners.” Bachand, Rémi, “Critical Approaches and the Third World”, *op. cit.*

Makau Mutua, por ejemplo, se concentra en esta cuestión y, en esta línea, propone la llamada “metáfora SVS” –salvajes, víctimas, salvadores–.²⁰

Otra cuestión importante respecto a esta crítica es el cuestionamiento epistemológico de las TWAIL sobre la política del conocimiento; es decir, los orígenes del conocimiento en el derecho internacional. El derecho internacional se presenta como una epistemología naturalizada, y aparenta validar conocimientos *a priori* partiendo de hechos *a posteriori*. Las TWAIL, por el contrario, parten de una hermenéutica más atenta y cuestionadora, intentando identificar las propias razones del conocimiento y no meramente sus justificaciones.²¹

La tercera crítica dirigida a los derechos humanos por las TWAIL se refiere a la imposición de una forma de organización política y, a partir de ello, de una forma de Estado: el Estado liberal / neoliberal y la democracia representativa. Tal hecho puede ser fácilmente demostrado por el enfoque dirigido a los derechos civiles y políticos, que buscan fortalecer, legitimar y exportar la democracia liberal / neoliberal. Hay quienes afirman que los derechos humanos acabaron por convertirse en sinónimo del movimiento de los derechos humanos. Por otro lado, se argumenta también que el liberalismo no aborda las causas de la desigualdad real y económica, que en realidad consiste en el principal desafío del Tercer Mundo.²²

Otro hecho frecuentemente recordado por las TWAIL se refiere a los orígenes históricos europeos de los derechos humanos –la protección de la burguesía emergente contra los regímenes monárquicos autoritarios–, lo que por sí solo ya sería suficiente para demostrar que no son adecuados para proteger al Tercer Mundo contra la violación de tales derechos humanos. Al contrario, esos derechos humanos no se hicieron para luchar contra el imperialismo y el neocolonialismo. Los derechos humanos no pueden ser vistos como algo que no coincida con tácticas de lucha por la emancipación, y sería un error considerarlos como un objetivo final en sí mismos.²³

20 Mutua, Makau, “Savages, Victims and Saviors. The Metaphor of Human Rights”, en *Harvard International Law Journal* 42, 2001.

21 Sunter, Andrew F, “TWAIL as Naturalized Epistemological Inquiry”, *op. cit.*

22 Mutua, Makau, “The Ideology of Human Rights”, en *Virginia Journal of International Law* 36, 1996.

23 Bachand, Rémi, “Les Third world approaches to international law: Perspectives pour une approche subalterniste du droit international”, en Marc Toufayan, Emmanuelle Tourme-

4. Consideraciones finales

Rechazando las pretensiones de naturalización ideológica muy afincadas en el pensamiento occidental, con sus consecuentes saldos de desmovilización y despolitización de las luchas populares, Herrera Flores plantea una concepción histórica y contextualizada de los derechos humanos. Esta concepción implica la recuperación de la acción política de seres humanos corporales, reconociendo sus necesidades y expectativas. En la búsqueda de una concepción realista, contextualizada e histórica, Herrera plantea que los derechos humanos habrán de entenderse como procesos sociales, económicos, políticos y culturales capaces de dar lugar a la creación de un nuevo orden; dicha novedad histórica se ha de gestar tanto a través de procesos de autoimposición de deberes, como de la construcción de un sistema de garantías pertinentes para asegurar el resultado de las luchas. Al mismo tiempo, comprende los derechos como una matriz posibilitadora tanto de nuevas prácticas sociales como de nuevas subjetividades antagonistas, revolucionarias y subversivas del orden hegemónico global; orden caracterizado por la negación de la libertad, la fraternidad y la igualdad.²⁴

En este marco, los derechos humanos han de entenderse como productos culturales que, surgidos en un determinado momento histórico frente al entorno de relaciones dominante,²⁵ facilitan la construcción y el fortalecimiento de las actitudes y aptitudes necesarias para hacer posible la vida en condiciones dignas.²⁶ El carácter histórico y contextualizado de esta concepción obliga a reconocer el permanente dinamismo de los derechos humanos, superando así posiciones fixistas, muy propias de posturas deudoras del idealismo platónico. Herrera Flores lo plantea en los siguientes términos, en su texto “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”:

Los derechos humanos no son categorías normativas que existen en un mundo ideal que espera ser puesto en práctica por la acción social.

Jouannet y Hélène Ruiz Fabri, *Droit international et nouvelles approches sur le Tiers-monde: entre répétition et renouveau*, Société de législation comparée, Paris, 2013, p. 395.

24 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Catarata, Madrid, 2005, p. 266.

25 *Ídem*, p. 98.

26 *Ídem*, p. 30.

Los derechos humanos se van creando y recreando a medida que vamos actuando en el proceso de construcción social de la realidad.²⁷

En este mismo sentido, y desde una perspectiva marcadamente social y pragmática de los derechos humanos, el autor plantea que los mismos son el resultado de procesos de luchas sociales y colectivas en la búsqueda por construir espacios que hagan posible el empoderamiento de las personas de manera tal que puedan luchar por una vida digna.²⁸ Los derechos humanos son “*los resultados de los procesos de lucha antagonista que se han dado contra la expansión material y la generalización ideológica del sistema de relaciones impuesto por los procesos de acumulación del capital.*”²⁹

Para Joaquín Herrera Flores, el contenido básico de los derechos humanos será, pues, el conjunto de luchas por la dignidad. Luchas cuyos alcances, de tener el poder suficiente en el conjunto del campo de fuerzas sociales, podrán luego ser garantizados tanto por las normas jurídicas como por las políticas públicas y el diseño de la economía.³⁰

De esta manera, Herrera, llevando al campo de los derechos humanos los fundamentos de toda teoría crítica, plantea que éstos han de conformar un discurso capaz de generar disposiciones críticas y subversivas frente a un sistema de relaciones signado por la injusta desigualdad de las posiciones ocupadas por las personas y los grupos. Para ello, la teoría crítica de los derechos humanos ha de servirse de datos empíricos en el marco de una teoría social emancipadora.³¹ De tal manera, el autor propone comprender los derechos humanos como una convención a la vez terminológica y político-jurídica desde la cual se lograría ir materializando, en procesos de organización, movilización y articulación de las distintas tramas de relaciones, el empoderamiento de esas personas y grupos que les posibilitaría la construcción de sus respectivos proyectos de vida digna.³²

27 Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, en Joaquín Herrera Flores (Ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Desclée De Brouwer, Bilbao, 2000, p. 27.

28 Herrera Flores, Joaquín, *La reinvencción de los derechos humanos*, Atrapasueños, Sevilla, 2008, p. 104.

29 *Ídem*, p. 103.

30 *Ídem*, p. 28.

31 *Ídem*, p. 84.

32 *Ídem*, p. 102.

Desde esta perspectiva de la teoría crítica de los derechos humanos, estos han de entenderse en el marco de los procesos de lucha por la dignidad, como medios discursivos, expresivos y normativos que permiten empoderar a los sujetos, individual y colectivamente, en orden a su emancipación.³³

De todo lo hasta ahora expuesto, se percibe que muchas de las cuestiones que impulsan la teoría de Joaquín Herrera Flores son familiares para las TWAIL, aunque no sean expresadas exactamente de la misma manera.

En primer lugar, la metodología transdisciplinaria es algo presente en ambas teorías, en la medida en que proponen la implicación del derecho, de la ciencia política, de la sociología, de la filosofía, de la antropología, de la historia, entre otras áreas del conocimiento.³⁴ Tal y como lo expresaba Joaquín Herrera,

A lo que nos compromete nuestra definición de derechos humanos es a abandonar las visiones abstractas del derecho que magnifican el papel solitario de éste en la garantía y protección de individuos y grupos. Mejor es dirigir nuestra atención a un sistema amplio de garantías —político, económico, social, cultural y, por supuesto, jurídico— que consoliden y garanticen los resultados —compromisos y deberes— de las luchas sociales por el acceso a los bienes necesarios para una vida digna.³⁵

En segundo lugar, en el plano del derecho internacional, la teoría crítica de Joaquín también relaciona los derechos humanos con el poscolonialismo, una vez que denuncia, que la teoría tradicional es dominante por ser un producto discursivo del colonialismo, es decir, porque es producida por quien tiene legitimidad epistémica para producir conocimiento válido. Así pues, termina siendo un discurso localizado y parcial.

33 *Ídem*, p. 156.

34 Para interdisciplinaridad en las TWAIL: Chimni, B. S., “The World of TWAIL”, *op. cit.*, p. 19.

35 Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*

Por lo tanto, así como las TWAIL buscan contribuir a la superación de los efectos del colonialismo en el sistema internacional, la teoría crítica propuesta por Joaquín también lo hace, invitando a imaginar y plantear valientemente un tipo de humanismo que surja de la experiencia de la pluralidad de voces que hoy conforman nuestras historias, y abandonar todo tipo de humanismo abstracto, se base o no en la pretendida universalidad de los derechos humanos, que se imponga desde alguna esfera trascendental a la experiencia.

A pesar de no proponer explícitamente un giro descolonial en los discursos de derechos humanos, Herrera aboga por las realidades plurales por medio de una comprensión profundizada de la interculturalidad, que presupone la equivalencia de culturas, en contraposición a la jerarquización de la cultura occidental sobre las demás.

Una importante contribución de la teoría de Joaquín a ser considerada para las TWAIL reside en la ampliación del foco de análisis en relación al posible contenido de los derechos humanos. En otras palabras, además de la denuncia de que el corpus del derecho internacional de los derechos humanos tiene matriz occidental, sería importante que las TWAIL miraran más atentamente a una epistemología intercultural capaz de dar origen, sobre la base de parámetros democráticos, a un nuevo contenido. Las TWAIL, de forma general, se concentran mucho más en la crítica, o sea, en la deconstrucción del derecho internacional fruto del colonialismo y del imperialismo, que propiamente en uno o varios proyectos de reconstrucción. No se está afirmando la ausencia de propuestas de reconstrucción en las TWAIL, ya que las mismas existen, solo se está constatando que el esfuerzo crítico parece ser bastante superior al esfuerzo reconstructivo. Makau Mutua, por ejemplo, hace el llamado por “una genuína” contaminación cruzada de culturas para crear un nuevo cuerpo multicultural de derechos humanos.³⁶

Lo que propone Herrera Flores es la necesidad de introducir en el análisis de los procesos históricos, incluidos los de los derechos humanos, el marco de referencia en que tienen lugar, el contexto en que acontecen dichos procesos, las discrepancias normalmente invisibilizadas. “Nuestro objetivo es trazar un esquema que nos permita tratar con las dificultades de

36 Mutua, Makau, “Savages, Victims and Saviors. The Metaphor of Human Rights”, *op. cit.*, p. 245.

traducción entre procesos culturales diferentes... Pretendemos construir las claves de traducción cultural insertando los conflictos en los contextos en que necesariamente se dan.”³⁷

Ante tales discrepancias, para Herrera Flores “lo más urgente no es lanzar proclamas universalistas, sino construir espacios de encuentro entre dichas formas de acción en los que todos puedan hacer valer sus propuestas y diferencias.”³⁸ Se requiere posibilitar espacios de encuentro, diálogo y deliberación entre quienes, reconociéndose en posiciones y disposiciones diferenciadas, intentan explicar, interpretar e intervenir en el mundo.³⁹

Tarea básica será, pues, crear las condiciones para potenciar la voluntad de encuentro y la exigencia de construcción de zonas de contacto entre los individuos y grupos de procesos culturales diferentes. Todos los procesos culturales están situados en contextos precisos de relaciones. Pero esa constatación cultural no basta. Es preciso trabajar para que en todos esos procesos culturales existan las condiciones económicas, políticas, sociales, económicas y, por supuesto, culturales, para poder enfrentarnos con éxito a los obstáculos —no enteramente culturales— que vienen impidiéndonos dialogar desde y para nuestras diferencias.⁴⁰

De esta manera, Herrera Flores demanda en su reflexión sobre los derechos humanos que quienes tienen posiciones diferenciadas puedan encontrarse en condiciones de simetría.⁴¹

La teoría crítica de Joaquín, a su vez, contribuyó mucho al análisis de la distancia que separa la teoría y la práctica de los derechos humanos. Parte de una contundente contestación a la teoría tradicional de los derechos humanos, basada en la idea de un universalismo abstracto que, además de ocultar el carácter ideológico de tales derechos, niega la importancia de los

37 Herrera Flores, Joaquín, “Cultura y derechos humanos: la construcción de espacios culturales”, en *I/C – Revista Científica de Información y Comunicación* 5, 2008, pp. 26-13, 58.

38 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*, p. 38.

39 *Ídem*, pp. 51-52.

40 Herrera Flores, “Cultura y derechos humanos: la construcción de espacios culturales”, *op. cit.*, pp. 58-59.

41 *Ídem*, p. 51.

contextos históricos, económicos, sociales, políticos y culturales tanto en lo que concierne a la teoría en cuanto a la práctica de los mismos. Observa que el universalismo abstracto es en verdad un producto cultural de la racionalidad moderna hegemónica en los países occidentales –notadamente liberal y capitalista–, aunque muchos pueblos adopten y vivan otros procesos de lucha por la dignidad humana distintos de la concepción occidental de derechos humanos. De ahí que su teoría propone que se busque un “universalismo de llegada”, que deriva de un diálogo intercultural entre los diversos pueblos. Herrera rechaza “cualquier universalismo *a priori* que imponga criterios como si fueran el patrón oro de la idea de humanidad. El único universalismo que podemos defender desde esta posición es un universalismo *a posteriori*, un universalismo de llegada en el que todas las culturas puedan ofrecer sus opciones y discutir las en un plano, no de mera simetría, sino de igualdad.”⁴²

Para Herrera Flores, “el único universalismo válido consiste en el respeto y la creación de condiciones sociales, económicas y culturales que permitan y potencien la lucha por la dignidad”⁴³. Exige, pues, rechazar todo universalismo “*a priori*”, toda pretensión universalista que implique la imposición de ciertos criterios como si fueran el patrón y modelo de humanidad

Por otra parte, para Joaquín, la visión abstracta considera que tales derechos corresponden exactamente a los bienes que las normas jurídicas que los prevén pretenden asegurar. Sin embargo, en realidad los derechos corresponden a los procesos, que pueden ser jurídicos o no, de lucha por tales bienes, los cuales son directamente influenciados por los elementos contextuales de cada lugar y época y que tienen, en común, la característica de ser procesos que con el fin de alcanzar el acceso a los bienes necesarios para una vida con dignidad.

Dado que los derechos surgieron en un contexto muy específico de división social, sexual, étnica y territorial del hacer humano marcado por el desigual acceso a los bienes necesarios para vivir una vida digna, “su validez no dependerá de alguna esfera evolutivo/generacional, ni de una esfera mo-

42 *Ídem*, p. 180.

43 *Ídem*, p. 156.

ral personal incondicionada, sino de su eficacia o ineficacia a la hora de luchar contra dicha forma de dividir y jerarquizar el acceso a tales bienes.”⁴⁴

La teoría crítica de Joaquín rechaza, por lo tanto, una visión “purista” que niegue la complejidad de los derechos humanos y los aísla de las condicionantes contextuales y coyunturales en que se dan los procesos de lucha mencionados, y que restrinja la discusión sobre tales derechos al plano jurídico-normativo. En este punto, las TWAIL comparten la misma idea, al proponer “resaltar las raíces históricas del actual estado sombrío de los derechos socioeconómicos en el Tercer Mundo y, por tanto, alejarse de las cuestiones que involucran a los derechos humanos desde un ángulo puramente formal e institucional”.⁴⁵

Se destaca, además, en la propuesta teórica de Joaquín, otra contribución importante que las TWAIL deberían considerar, como lo es el intentar un nuevo abordaje que supere la dicotomía existente entre la visión abstracta de los derechos humanos y la visión localista, que entiende que ante la realidad multicultural debe prevalecer la autonomía de cada pueblo, en detrimento de las pretensiones universalistas, en respeto a sus identidades culturales. Joaquín rechaza tanto la racionalidad jurídico-formal de la visión abstracta, que propone prácticas universalistas, como la racionalidad material-cultural inherente a la visión localista, que propone prácticas particulares. Joaquín Herrera Flores llamará la atención sobre los aportes y los límites de cada una de estas visiones:

La polémica sobre los derechos humanos en el mundo contemporáneo se ha centrado en dos visiones, dos racionalidades y dos prácticas. En primer lugar, una visión abstracta, vacía de contenidos y referencias a las circunstancias reales de las personas y centrada en torno a la concepción occidental de derecho y el valor de la identidad. Y, en segundo lugar, una visión localista en la que predomina lo propio, lo nuestro con respecto a lo de los otros y centrada en torno a la idea particular de cultura y el valor de la diferencia. Cada una de estas vi-

44 *Ídem*, p. 80.

45 Badaru, Opeoluwa Adetoro, “Examining the Utility of Third World Approaches to International Law...”, *op. cit.*, p. 381.

siones de los derechos propone un determinado tipo de racionalidad y una versión de cómo ponerlos en práctica.⁴⁶

De igual forma, establece la necesidad de lograr una síntesis que recoja lo mejor de cada una de ellas:

Ambas visiones contienen razones de peso para ser defendidas. El derecho, visto desde su aparente neutralidad pretende garantizar a *todos*, no a unos frente a otros, un marco de convivencia común. La cultura, vista desde su aparente cierre local, pretende garantizar la supervivencia de unos símbolos, de una forma de conocimiento y de valoración que orienten la acción del grupo hacia fines preferidos por sus miembros. El problema surge cuando cada una de estas visiones se defiende por su lado y tiende a desdeñar lo que la otra propone. El derecho por encima de la cultura o viceversa. La identidad como algo previo a la diferencia o viceversa. Ni el derecho, garante de la identidad común, es neutral; ni la cultura, garante de la diferencia es algo cerrado. Lo relevante es construir una *cultura de los derechos* que recoja en su seno la universalidad de las garantías y el respeto por lo diferente.⁴⁷

Su propuesta reside en una “visión compleja” de los derechos humanos, fundada en una “racionalidad de resistencia” y propone una práctica intercultural. Se trata de una racionalidad que no niega que se pueda llegar a una síntesis de las diferentes opciones ante los derechos y tampoco descarta la virtualidad de las luchas por el reconocimiento de las diferencias étnicas y de género.

Por eso, Joaquín defiende que no se rechacen todas las ideas occidentales sobre derechos humanos como si “a priori” todas ellas fueran producto del colonialismo y del imperialismo. En principio, y de forma general, eso parecen hacer las TWAIL. Al priorizar la crítica aguda a todo lo que es considerado una imposición occidental, solo posteriormente aparece la pregunta sobre una eventual posibilidad de que tal vez pueda ser diferente. Para

46 Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 68.

47 *Ídem*, p. 68.

Joaquín, cualquier posición esencialista parte de universalizaciones y de exclusiones, no de procesos que permiten llegar al conjunto de generalidades que todos podrían compartir.

Otra contribución la teoría de Herrera podría venir en el sentido de que las TWAIL incorporen en su análisis, de forma más contundente, otras categorías de opresión más allá de la dicotomía occidente-tercer mundo. Las categorías como clase, género y raza deberían ocupar en las TWAIL lugar tan importante como la dicotomía occidente-tercer mundo, ya que de ésta son consecuencias directas. No se puede negar la existencia de muchos estudios en el ámbito de las TWAIL considerando esas otras dicotomías, pero no hay duda de que las mismas ocupan lugar menos importante que la dicotomía occidente-tercer mundo. Así, se podría hablar de “subalternos”, como propone Rémi Bachand, es decir, individuos integrantes de pueblos dominados y explotados en relación a esas cuatro categorías analíticas, haciendo un análisis interseccional de las categorías de opresión que componen el derecho internacional.⁴⁸ El aporte central de esta discusión, por lo tanto, consiste en apuntar los derechos humanos como productos culturales, con orígenes históricos que resultan de procesos de reacción cultural de

48 Bachand, Rémi, “Les Third world approaches to international law”, *op. cit.*, pp. 395 y ss. “La première de ces critiques concerne le relatif cloisonnement de ces différents courants et notamment le fait qu’aucun d’entre eux n’a été à ce jour en mesure de faire une analyse pleinement intersectionnelle des différentes forms d’oppression reliées au droit international. Si ce chapitre a comme sous-titre de “perspective pour une approche subalterniste du droit international”, c’est qu’il va notamment proposer un décroisonnement de ces différentes approches de manière à analyser en tout temps le droit international à partir de la défense des “subalterns”, c’est-à-dire des individus faisant partie de groupes dominés et exploités au regard de quatre catégories d’analyse (qui sont d’abord et avant tout des rapports sociaux structurels) que sont le genre, les classes sociales, la race et la relation Occident/Tiers-monde.” En traducción libre: “La primera de estas críticas se refiere a la compartimentación relativa de estas diferentes corrientes, y en particular al hecho de que ninguna de ellas ha sido capaz de hacer un análisis completamente interseccional de las diferentes formas de opresión relacionadas con el derecho internacional. Si este capítulo se subtitula “perspectiva para un enfoque subalterno del derecho internacional”, es que propondrá notablemente una descompartimentalización de estos diferentes enfoques para analizar en cualquier momento el derecho internacional a partir de la defensa de los “subalternos”, es decir, individuos pertenecientes a grupos dominados y explotados con respecto a cuatro categorías de análisis (que son, en primer lugar, relaciones sociales estructurales) como género, clase social, racial y la relación entre Occidente y el Tercer Mundo”.

los seres humanos, a lo largo del tiempo, ante otros seres humanos, ante la naturaleza y, también, ante sí mismos.

En este proceso histórico, siempre con atención a los contextos, al espacio, a las culturas, a las narraciones, los derechos humanos pueden ser comprendidos como productos culturales surgidos en occidente que siendo impulsados por las luchas sociales podrían llegar a generalizarse sin imposiciones coloniales o imperialistas.⁴⁹ Entender los derechos humanos como productos culturales significa ver lo diferente, el otro, de manera diversa; es decir, no más como el bárbaro, como el incivilizado y, consecuentemente, pasible de colonizar, sino simplemente, diferente o, aún, como aquel que, en el transcurso de la propia historia, buscó caminos diferentes para buscar los elementos que considera esenciales para alcanzar las propias concepciones de dignidad humana, y desde esa experiencia otra nos puede enriquecer.

Joaquín considera, además, que su teoría no puede ser entendida como un fin en sí misma, sino como una propuesta que, por lo que postula, busca abrir los necesarios caminos para que los derechos humanos puedan ser efectivos. Su teoría crítica, como él mismo subraya, abre caminos culturales, contextuales y conceptuales para llegar a actitudes y aptitudes de empoderamiento mutuo y para facilitar la construcción de espacios de encuentro.

Bibliografía

- Bachand, Rémi, “Critical Approaches and the Third World. Towards a Global and Radical Critique of International Law”, Conferencia pronunciada en la University McGill, 24 de marzo de 2010.
- Bachand, Rémi, “Les Third world approaches to international law: Perspectives pour une approche subalterniste du droit international”, en *Droit international et nouvelles approches sur le Tiers-monde: entre répétition et renouveau*, por Marc Toufayan, Emmanuelle Tourme-Jouannet y Hélène Ruiz Fabri, Paris, Société de législation comparée, 2013.

49 Herrera Flores, Joaquín, “La riqueza humana como criterio de valor”, en Joaquín Herrera Flores (Ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, op. cit., p. 79.

- Badaru, Opeoluwa Adetoro, “Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law”, en *International Community Law Review* 10, 2008, pp. 379-387.
- Bedjaoui, Mohammed, *Pour un nouvel ordre économique international*, UNESCO. Paris, 1979.
- Chimni, B. S., “The World of TWAIL: Introduction to the special issue”, en 3 *Trade L. & Dev.* 3, 2011.
- Chimni, B. S., “Third World Approaches to International Law: A Manifesto”, en *International Community Law Review* 8, 2006, pp. 3-27.
- Herrera Flores, Joaquín, “La riqueza humana como criterio de valor”, en Joaquín Herrera Flores (Ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Desclée De Brouwer, Bilbao, 2000.
- Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”. en Joaquín Herrera Flores (Ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Desclée De Brouwer, Bilbao, 2000.
- Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Catarata, Madrid, 2005.
- Herrera Flores, Joaquín, “Cultura y derechos humanos: la construcción de espacios culturales”, en *I/C – Revista Científica de Información y Comunicación* 5, 2008, pp. 27-73.
- Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, Atrapasueños, Sevilla, 2008.
- Mickelson, Karin, “Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse”, en *Wisconsin International Law Journal* 16, 1997-1998.
- Mutua, Makau, “Savages, Victims and Saviors. The Metaphor of Human Rights”, en *Harvard International Law Journal* 42, 2001.
- Mutua, Makau, “The Ideology of Human Rights”, en *Virginia Journal of International Law* 36, 1996.
- Parmar, Pooja, “TWAIL: An Epistemological Inquiry”, en *International Community Law Review* 10, 2008, pp. 363-370.
- Pooja, Bathia, “How French Revolution gave birth to the Third World”. Acceso el 10 de febrero de 2019, <http://www.ozy.com/flashback/how-the-french-revolution-gave-birth-to-the-third-world/31320>.

- Rajagopal, Balakrishnan, “International law and its Discontents: Rethinking the Global South”, en *American Society International Law Proceedings* 106, 2012, pp. 176-181.
- Singh, Prabhakar, “Indian International Law: From a Colonized Apologist to a Subaltern Protagonist” en *Leiden Journal of International Law* 23, 2010, pp. 79-103.
- Spivak, Gayatri C., “Can the subaltern speak?”. en Cary Nelson y Lawrence Grossberg (Ed.), *Marxism and the interpretation of culture*, Chicago Press, Chicago, 1988, pp. 271-313.
- Sunter, Andrew F., “TWAAIL as Naturalized Epistemological Inquiry”, en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 20, 2007, pp. 494-498.
- Wolkmer, Antonio Carlos, *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2002.

CLAVES PARA UNA TEORÍA CRÍTICA EN DERECHOS HUMANOS

Aportes a partir del pensamiento de Joaquín Herrera Flores

Manuel E. Gándara Carballido¹

1. Introducción

El presente texto se propone la formulación de algunos presupuestos y claves filosófico-metodológicas para una teoría crítica de los derechos humanos, a partir del pensamiento de Joaquín Herrera Flores. Estos presupuestos pueden contribuir a subvertir los lugares comunes sobre los que descansa el pensamiento hegemónico occidental moderno de los derechos, favoreciendo así las luchas que pretenden construir alternativas de vida digna. Se presentarán en primer lugar algunas claves filosófico-epistemológicas, pasando luego a la formulación de claves metodológicas, formulando en las conclusiones algunas ideas a propósito de la necesidad de recuperar la dimensión política de los derechos.

2. Claves filosófico-epistemológicas

En primer lugar, presentaremos lo que el autor entiende ha de ser la labor teórica, la función del teórico y la idea misma de teoría; con ello habremos iniciado la presentación de las claves filosóficas de carácter epistemológico.

2.1. Teorizar militante

Joaquín Herrera Flores hace teoría crítica de los derechos humanos porque hace teoría crítica; se distancia, cuestiona e intenta subvertir el entramado teórico tradicional, denunciándolo como discurso encubridor de los intereses hegemónicos por justificar y mantener un sistema de relaciones sociales,

¹ Universidad Federal de Río de Janeiro.

políticas, económicas, culturales e ideológicas de subordinación, en el que la gran mayoría de los hombres y mujeres del mundo permanecen por debajo de las condiciones mínimas de vida digna.

Como afirmaba valientemente Max Horkheimer, *toda teoría crítica de la sociedad no es más que la dimensión intelectual del proceso histórico de emancipación*. Dicho de otra manera, la teoría crítica de la sociedad —y, por supuesto, de los derechos humanos—, sólo encontrará justificación si es capaz de sacar a luz, y poner en cuestión, los presupuestos teóricos e ideológicos “genéricos” del sistema de relaciones dominante y, con ello, iluminar los *pasos necesarios para la emancipación* de aquellos que sufren los efectos más perversos y explotadores de dicho sistema.²

Es claro que el autor tiene como fuente la teoría crítica desarrollada por la Escuela de Frankfurt, que a su vez bebe de la teoría social marxista. Es por eso que en su horizonte teórico permanece el reto de:

- Favorecer una toma de conciencia estimulando el carácter emancipatorio de los procesos, denunciando el agotamiento del pensamiento moderno exclusivamente fundado en la racionalidad lógico-instrumental. Son necesarias nuevas bases epistemológicas que permitan superar dogmatismos de todo tipo.
- Repensar, pensar de otro modo y proponer un proyecto alternativo de sociedad no excluyente, favoreciendo así la búsqueda de prácticas emancipadoras, alternativas, subversivas del (des)orden existente.
- Recuperar y reconstruir la noción de utopía y de revolución. En este mismo marco, el autor ve necesario repensar, reinventar, los derechos humanos, rescatando su potencial emancipador:

En este marco, entiende Herrera Flores que toda teoría crítica debe cumplir con las siguientes funciones:

- Epistémica: visibilizando, favoreciendo que se tornen visibles las relaciones sociales existentes:

² Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Catarata, Madrid, 2005, pp. 177-178.

Desde nuestra perspectiva hay que huir de esta sobrecarga moral y jurídica de la filosofía política contemporánea, con el objetivo de proponer –siguiendo a Foucault– una teoría que analice, elucide, haga visible las estrategias de los adversarios en el seno de las relaciones de poder, las tácticas utilizadas por aquellos que “ignoran” u ocultan las causas reales de las desigualdades y los núcleos de resistencia que intensifiquen las luchas que se desarrollan en torno al poder.³

- **Ética:** Desestabilizando, poniendo en cuestión el orden de las cosas, cuestionando lo que se da por evidente y natural, convirtiendo el pensar de otro modo en una necesidad para ser “honestos con lo real”. Este acto desestabilizador, de crítica, de poner en crisis, en el caso de Joaquín Herrera Flores, se concreta al proponer un nuevo criterio desde el cual confrontar las distintas realidades, es el criterio de riqueza humana, producto de un compromiso ético con las víctimas del sistema hegemónico actual. La crítica se realiza ampliando el contexto de los análisis y buscando criterios emancipadores.

Debemos proponer, pues, una nueva forma de imaginar y de irrumpir en el mundo que propicie intempestivamente tres tendencias: 1ª. la creación constante de nuevos caminos de acción y de reflexión; 2ª. potenciar la capacidad humana de transformación y creación de sentidos que propongan “desviaciones” de lo dominante y nuevas “direcciones” alternativas; y 3ª. actuar afirmativamente “entretejiendo” y articulando las múltiples y diferentes formas de lucha por la dignidad humana.⁴

- **Política:** transformando la realidad social, proponiendo acciones, trabajando con nuevos sujetos políticos y sociales, generando nuevos espacios para que se encarnen las tensiones y vaya apareciendo una novedad que solo es posible desde el encuentro con la diferencia silenciada. La teoría crítica no prescinde del acto transformador, al

3 *Ídem*, p. 41.

4 Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, Colección Ensayando, Atrapasueños, Sevilla, 2008, p. 192.

entender que dicho acto constituye el aspecto político de la teoría. En este sentido, para Herrera Flores todo el proceso responde a una decisión ética por la cual se asume el compromiso a favor del despliegue y apropiación de las capacidades y potencialidades humanas, donde éstas estaban siendo negadas. El autor es tajante al afirmar que “*lo que nunca debemos permitir son las teorías que niegan que podamos explicar, interpretar e intervenir de un modo activo en la realidad.*”⁵

Vale la pena destacar la significativa cercanía que esta forma de comprender la labor del teórico crítico tiene con la práctica de liberación desarrollada en América Latina; práctica que encontró en la fórmula ver-juzgar-actuar un esquema conciso de praxis. Al igual que como se dijo en su momento de la metodología latinoamericana, es importante comprender que estas las funciones de visibilizar, desestabilizar y transformar guardan entre sí estrechas vinculaciones, por lo que cada una de ellas debe ser comprendida desde su interrelación con las otras. No se trata de tres funciones que sigan un orden cronológico en la labor del teórico; no son etapas de la teoría, sino dimensiones del acto teorizador. En rigor, visibilizamos para desestabilizar y transformar, aun cuando ello no llegare a concretarse. No hay una mirada neutra, desprendida de una postura ética e ideológica, desprovista de opciones políticas. Se desestabiliza desde la apuesta por un determinado proyecto de sociedad, o al menos desde la conciencia de la necesidad de superar el proyecto existente. Sólo se transforma desde esa mirada “otra”, alternativa, desde esa pretensión de desestabilizar para potenciar la vida.

De igual manera, dice este autor que la verdad de una teoría crítica radica en su capacidad de provocar indignación, de generar movilización y de sostener en la búsqueda de alternativas.

Es lo que uno de los teóricos más importantes de la llamada 1ª Escuela de Frankfurt –Max Horkheimer– llamaba el criterio de verdad de toda teoría social: su potencialidad a la hora de facilitar y aumentar nuestra indignación frente a lo que ocurre a nuestro alrededor; y la capacidad de crear nuevos marcos de composición de los fenómenos

5 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, op. cit., Catarata, Madrid, 2005, p. 50.

(estados de hecho o entornos de relaciones) que nos permitan construir nuevas formas de vida y nuevos modos de reacción cultural ante el presente que vivimos.⁶

Afirma, por tanto, Herrera Flores, que la fuerza de una teoría crítica ha de medirse por las posibilidades que abra de encuentro con los otros (incluyendo en ese otro a la naturaleza y sus procesos), y por su capacidad para potenciar la indignación frente a las injusticias y opresiones que se viven a diario, o que viven otros producto de las relaciones sociales.⁷ En ese mismo sentido, presenta tres tendencias que una teoría crítica de los derechos humanos diferenciada de las concepciones hegemónicas debe superar: primero ha de cuidarse de pretender construir una teoría general de los derechos humanos con carácter omniabarcante y aparentemente aplicable a todos desde sus particularidades y formas de vida, pues tales teorías acaban, de hecho, negando la virtualidad de esas prácticas saberes predominantes en otras culturas y contextos distintos al de los países hegemónicos. También es necesario superar la visión según la cual una teoría crítica debe negar en bloque todas las formas tradicionales de abordar los derechos humanos, desconociendo sus potencialidades en el proceso de lucha por la vida digna. Por último, nos dice, una teoría crítica de derechos humanos no ha de medir su fortaleza en función de las posibilidades que ésta tenga de ser efectivamente cumplida⁸. Herrera Flores advierte sobre ello a sus lectores en los siguientes términos:

La fuerza de una teoría crítica afirmativa, del mismo modo que el tan degradado concepto de revolución, siempre ha sido sometida a los criterios de medida de sus posibilidades futuras de realización, lo cual, y paradójicamente, ha puesto obstáculos tanto a la efectividad de la teoría como de las mismas prácticas alternativas... una teoría debe medirse, no tanto por sus posibilidades de realización futura, sino por su capacidad actual de impulso social hacia la construcción de “heterotopías” y de “caminos de dignidad” alternativos a los que

6 *Ídem*, p. 59.

7 *Ibidem*.

8 *Ídem*, p. 58.

tradicionalmente han dominado los textos y las prácticas de derechos humanos.⁹

Para Joaquín Herrera Flores es claro que toda teoría crítica, al estar orientada hacia la emancipación, requiere del teórico su articulación con espacios de militancia, manteniendo con ellos un diálogo permanente que le permitan identificar la novedad que aparece en el proceso de construcción de otro mundo posible. Haciendo referencia a lo planteado por Louis Althusser en su estudio sobre Maquiavelo¹⁰, nuestro autor demanda la necesidad de “recuperar lo real mediante... una forma de reflexión del presente que surja de las prácticas sociales antagonistas..., de las prácticas instituyentes de un nuevo orden social.”¹¹ Es necesario un pensamiento capaz de irrumpir en lo real, promover cambios de mentalidades y potenciar nuevos modos de resistencia.¹² Volverá sobre la necesidad de este pensamiento “sintomático” afirmando lo siguiente:

Hay que desarrollar una nueva lectura del mundo de estilo “sintomático” (symptomale) que, sin caer en pesimismo catastrofistas o en nostalgias de lo que está definitivamente roto, nos permita irrumpir en lo real mostrando rupturas, discontinuidades y contradicciones en el edificio “aparentemente” cerrado y “universal” de las relaciones sociales sustentadas en los procesos de acumulación del capital.¹³

Puesto que, por una parte, toda teoría se plantea una manera de conectar fenómenos, contextos, prácticas y conceptos, y por otra, las teorías siempre estarán condicionadas por el marco de referencia en que está situado su autor y por los problemas a los que éste está sometido, una teoría será más adecuada en la medida en que responda a tales problemas. Herrera Flores lo plantea en los siguientes términos, al formular algunos criterios que permitan ponderar la validez de un pensamiento nuevo:

9 *Ibidem.*

10 Althusser, L., *Maquiavelo y nosotros*, Akal, Madrid, 2004.

11 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*, p. 22.

12 *Ibidem.*

13 *Ídem*, pp. 227-228.

Un primer criterio, reside, pues, en saber elucidar si dicho pensamiento responde mejor a los nuevos problemas, a los nuevos acontecimientos y a los nuevos contextos sociales, económicos, políticos y culturales que las formas hegemónicas o tradicionales de tratar, por ejemplo, los derechos; y, un segundo criterio, consiste en dilucidar si dicho pensamiento –ya contextualizado– es capaz o no de reactivar algunos de los viejos conceptos –por ejemplo, el de derechos humanos– al introducirlos en un nuevo mapa o marco de composición actual y contemporáneo.¹⁴

En este marco, Joaquín Herrera se plantea que una teoría crítica de los derechos humanos exige prestar atención al conjunto de problemas que marcan la hora presente, siendo absolutamente insatisfactoria una reflexión teórica que conciba tales derechos humanos ignorando los acontecimientos que han definido la regresión del estado keynesiano con la avanzada del neoliberalismo y con lo que ello ha significado en materia de políticas de Estado.¹⁵

Así, la teoría se define necesariamente en tensión con la práctica; nunca se define en sí misma. La teoría crítica entiende que entre teoría (que presenta lo que las cosas son) y práctica (que intenta transformar las cosas en función de lo que deben ser) se establece una relación dialéctica, siendo cada una de ellas momentos distintos del conocimiento. Así, la teoría crítica plantea lo que las cosas son desde la perspectiva de lo que deben ser, desde la atención a un contexto concreto, desde una orientación básica hacia la emancipación, producto de una opción ética. En este marco cobra sentido un aspecto central de toda la teoría crítica heredera de la Escuela de Frankfurt, según el cual lo que existe no agota las posibilidades de existencia; siendo posibles otros desarrollos que permitan transformar la realidad.

Lo decía también Bertold Brecht: la teoría, sea literaria o política, es sobre todo un “arma conceptual” en la lucha por la transformación creativa y afirmativa del mundo. Ser realistas e inmanentes no supone aceptar pasivamente “lo que hay”, sino actuar críticamente sobre la

14 *Ídem*, p. 52.

15 *Ídem*, p. 56.

realidad. Asumiendo, por lo menos, tres compromisos: 1) desenterrar continua y permanentemente lo que queda olvidado/ocultado; 2) establecer de un modo constante relaciones y vínculos que han sido negados; y 3) señalar recurrentemente cursos alternativos de acción social y de reflexión intelectual.¹⁶

En la misma línea de pensamiento que se viene exponiendo, Joaquín Herrera formula cuatro condiciones para una teoría realista y crítica de los derechos humanos:

En primer lugar, es necesario asegurar una visión realista del mundo¹⁷; se requiere profundizar en la comprensión de la realidad de manera tal que sea posible orientar la actividad social en función de los objetivos emancipadores. Para el teórico crítico es fundamental elegir un tipo de “mirada teórica” que le permita ver e incidir “mejor” en el mundo de lo que hacen otras apuestas reflexivas.¹⁸ Por eso, no atiende solo a los efectos del fenómeno que estudia, considera también sus causas.

Pero esa visión realista no debe ser confundida con lecturas desmovilizadoras frente a aquello que indigna. Por el contrario, se ha de partir “del reconocimiento de nuestra humana capacidad de hacer y des-hacer los mundos que nos vienen dados.”¹⁹ Para Herrera Flores, una teoría crítica de los derechos humanos tendrá que partir necesariamente del convencimiento de que todo lo que somos, tanto a nivel social como individual, puede ser cambiado y transformado.²⁰

En segundo lugar, para formular una teoría realista y crítica de los derechos humanos, el pensamiento crítico debe entenderse como un pensamiento de combate, desempeñando un papel de concienciación que favorezca la movilización manteniendo en alto los objetivos y metas trazados en la búsqueda de condiciones de vida digna.²¹

En tercer lugar, debe entenderse que el pensamiento crítico ha de tener como punto de partida y como destinatario de su formulación a colec-

16 *Ídem*, p. 187.

17 Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 50.

18 Herrera Flores, Joaquín, *El arte como elogio del movimiento*, Mimeo, p. 91.

19 Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 51.

20 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*, p. 179.

21 Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 51.

tividades sociales determinadas; para estas colectividades él ayuda a configurar una visión alternativa del mundo, favoreciendo que se sientan seguras en su lucha por la dignidad.²²

Por último, y en consecuencia de lo hasta ahora dicho, el pensamiento crítico ha de demandar la búsqueda permanente de exterioridad con respecto al sistema dominante.²³ Sin embargo, y contra formas inadecuadas y desmovilizadoras de comprender la tarea crítica y la exterioridad al sistema, Herrera aclara que “criticar no consiste en destruir para crear o en negar para afirmar. Un pensamiento crítico es siempre creativo y afirmativo.”²⁴

Una vez presentada la noción de teoría que subyace a la teoría crítica en derechos humanos que será presentada más adelante, serán esbozadas a continuación otras de las claves epistemológicas que subyacen a la propuesta de Joaquín Herrera Flores. Evidentemente, entre la noción de teoría y las claves que se presentarán existe una muy estrecha vinculación. El mismo autor plantea en su obra la necesidad “obligada” de dar cuenta de estas “*marcos* a partir de los cuales vamos a *reflexionar teóricamente y a proponer prácticas sociales* críticas, contextualizadas y contra-hegemónicas de los derechos.”²⁵

2.2. Pensar en el horizonte de la práctica social

Partiendo del hecho de que el proceso de construcción de conocimiento es propio del ser humano, el reto de la teoría crítica, tal y como se ha afirmado ya en este trabajo, es construir un conocimiento que esté articulado a la práctica social y sea relevante para ella.

Más que a un saber sistemático, debemos tender a un saber estratégico que no sólo se quede en los efectos o consecuencias de las actividades y discursos sociales, sino que profundice en las causas de los mismos y nos aporte argumentos para actuar y generar disposiciones críticas y antagonistas en relación con la estructura u orden social hegemónico.²⁶

22 *Ídem*, 52 y 53.

23 *Ídem*, pp. 54 y 55.

24 *Ídem*, p. 55.

25 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*, p. 33.

26 Herrera Flores, Joaquín, *La reinvencción de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 89.

Tal proceso, por otra parte, ha de estar, necesariamente vinculado al proceso de rupturas epistemológicas, de cambio de posiciones, pues ambos fenómenos hacen parte de los pasos necesarios para superar la condición de subordinación y explotación en que unos colectivos humanos permanecen con respecto a otros.

Pensar es, en primer lugar, una tarea de resistencia frente a la manipulación de nociones de lo trascendente (sean tales nociones la idea de Dios, Razón, Historia, Mercado...) orientadas a justificar lo dado, a restar potencia, a negar la capacidad para intervenir en el mundo, la posibilidad de hacer historia re-haciendo el mundo. Una teoría crítica ha de procurar afirmar la indignación frente a lo intolerable; ha de negar la homogeneización cosificadora del mundo; se ha de oponer tanto a la reificación de lo real, como a una claudicación frente a lo dado por ser éste entregado al misterio de lo desconocido.²⁷

Queda claro, por tanto, que para Herrera Flores pensar no es una función dotada de neutralidad, una tarea homogeneizadora de las facetas de lo real, subsumiéndolas en categorías abstractas. Pensar, por el contrario, es problematizar más que homogeneizar. Al problematizar se intenta, en primer lugar, devaluar aquella parte de lo dado que se considera rechazable y, por otra parte, se reevalúa, visibiliza, pone a la luz lo que antes había sido marginado, ocultado o ignorado. Así, problematizar permite crear heterogeneidad frente a lo que ha sido heredado por la historia y creatividad de cara al futuro.²⁸ En palabras de Herrera Flores:

Ser realistas e immanentes no supone aceptar pasivamente “lo que hay”, sino actuar críticamente sobre la realidad asumiendo, por lo menos, tres compromisos: 1) desenterrar continua y permanentemente lo que queda olvidado/ocultado; 2) establecer de un modo constante relaciones y vínculos que han sido negados; y 3) señalar recurrentemente cursos alternativos de acción social y de reflexión intelectual.²⁹

27 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*, pp. 45-46.

28 *Ídem*, p. 51.

29 Herrera Flores, Joaquín, *La reinvencción de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 99 y 100.

Pero para ello, debe entenderse que pensar es “pensar de otro modo”, problematizar la realidad, identificar lo que en ella hay de problemático. Esta forma de pensamiento requiere, por tanto, fundar nuevas formas de acercarse tanto teórica como prácticamente al mundo.³⁰ Para Joaquín Herrera Flores:

Pensar de otro modo sólo es concebible, pues, como la “reacción” cultural más importante que podamos llevar a cabo. En esto consiste eso que podemos llamar el proceso de humanización de lo humano. No en lo que se refiere a la imposición universal de algún contenido aceptable por todos, sino en la potenciación de nuestra capacidad cultural de creatividad y de postulación de alternativa a lo existente.³¹

Para este tipo de pensamiento es necesario una racionalidad distinta a la que se ha impuesto de manera hegemónica y que es absolutamente funcional a los sectores dominantes; frente a esta racionalidad, es necesario “otra” que sea capaz de asumirse “sin hogar, descentrada y exiliada de lo convencional y lo dominante.”³² Se necesita un pensamiento que viva a la intemperie; que más que estructuras fijas se asuma en permanente tarea de reconstrucción, que en lugar de querer ser resguardado en el hiper-urano platónico, viva en la calle, dialogando, buscando alternativas, problematizando no solo las cosas sino también la propia forma de pensar.

3. Otras claves filosóficas

Vistas ya las claves de carácter más epistemológico, en este apartado se presentarán otras de las claves filosóficas que subyacen a la teoría crítica de los derechos humanos desarrollada por Joaquín Herrera Flores. Es oportuno señalar que la distinción entre claves epistemológicas y filosóficas ha sido construida queriendo recoger entre las primeras aquellos aspectos más directamente vinculados a la teoría del conocimiento que puede detectarse en el trasfondo de la obra de Herrera Flores.

30 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*, p. 50.

31 *Ídem*, p. 44.

32 Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 153.

3.1. Contra el idealismo que despista y justifica

En primer lugar, se retomará un aspecto que ya ha sido reflejado anteriormente; esto es, el rechazo explícito que el autor manifiesta de los distintos desarrollos de la filosofía idealista. Este rechazo es consecuencia del compromiso de construir una propuesta teórica que en tanto filosofía social de cuenta de la realidad con sus complejidades y particularismos, intentando hacer aparecer en ella los aspectos invisibilizados por una estructura de relaciones sociales profundamente injusta. Herrera lo expresa en los siguientes términos:

Nosotros pretendemos construir una teoría que, abandonando las purezas e idealizaciones (de un único sistema de relaciones sociales y una única forma de entender los derechos), apueste por una concepción materialista de la realidad. Es decir, por una forma de concebir nuestro mundo como un mundo real, repleto de situaciones de desigualdad, de diferencias y disparidades, de impurezas y de mestizajes que nunca debemos ocultar bajo algún “velo de ignorancia”. Para nosotros, sólo lo impuro —lo contaminado de contexto— puede ser objeto de nuestros conocimientos.³³

Este mismo compromiso provoca, además, la denuncia de aquellos sistemas de pensamiento que favorecen que tal situación de injusticia aparezca como natural, incuestionable, ajena a la posibilidad de intervención por parte de los sujetos individuales y colectivos; filosofías que convocan al inmovilismo, a la permanencia de lo dado, a su consagración tras un campo de ideas trascendentalizadas para evitar la insurrección de lo nuevo llevado adelante por quienes no pueden si no sentir en el actual estado de cosas un orden que les niega como personas aniquilando su capacidad de llevar adelante la historia.

Sin embargo, y miramos de cerca lo que ocurre con los derechos humanos en la historia de la modernidad, tales fundamentaciones abstractas lo que en realidad defienden es un antihumanismo que

³³ *Ídem*, p. 74.

postula que los derechos humanos son entidades que están —o deben estar— al margen de nuestras acciones, al margen de lo humano y deben entenderse como si dependieran de una entidad trascendente a nuestras debilidades humanas. Los derechos supondrían, pues, una esfera “objetiva” de límites a la propia acción malvada del hombre, sobre todo cuando éste ostenta el poder sobre la vida y muerte de sus congéneres.³⁴

Es el intento por hacer visible lo visible, por encontrar en la propia realidad los criterios emancipadores desde los cuales orientar el análisis y proponer caminos alternativos lo que llevará a Herrera Flores a proponer una filosofía realista, contextualizada, impura, convencido que entender un proceso, sólo es posible en el marco del conjunto social del que dicho proceso forma parte, siendo por el contrario las concepciones aisladas de los fenómenos causa de malentendidos originados por la reducción de su complejidad.³⁵ Malentendidos que el autor señala y pone en evidencia para luego afirmar su postura:

La búsqueda filosófica de la esencia nos induce a encontrar la “sustancia” de los fenómenos en algún lugar sagrado o trascendente. Lugar alejado de nuestra condición humana, desde el cual se juzgará —externamente a nuestra impura e incierta naturaleza de “animales culturales”— todos nuestros actos. Sin embargo, nosotros, en vez de buscar esas trascendencias separadas de lo humano, indagaremos en el carácter real y material de los derechos, en lo que “está” debajo, en lo que subyace, en lo que soporta todo el edificio de esas luchas mencionadas más arriba. Es decir, investigaremos el fondo necesario desde el que entenderlos y ponerlos en práctica. El cual, para nuestro punto de vista, no es otro que el contexto social, económico, político y cultural en el que tales derechos, como productos culturales que son, se dan.³⁶

34 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, op. cit., p. 119.

35 Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 81.

36 *Ídem*, pp. 41 y 42.

3.2. Apuesta por una filosofía de lo impuro

Herrera Flores apostará por lo que denomina una filosofía de lo impuro, pues sólo lo impuro es *cognoscible*, describible, relatable, pues solo lo impuro está situado en el espacio, tiene contexto, lo atraviesan un conjunto de situaciones. Sólo lo impuro puede ser dialogado, vinculado a los fenómenos estableciendo vínculos entre ellos; sólo lo impuro tiene historia, devenir, y está sometido a las narraciones que en esa historia los humanos construyen para dotar sentido a la realidad.³⁷ Es desde esta filosofía de lo impuro desde donde Herrera Flores se acerca a los derechos humanos diciendo:

Una filosofía de lo impuro entenderá los derechos humanos desde la realidad de lo corporal, como la respuesta normativa a un conjunto de necesidades y expectativas que pretendemos satisfacer. Asimismo, es una filosofía que está siempre y en todo momento sometida a los avatares del tiempo, visto como la posibilidad de cambio y transformación de lo real. Es una filosofía de la alteridad, o, lo que es lo mismo, de la diferencia y de la pluralidad. Y, para terminar, es una filosofía que toma en cuenta el espacio, el contexto físico y simbólico *mundano* al que hemos sido “arrojados” –quizá afortunadamente– sin compasión.³⁸

Desde marco filosófico se insiste en la necesidad de prestar la debida atención al hecho de que los derechos humanos no provienen de la idealidad de las ideas de sujetos bienintencionados para luego verse sometidos a la dureza de la limitada realidad. Habiendo surgido los derechos en un contexto muy específico de división social, sexual, étnica y territorial del hacer humano marcado por el desigual acceso a los bienes necesarios para vivir una vida digna, “su validez no dependerá de alguna esfera evolutivo/generacional, ni de una esfera moral personal incondicionada, sino de su eficacia o ineficacia a la hora de luchar contra dicha forma de dividir y jerarquizar el acceso a tales bienes.”³⁹ A partir de esta filosofía de lo impuro se hace posi-

37 *Ídem*, p. 77.

38 *Ídem*, pp. 78 y 79.

39 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*, p. 80.

ble que los derechos humanos sean comprendidos en función de los vínculos entre lo jurídico, lo político, lo económico, lo social y lo cultural.⁴⁰

Los derechos humanos, al igual que el resto de las producciones culturales, son fenómenos híbridos, mezclados, impuros, no neutrales. Comprender los derechos humanos deslastrados de la larga sombra del idealismo permite reconocerles como producciones culturales, ficciones que aplicamos en el proceso de construcción social de la realidad. Este reconocimiento no les resta fuerza ni importancia en el esfuerzo por hacer realidad práctica nuestra concepción de sociedad. Por el contrario, reconocerles en su naturaleza de productos culturales permite constatar que, habiendo sido creados por los seres humanos, también éstos pueden cambiar su situación si así lo deciden y tienen los medios para llevar adelante tal decisión. Como productos culturales, están determinados por la historia y por la labor interpretativa de los sujetos. Siendo productos históricos y no esencias fijas, pueden ser transformados por la labor histórica de la humanidad; por eso “el peligro no reside en que creemos ficciones, sino en que les otorguemos una realidad separada de los seres humanos que las construyen.”⁴¹

En este proceso histórico, siempre en atención a los contextos, al espacio, a las culturas, a las narraciones, los derechos humanos pueden ser comprendidos como productos culturales surgidos en occidente que siendo impulsados por las luchas sociales podrían llegar a generalizarse sin imposiciones coloniales o imperialistas.⁴² No se trata de imponer un universalismo a priori de los derechos, sino de formular la posibilidad de un universalismo a posteriori.⁴³ Este aspecto da cuenta de la manera como el autor comprende el proceso de humanización:

La humanización no consiste en imponer algún universal —que siempre coincide con alguna pauta cultural o la cultura entera del colonizador—, sino en comenzar a construir las bases que permitan reconocer lo que nos une, y lo que vamos construyendo juntos, sin despreciar o invisibilizar las diferencias y las desigualdades. Todo contacto

40 Herrera Flores, Joaquín, *La reinvencción de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 79.

41 *Ídem*, p. 40.

42 *Ídem*, p. 79.

43 Herrera Flores, Joaquín, *El arte como elogio del movimiento*, *op. cit.*, p. 100.

cultural, supone siempre una modificación de las dos partes que se encuentran.⁴⁴

Antes de finalizar la presentación de algunas de las claves filosóficas que pueden detectarse en la teoría crítica de los derechos humanos que ha sido formulada por Joaquín Herrera Flores, es necesario dar cuenta de uno de sus presupuestos antropológicos. Así, en continuidad con el ya mencionado principio según el cual toda teoría crítica plantea que lo dado no agota las posibilidades de lo real, Herrera Flores entiende que:

Los seres humanos no son “lo que son”, sino lo que “deciden ser”, lo que construyen, lo que crean y recrean, lo que interpretan y reinterpretan, lo que articulan, desarticulan y vuelven a rearticular sin más certezas previas que la constante capacidad de *poiesis*: de hacedor, de inventor o creador, y de *noemas*: sentidos y significaciones⁴⁵.

Este presupuesto, poniendo la historia en las manos del hombre, se enfrenta a los postulados deterministas, naturalistas o metafísicos, que han pretendido arrancar de la humanidad la posibilidad de que ésta se construya un futuro donde se superen las condiciones de indignidad a que están sometidas la mayoría de las personas que en el mundo habitan.

3.3. Apuesta por un relativismo relacional

Al mismo tiempo, la apuesta teórica de Herrera Flores halla base filosófica en el marco de la polémica entre las posiciones relativistas y las posiciones absolutistas.⁴⁶ Para él, “el único universalismo válido consiste, pues, en el respeto y la creación de condiciones sociales, económicas y culturales que permitan y potencien la lucha por la dignidad.”⁴⁷

En dicho debate, el absolutismo, a partir de la creencia en una instancia, un procedimiento o una verdad última y absoluta, fundamenta las distintas prácticas tanto sociales como individuales; consecuentemente, dicha

44 *Ibidem*.

45 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*, p. 275.

46 Herrera Flores, Joaquín, *El arte como elogio del movimiento*, *op. cit.*, p. 91.

47 Herrera Flores, Joaquín, *La reinvencción de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 156.

instancia, procedimiento o verdad al ser absolutas están “absueltas”, desligadas, de las interacciones y prácticas sociales que en realidad les constituyen y son su concreción histórica material. La mirada absolutista estaría caracterizada por la creencia en universalismos abstractos, necesariamente previos y trascendentes a la materialidad de los hechos; la creencia en la existencia de una realidad “absolutamente” objetiva, no afectada por las acciones a través de las cuales se le conoce y se interactúa con ella, de lo que se deriva que dicha realidad escapa a la acción histórica humana; y la creencia en la existencia de un fundamento último, absoluto, previo y trascendental a las prácticas sociales a las cuales sustenta.⁴⁸

Enfrentando estos postulados, los pensadores relativistas niegan que las distintas realidades sólo puedan ser conocidas a través de una única forma de conocimiento intersubjetivamente válido, lo que denuncian como una práctica de colonización; de igual forma, niegan que ese supuesto conocimiento único se halle garantizado, a su vez, por algún tipo de instancia de orden trascendental que asegure el acceso a la esencia de la realidad, y que, como consecuencia de estas consideraciones de orden epistémico, el mundo devenga en una trama de esencias fijas y conclusas, trascendentalizadas, en la que no sea posible intervenir desde las prácticas sociales.⁴⁹

En definitiva, el relativista apuesta siempre por poner en práctica una fuerte dosis de voluntad de libertad y antiautoritarismo para devolver legitimidad intelectual a las siguientes tareas: a) mantener abierta la posibilidad de la creación radical; b) cuestionar el principio de determinación absoluta de los fenómenos; c) dismantelar el presupuesto esencialista que afirma que a cada cosa o a cada fenómeno corresponde una sustancia que se puede deducir por el mero hecho de pensar; y d) arrinconar toda traza de trascendencia que sitúe las producciones culturales en una esfera absolutamente separada de nuestras formas distintas de alcanzar la coherencia entre los deseos, las creencias y las acciones que llevamos a término.⁵⁰

48 Herrera Flores, Joaquín, *El arte como elogio del movimiento*, *op. cit.*, pp. 92-93.

49 *Ídem*, p. 95.

50 *Ídem*, pp. 95-96.

En la posición contraria al absolutismo, tal y como afirma Herrera Flores, la perspectiva teórica relativista, asumiendo que nada puede ser entendido si no es “en relación con” aquello que lo instituye social y colectivamente, niega la posibilidad de ignorar las prácticas sociales que están en la base del acto cognoscitivo; en consecuencia, la postura relativista afirma la existencia de verdades siempre parciales que orientan a los sujetos en su búsqueda de coherencia entre los deseos, las creencias y las acciones.⁵¹

Apostamos por un “relativismo radical o relacional”, desde el que nos vemos obligados a repensar *todos* los productos culturales como formas de reacción, más o menos racionales (en función de su coherencia interna entre deseos, creencias y acciones) frente a los sistemas de valores y de división del hacer productivo humano que dominan en contextos espacio/temporales concretos. Sin esa toma de postura relativista radical o relacional (que no se deja atrapar por el juego platónico de trascendencias y apariencias embrujadas por alguna concepción absolutista de la Verdad) sería bastante difícil construir obras artísticas cuyo criterio final sea la producción del mayor grado de dignidad humana.

Por ello, tomamos partido por un relativismo radical que intenta verlo todo y expresarlo todo “en relación con” lo otro y con los otros. Y, consecuentemente, vamos a rechazar el absolutismo que, como tal, lo que hace es “absolver” a la teoría —y al teórico— de toda responsabilidad frente a las consecuencias que produce.⁵²

Herrera Flores, inscrito en la postura relativista relacional, sosteniendo por tanto que toda verdad es parcial en cuanto está relacionada con las prácticas sociales que la instituyen y en las que tiene lugar, demanda, como parte de su teoría crítica de los derechos humanos, el empoderamiento constante de los sujetos que intervienen en esas prácticas sociales; con ello hace frente a la pasividad y a la aceptación acrítica de la Verdad a que conducen los postulados absolutistas.⁵³ A partir de la opción por el relati-

51 *Ídem*, p. 93.

52 *Ídem*, p. 97.

53 *Ídem*, pp. 93-94.

vismo relacional, el autor postula lo que denomina un universalismo de empoderamiento. Según éste,

...lo único que se puede y se debe universalizar y generalizar es que todas y todos tengan acceso a condiciones materiales e inmateriales que les permitan tener el poder suficiente como para “hacer valer” sus propuestas en un marco de igualdad y de reconocimiento... la tarea relativista por excelencia es triple: visibilizar, desestabilizar y, en su caso, transformar los marcos concretos, reales y materiales que subyacen a toda política, toda ética y todo conocimiento con pretensiones científicas.⁵⁴

En el campo específico de los derechos humanos, el autor advierte que los mismos no son categorías armónicas, situadas en planos ideales de consenso, desprovistas de conflictos de poder y al margen de los contextos diferenciados en los que tienen lugar. Más que un todo homogéneo, los derechos humanos plantean experiencias discrepantes, contrarias y a veces enfrentadas, con las que es necesario tratar. De aquí que postule la necesidad de una disposición que permita hacer concurrir las diferentes visiones y expresiones ideológicas que sobre tales derechos humanos se tienen hoy en día.⁵⁵

Ha de insistirse en que el relativismo de Joaquín Herrera es relacional: para él, negar lo absoluto no supone afirmar que todo lo demás tenga la misma validez. “Aceptar una posición relativista no supone afirmar la igual validez de todos los puntos de vista, sino la importancia del contexto y de las experiencias discrepantes.”⁵⁶ No se trata de un nihilista que se abstenga de fijar posición y de valorar las distintas realidades:

En definitiva, ser relativista no consiste en afirmar que todo vale igual, aunque sólo sea porque el propio relativista afirma que su posición vale más que la absolutista y por ella está dispuesto a luchar. Consiste más bien en negar que existan fundamentos últimos y/o

54 *Ídem*, p. 94.

55 Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, en Joaquín Herrera Flores (Ed.), *El Vuelo de Anteo*, Desclée De Brouwer, Bilbao, 2000, p. 58.

56 Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 133.

absolutos que se coloquen por encima de las prácticas sociales. Nada puede tener un fundamento trascendente a nuestra humana capacidad genérica de acción y transformación. De ahí, que toda fundamentación y toda racionalidad es parcial y depende de contextos culturales particulares. Pero, una vez aceptada esa “equivalencia” e “incompletud” entre racionalidades, podemos y nos vemos obligados por la misma asunción anti-absolutista a elegir por qué debemos luchar y cómo hacerlo (lo que a su vez es negado por las posiciones absolutistas, para las que todo está dado y garantizado de una vez por todas).⁵⁷

Lo que plantea Herrera Flores es la necesidad de introducir en el análisis de los procesos históricos, incluidos los derechos humanos, el marco de referencia en que tienen lugar, el contexto en que acontecen dichos procesos, las discrepancias normalmente invisibilizadas.⁵⁸ Ante tales discrepancias, para Herrera Flores “lo más urgente no es lanzar proclamas universalistas, sino construir espacios de encuentro entre dichas formas de acción en los que todos puedan hacer valer sus propuestas y diferencias.”⁵⁹ Es necesario, pues, superar los intentos irenistas de una aproximación ingenua, desproblematizadora de la realidad; para ello, se requiere posibilitar espacios de encuentro, diálogo y deliberación entre quienes, reconociéndose en posiciones y disposiciones diferenciadas, intentan explicar, interpretar e intervenir en el mundo.⁶⁰

Pensar los derechos humanos, desde este plano de inmanencia, nos lleva a integrar dentro de su concepto, no sólo formas y procedimientos que *reúnen* a individuos, grupos o Estados bajo la forma de denuncias mutuas ante las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, sino *también* la exigencia de construcción de lugares de *encuentro* en que todas y todos los que participen puedan “hacer valer” sus propuestas y sus diferencias. Lugares de encuentros de seres hu-

57 Herrera Flores, Joaquín, *El arte como elogio del movimiento*, *op. cit.*, p. 96.

58 Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 37.

59 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*, p. 38.

60 *Ídem*, pp. 51-52.

manos *empoderados*, es decir, de individuos y grupos que gocen de un conjunto de condiciones basadas en tres especificaciones de la igualdad: igual valor, igual racionalidad e igual autoridad.⁶¹

De esta manera, el relativismo filosófico de Herrera Flores se concreta en su reflexión sobre los derechos humanos, particularmente en lo referido a la necesidad de establecer espacios de diálogo en los que quienes sostienen posiciones diferenciadas puedan encontrarse en condiciones de simetría. Vale la pena, sin embargo, antes de cerrar este apartado, invitar al lector a complementar este aspecto del legado teórico de Herrera Flores con su propuesta de Criterio de Riqueza Humana.

4. Claves metodológicas

De todo lo hasta ahora presentado, se derivan una serie de claves metodológicas que hacen parte del aporte teórico de Joaquín Herrera Flores. La concreción en lo metodológico es fundamental para quien se ha fijado como objetivo desarrollar una filosofía realista cuya validez descansa en la capacidad para dar cuenta de la realidad social y contribuir a transformarla.

Dado que Joaquín Herrera Flores entiende por método al conjunto de estrategias racionales de investigación que tengan relevancia para la práctica social, su pretensión, a diferencia del pensamiento hegemónico, no es formular un método que presuma de universalidad. Por el contrario, reconoce una diversidad de métodos, preocupándose, eso sí, por su adecuación al objeto de estudio. Reconociendo que la opción metodológica implica la adopción de una postura político-ideológica frente a la realidad, y que la realidad jurídica está imbuida por relaciones de naturaleza social, política y económica, opta por cuestionar los conceptos, representaciones e instituciones del derecho positivo que en el campo de los derechos humanos responden a los intereses hegemónicos.

No obstante, en relación con el método, dirá el autor, es importante atender a la trampa que subyace a la negatividad dialéctica, pues ésta puede impedir todo movimiento de construcción y afirmación, no siendo capaz

61 *Ídem*, p. 46.

de superar dicho momento negativo.⁶² Es necesario entender que en último término de lo que se trata es de la gestación de las condiciones materiales que hagan posible la novedad histórica emancipadora, y que tales condiciones se construyen afirmando lo que queremos. Ha de saberse criticar lo criticable, pero siempre afirmando, proponiendo, respetando y animando los microprocesos en los que va aconteciendo lo alternativo, lo subalterno.

El método de trabajo, afirma, debe permitir pensar las prácticas sociales, creando lugares de encuentro y debate donde cada uno de los implicados pueda hacer ver sus opiniones y hacer valer sus necesidades e intereses. Este posicionamiento se enfrenta a falsos formalismos que invisibilizan a los sujetos en sus procesos de lucha por la dignidad, o bien desconocen las condiciones concretas de asimetría en que estos luchan por mejorar su situación vital y desarrollar sus capacidades. Optar por una concepción contextualizada, historizada y material de los derechos, exige colocar estos derechos en el espacio (donde tiene lugar la acción) y en el tiempo (donde acontece la historia), asumiendo además la pluralidad propia de la corporalidad humana.

Investigar y ejercer los derechos humanos desde las categorías de *espacio/acción*, *pluralidad*, y *tiempo* exige una metodología holística y, sobre todo, relacional. Cada derecho, cada interpretación y cada práctica social que tenga que ver con los derechos no hay que considerarla como el resultado casual o accidental del trabajo de individuos o grupos aislados, sino formando parte de un proceso amplio de relaciones sociales, políticas, teóricas y productivas.⁶³

Si Herrera Flores, como ya se ha dicho, entiende por método las estrategias racionales de investigación que tengan relevancia para la práctica social, dirá que la metodología, por su parte, son los instrumentos, categorías y conceptos que permiten determinar los hechos relevantes para una investigación. Así, este autor entiende la necesidad de una metodología capaz de abarcar el espacio, el tiempo y la pluralidad, dando cuenta, además, de las mutuas relaciones que establecen entre ellos y con los procesos so-

62 Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., pp. 55-56.

63 *Ídem*, p.80.

ciales en que están insertos. Dirá el autor que “nada es absoluto. Es decir, nada está absuelto o separado de la relación con lo otro ni de las realidades sociales, psíquicas y naturales que priman en un entorno determinado de interacción cultural.”⁶⁴ El objeto de investigación, en este caso los derechos humanos, siempre ha de comprenderse en relación con el resto de objetos y fenómenos sociales, nunca de un modo aislado.⁶⁵

Analizar un derecho humano o una política sobre derechos humanos desde la perspectiva de lo impuro nos obliga a estudiarlos y a ponerlos en práctica teniendo en cuenta la posición y los vínculos que se dan en un espacio concreto y determinado. Nos conduciría necesariamente a conocer la disposición que dicho derecho tiene con respecto a otros derechos, con lo que tendríamos que conocer sus contenidos y sus diferencias relativas. Y, finalmente, reconocer las narraciones que sobre él se han vertido, teniendo presente la continua movilidad de lo real.⁶⁶

En este orden de ideas, es de primera importancia lograr una metodología que permita observar los derechos humanos desde visiones múltiples, pero situadas y contextualizadas⁶⁷, puesto que una teoría y una práctica crítica y contextualizada de los derechos requiere conocer el espacio y el contexto en que tiene lugar, de lo contrario incurrirá en propuestas de tipo idealista y metafísico. Una historia de las ideas que dé cuenta de las consecuencias prácticas de las formas de pensamiento idealista detallaría de qué manera este tipo de propuestas es favorable a quienes detentan el poder y llevan adelante la hegemonía cultural.⁶⁸

Los derechos humanos, como todo producto cultural, deben ser comprendidos en relación con el marco que subyace a la práctica social. Dicho marco está compuesto por un determinado sistema de valores socialmente asumidos (siempre de carácter histórico y convencional) y de la forma de

64 Herrera Flores, Joaquín, *El arte como elogio del movimiento*, *op. cit.*, p. 98.

65 Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 79-80.

66 Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 33.

67 Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 134.

68 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*, pp. 177-178.

división social, sexual, étnica o territorial del hacer humano que se haya impuesto. Es necesario atender a estos aspectos, toda vez que dependiendo de la posición que se ocupe en este sistema de relaciones, se tendrá una posición privilegiada o subordinada desde la cual acceder a los bienes necesarios para vivir dignamente, lo que condiciona la aproximación.⁶⁹ En palabras de Joaquín Herrera Flores:

Los derechos humanos deben ser estudiados y llevados a la práctica políticamente, primero, desde un saber crítico que desvele las elecciones y conflictos de intereses que se hallan detrás de todo debate preñado de ideología, y, segundo, insertándolos en los contextos sociales, culturales y económicos en que necesariamente nacen, se reproducen y se transforman.⁷⁰

Ahora bien, para evitar interpretaciones erróneas es importante aclarar que el asumir que los derechos humanos como todo fenómeno que acontece en una formación social determinada únicamente podrán ser comprendidos en el marco de los procesos sociales y económicos que predominan en el contexto espacio/temporal, no implica una visión clausurada que conlleve a fatalismos deterministas. Dirá Herrera Flores:

También partimos de que podemos construir propuestas *normativas* y realizar prácticas sociales que pueden usarse para transformar tales sistemas hegemónicos y proponer la búsqueda de alternativas reales y concretas si es que percibimos que los mismos conducen a injusticias y explotaciones del ser humano.⁷¹

Al reivindicar una metodología relacional que asuma la complejidad de los derechos humanos reconocidos en el marco de sus contextos, se quiere romper con una comprensión de éstos como categorías completas, cerradas en sí mismas, cual mónadas fijas e invariables, exentas de una historia ya también prefijada de antemano, abriéndose, por el contrario, a la potencia dinamizadora que la apropiación de éstos derechos puede tener

69 Herrera Flores, Joaquín, *El arte como elogio del movimiento*, *op. cit.*, p. 96.

70 Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 45.

71 *Ídem*, pp. 81.

desde los procesos de búsqueda de alternativas en la construcción de esa historia.

5. Sacando conclusiones: Importa recuperar la dimensión política de los derechos

En coherencia con lo planteado hasta ahora sobre lo que ha de entenderse como la labor del teórico crítico y la función “subversiva” del pensamiento, Herrera pone de manifiesto la dimensión política que ha de llevar aparejada la teoría crítica en derechos humanos. Tal teoría no puede dejar de lado los procesos del hacer humano, principalmente en su potencialidad transformadora de las estructuras que imposibilitan condiciones de vida digna. Una teoría crítica en derechos humanos debe, contra la despolitización de las sociedades burocratizadas, recuperar la acción política. En esta misma línea, Herrera Flores afirma lo siguiente:

La recuperación de lo político (*polemos* y *polis*: es decir, la posibilidad de los antagonismos frente y dentro del orden de la ciudad), es una de las tareas más importantes de una teoría crítica y compleja de los derechos humanos. Con ello romperíamos del todo con las posiciones naturalistas que conciben los derechos como una esfera separada y previa a la acción política democrática. Esta separación produce, por lo menos, dos consecuencias perversas. Por un lado, una concepción escindida de la acción social... Y, por otro lado, dicha condición previa de los derechos nos conduce a una visión estrecha de los mismos, pues parece que, al no estar afectados por lo político, por lo polémico, por lo que cambia en función de los contextos y las relaciones de poder, deben considerarse como un mundo de “cosas” inmodificables e inmutables.⁷²

Hablar de la recuperación de la política lleva aparejado, desde la perspectiva teórica estudiada en esta investigación, el compromiso con la recuperación y potenciación de la conciencia de poder, principalmente por parte de aquellos sectores de la población que han sufrido el expolio, la

⁷² *Ídem*, p. 66.

marginación, la negación de las condiciones necesarias para llevar adelante sus proyectos de vida. En este sentido, afirma Joaquín Herrera que “El acto ético y político por excelencia es aquel, pues, que empodera a los sujetos para que puedan cambiar las propias coordenadas de lo que se percibe como posible.”⁷³

Por el contrario, desde la perspectiva de la teoría crítica los derechos humanos han de servir para aumentar la “potencia” y la “capacidad” que tienen las personas de actuar en el mundo. Si, por el contrario, se entienden estos derechos como algo previo y separado de la acción social, ello supondría una posición filosófica con consecuencias políticas sumamente conservadoras, al servicio del mantenimiento del orden injusto que impera.

Entender los derechos como algo previo a la acción social supone establecer una dicotomía absoluta entre “ideales” y “hechos”. Los ideales, o las esencias –en términos platónicos–, formarían parte, bien de un mundo trascendente separado de las realidades cotidianas, bien de una subjetividad abstracta no situada en contextos reales de convivencia... Sin embargo, la realidad es la contraria, pues todo producto cultural es siempre una categoría impura, es decir, contaminada de contexto y siempre sometida a las ineludibles relaciones fácticas de poder. En definitiva, una concepción de los derechos como ideales previos a la acción social conduce a una concepción muy restringida de lo político, pues lo reduce a la mera puesta en práctica de valores que conforman algo así como un “consenso ideal a priori”. Los ideales –en nuestro caso los derechos humanos–, se piensan como productos dados de antemano y sin relación alguna con los conflictos sociales.⁷⁴

Si se conciben los derechos humanos como pertenecientes a un orden que trasciende a la acción política, ello implicaría aceptar pasivamente la situación de injusticia e inequidad del mundo, puesto que la realidad sería considerada como una realidad que no puede ser modificada al estar por encima de la capacidad humana para actuar, para transformar la sociedad.⁷⁵

⁷³ Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*, p. 263.

⁷⁴ Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 67.

⁷⁵ *Ídem*, p. 69.

Este uso conservador, despolitizado y por tanto desmovilizador de la noción de derechos humanos es denunciado por Joaquín Herrera cuando afirma de manera tajante lo siguiente:

Desde el inicio hay que reconocer que hablar de derechos humanos requiere no sólo hacerlo de distribuciones, *más o menos justas*, sino, asimismo y fundamentalmente de relaciones de poder que funcionan oprimiendo, explotando y excluyendo a muchos colectivos de personas que exigen vivir dignamente. Estas “reducciones” conceptuales, reflexivas y pseudo-distributivas funcionan, no tanto como construcción de condiciones para la eliminación de tales injusticias, opresiones y exclusiones, sino como mecanismos de captura de nuestras capacidades de lucha por el acceso generalizado e igualitario a los bienes exigidos para poder llevar adelante una vida digna de ser vida.⁷⁶

Por el contrario, una teoría crítica de los derechos humanos entiende tales derechos desde una perspectiva que reivindica y exige la construcción de aquellas condiciones sociales, económicas, políticas y culturales que permiten a las personas, tanto a nivel individual como colectivo, empoderarse para poder establecer y garantizar la permanencia del conjunto de condiciones que posibilitan el acceso igualitario y no jerarquizado a priori a los bienes. Resulta evidente la confrontación crítica que esta perspectiva hace, no solo de las condiciones en que actualmente se encuentra el mundo, sino fundamentalmente de la manera en que el pensamiento liberal hegemónico ha comprendido y divulgado la idea de derechos humanos.⁷⁷

A denunciar esta función ideologizadora (en el sentido peyorativo de veladora de la realidad), conservadora del *status quo*, dedicó buena parte de su obra escrita el autor que se viene trabajando en este texto. Así dice al someter a crítica las consecuencias políticas que acarrea una propuesta de tanto raigambre en la filosofía política occidental como lo es la teoría contractualista:

Cuando enarbolamos los derechos humanos, el contractualista nos hace pensar que hablamos de algo a lo que tenemos derecho y que

⁷⁶ Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*, pp. 42-43.

⁷⁷ *Ídem*, p. 182.

las instituciones deben asumir como deberes con respecto a nosotros. Pero tenemos derechos, porque paradójicamente hemos renunciado a nuestra capacidad de generar derechos y exigírnoslos exigiendo compromisos y deberes que implemente lo que conseguimos. Desde la “Ideología-Mundo” se nos dice que estos compromisos y deberes no son algo que nos corresponda implementar a nosotros —como individuos dotados aparentemente de derechos y no de deberes—, sino al Estado o a cualquier otra instancia que nos debe cuidar y proteger. Sin embargo, en la construcción contractualista de la “esfera pública, a lo que en realidad se renuncia no es al conjunto de derechos que nos dicen que tenemos, sino a la posibilidad y a la capacidad de luchar por un acceso igualitario a los bienes, entregando, en el mejor de los casos, al Estado la facultad de construir, por supuesto, no neutralmente, sino con todo el peso ideológico hegemónico que ostenta, la decisión de cómo, a quién y cuándo distribuir el acceso a tales bienes.⁷⁸

Por el contrario, Joaquín Herrera, frente a esta visión “des-potenciadora” de los derechos, propone comprenderlos como procesos en los que las personas luchan por lo que es suyo, desplegando su capacidad de actuar en pro de una vida digna. Esta concepción de los derechos humanos, en lugar de exigir que el individuo renuncie a sus derechos, promueve que actúe en función de su capacidad y su potencialidad humanas en orden a constituir distintos tipos de garantías (políticas, económicas, sociales, culturales y jurídicas), compromisos y deberes que asignen las responsabilidades pertinentes tanto al propio individuo como a las instituciones públicas y privadas, a fin de lograr las condiciones que permitan a todos acceder igualitariamente a los bienes necesarios para la vida.

Si la “esfera pública” se construye a partir de la renuncia a la implementación social y colectiva de los derechos que pretendidamente tiene la “persona humana”, el individuo cae en la pasividad y en la reivindicación sin fin de lo que no tiene, pero que le dicen que tiene (sus derechos). Con lo que una y otra vez caemos en lo que podría-

78 *Ídem*, pp. 257-258.

mos denominar el efecto Casandra: reivindicar y denunciar la falta de derechos sin que nadie nos escuche. ¿Por qué? Pues, porque clamamos por derechos que se escapan a nuestra capacidad de acción, primero porque hemos renunciado a ello; y, segundo, porque no hemos luchado por ellos, sino que nos los han reconocido heterónomamente. En cambio, desde el “espacio de lucha”, los actores antagonistas a las formas dominantes (hegemonistas) de acceso a los bienes, lo que hacen es construir activamente las condiciones de su dignidad asumiendo deberes con respecto a los otros, sobre todo los más vulnerables, para lograr un acceso igualitario a los bienes rompiendo con los procesos dominantes de división social del hacer. Y esto se consigue únicamente luchando por levantar todo un edificio de garantías, lo más amplio posible, que permita exigir lo previamente comprometido individual, grupal e institucionalmente. Con lo que del efecto Casandra, pasaríamos al efecto Creonte-Antígona: es decir, al entretejimiento de lo que subjetivamente necesitamos y lo que políticamente podemos conseguir en un contexto espacial y temporalmente concreto.⁷⁹

Mientras que en la concepción contractualista de los derechos tanto la esfera pública como la privada proceden de un supuesto y contrafáctico contrato, de la formulación de un acuerdo que considera a todos “por definición” iguales, logrando así homogeneizar las diferencias, invisibilizar las particularidades y excluir a los desiguales (se niega al otro en tanto es diferente, solo se le reconoce en la medida en que se subsume a la condición de contratante, des-identificado de sí), asumir los derechos como espacios de lucha, por el contrario, implica reconocer que los mismos proceden de la activación política y cultural de las potencialidades humanas, de la humana capacidad para hacer y des-hacer mundos, para destruir las bases de las desigualdades y construir, de manera diferenciada y plural, los distintos caminos que han de conducir a condiciones de vida digna.⁸⁰

79 *Ídem*, pp. 258-259.

80 *Ibidem*.

Bibliografía

Althusser, L., *Maquiavelo y nosotros*, Akal, Madrid, 2004.

Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos” en Joaquín Herrera Flores (Ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica a la razón liberal*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000, pp. 19-78.

Herrera Flores, Joaquín, *El arte como elogio del movimiento*, Mimeo.

Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, Colección Ensayando, Atrapasueños, Sevilla, 2008.

Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Catarata, Madrid, 2005.

LA VISIÓN COMPLEJA DE DERECHOS HUMANOS Y SUS CONSECUENCIAS EN LAS LUCHAS SOCIALES

Alejandro Rosillo Martínez¹

1. Introducción

Uno de los aportes del pensamiento de Joaquín Herrera Flores que ha influido en la manera en que desarrollo mi labor como profesor e investigador en torno a los derechos humanos, es la propuesta de su visión compleja.² Lo ha hecho tanto en incidir en la manera en que he vinculado la Filosofía de la Liberación y el pensamiento descolonial con los derechos humanos³, como en la labor pedagógica que se refleja en el diseño de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.⁴ Además, esta visión compleja ha servido de base para la recuperación de *otras* tradiciones de derechos humanos, como la Tradición Iberoamericana.⁵

Es por lo anterior que, en este artículo, buscaremos trazar esa visión compleja de derechos humanos, diferenciándola de las comprensiones simplificadoras que suelen caracterizar a las corrientes hegemónicas del pensamiento jurídico. En efecto, no pretendemos abordar este tema desde el clásico debate entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, sino desde el debate entre un paradigma de la simplificación y un paradigma de la complejidad.

1 Profesor investigador de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

2 Cf. Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos” en Joaquín Herrera Flores (Ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica a la razón liberal*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000, pp. 19-78.

3 Cf. Rosillo Martínez, Alejandro, *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*, Editorial Ítaca, México, 2013.

4 Su plan de estudios está profundamente inspirado en una visión compleja de derechos humanos, el cual se puede consultar en la página web de la UASLP: www.uaslp.mx

5 Cf. Rosillo Martínez, Alejandro, *Los inicios de la tradición iberoamericana de derechos humanos*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí-CENEJUS, Aguascalientes-San Luis Potosí, 2011.

Creemos que esta segunda opción es más radical, pues a final de cuentas gran parte de las escuelas jurídicas dominantes se inscriben en el paradigma de la simplicidad, y su manera de comprender derechos humanos termina cercenando la realidad y la praxis histórica de liberación; por eso, ambas son construcciones idealistas de derechos humanos, a pesar de que entre ellas existan diversos puntos de oposición. La visión compleja de derechos humanos, que desarrolló Joaquín Herrera, contribuye a una perspectiva que los transforma en herramientas de liberación de los pueblos y sujetos ubicados en las periferias de los sistemas.

2. Pensamiento simplificador vs. pensamiento complejo

La visión compleja de derechos humanos que propone Herrera Flores, corresponde a la función del *logos histórico* que hace referencia Ignacio Ellacuría.⁶ Se trata de un *logos* que tiene como lugar epistemológico la perspectiva de la víctima, y que realiza una síntesis entre la necesidad de comprensión y de transformación de la realidad histórica. Este *logos* histórico en relación con la comprensión de derechos humanos nos lleva a asumir su complejidad en función de las implicaciones que tienen en la realidad histórica y en la praxis de liberación. Si bien la idea de una comprensión compleja en oposición a una comprensión simplificadora la tomamos de Edgar Morin, creemos que en lo general coincide con las implicaciones y consecuencias de asumir los fundamentos de la Filosofía de la Liberación en el conocimiento de derechos humanos.⁷ A partir de las luchas sociales, que son múltiples y plurales, no se pueden comprender derechos humanos, ni definirlos o conceptualizarlos, desde una epistemología que conduzca a la simplificación. No obstante, las filosofías dominantes del derecho se inscriben en la episte-

6 “Un *logos* histórico que (...) busca la realidad y no sólo el funcionalismo de la realidad, pero busca la realidad en su acción y concreción histórica. (...) un *logos* que tiene que ver con la historia y su transformación, pero también con el entendimiento de esa historia y con la iluminación de esa transformación” (Ellacuría, Ignacio, “Tesis sobre la posibilidad, necesidad y sentido de una teología latinoamericana” en *Escritos Teológicos*, Tomo I, UCA Editores, San Salvador, 2000. p. 295).

7 Por ejemplo, tanto Morin como Ellacuría critican las posturas idealistas del conocimiento que desconocen la materialidad de la historia. Cf. Ellacuría, Ignacio, *Filosofía de la realidad histórica*, UCA Editores, San Salvador, 1999; Morin, Edgar, *El paradigma perdido. Ensayo de bioantropología*, Kairós, Barcelona, 2005.

mología hegemónica de Occidente, que busca ideas claras y distintas como bien describe Morin:

Vivimos bajo el imperio de los principios de *disyunción*, *reducción* y *abstracción*, cuyo conjunto constituye lo que llamo el ‘paradigma de la simplificación’. Descarte formuló ese paradigma maestro de Occidente, desarticulando al sujeto pensante (*ego cogitans*) y la cosa extensa (*res extensa*), es decir filosofía y ciencia, y postulando como principio de verdad a las ideas ‘claras y distintas’, es decir, al pensamiento disyuntor mismo.⁸

En este contexto, para Morin, “es complejo aquello que no puede resumirse en una palabra maestra, aquello que no puede retrotraerse a una ley, aquello que no puede reducirse a una idea simple”.⁹ Por un lado, el pensamiento simplificador busca aislar lo que separa y oculta todo lo que religa e interactúa: “...el paradigma de simplicidad es un paradigma que pone orden en el universo, y persigue al desorden. El orden se reduce a una ley, a un principio. La simplicidad ve a lo uno y ve a lo múltiple, pero no puede ver que lo Uno puede, al mismo tiempo, ser Múltiple. El principio de simplicidad o bien separa lo que está ligado (disyunción), o bien unifica lo que es diverso (reducción)”.¹⁰ Mediante procesos de abstracción e idealización, se reduce la complejidad de la realidad, simplificándola para poder abarcarla y comprenderla. Desde este paradigma se ordena, jerarquiza y conceptualiza como medios para llegar, supuestamente, a la realidad. Son procesos útiles para desarrollar el conocimiento, pero si se desconoce qué se elimina y qué se añade, se absolutizan.

Al aislar los objetos de sus ambientes, el pensamiento simplificante es mutilante. Es un pensamiento que no corresponde con la praxis histórica de liberación¹¹, pues un pensamiento que mutila conduce irremediablen-

8 Morin, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 29.

9 *Ídem*, p. 21.

10 *Ídem*, p. 89.

11 Cf. Ellacuría, Ignacio, “En torno al concepto y a la idea de liberación”, en *Escritos Teológicos*, Tomo I, UCA Editores, San Salvador, 2000, pp. 629-657; “Función liberadora de la filosofía”, en *Veinte años de historia en El Salvador (1969-1989)*. *Escritos políticos*, Tomo I, UCA Editores, San Salvador, 2005, pp. 93-121.

te a acciones mutilantes, a una praxis débil e incompleta. Pero también puede generar praxis de muerte, pues el uso de las ideas como ocultamiento de la realidad es una de sus consecuencias: “La patología de la idea está en el idealismo, en donde la idea oculta a la realidad que tiene por misión traducir, y se toma como única realidad”.¹²

El pensamiento simplificante no es capaz de concebir lo uno y lo múltiple; sus opciones se reducen a unificar abstractamente anulando la diversidad o, por el contrario, yuxtapone la diversidad sin concebir la unidad. Por eso, señala Morin, “habría que sustituir al paradigma de disyunción/reducción/unidimensionalización por un paradigma de distinción/conjunción que permita distinguir sin desarticular, asociar sin identificar o reducir”.¹³ Por su parte, el pensamiento complejo busca rendir cuenta de las articulaciones entre dominios disciplinarios quebrados por el pensamiento disgregador, que es uno de los principales aspectos del pensamiento simplificador. Así, el pensamiento complejo busca generar un conocimiento multidimensional, que genere una praxis más rica, diversa y variada; que no cercena la realidad histórica a la que la praxis da sentido.

2.1. Pensamiento simplificador de derechos humanos

El pensamiento jurídico hegemónico se inscribe en el paradigma de la simplificación. Durante la Modernidad, el pensamiento simplificador negó la diversidad de la juridicidad, en búsqueda de la seguridad y el orden que pretende otorgar la dogmática y la lógica-formal cartesiana. Esta simplificación de la vida jurídica ha tenido importantes consecuencias en el pensamiento relativo a derechos humanos. En cuanto a su visión, el intento del pensamiento jurídico de generar un concepto o una definición expresada en una “idea clara y distinta”, más que una mejor protección al ser humano, ha generado una mutilación de la realidad y ha desconocido la materialidad de la praxis histórica donde se insertan derechos humanos. Los ha encerrado en un idealismo que desconoce diversas parcelas de la realidad y, por tanto, impone la idea por encima de los hechos. Se ha negado la pluralidad de las prácticas jurídicas, reduciendo al Derecho sólo a la normatividad dada por

12 Morin, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, op. cit., p. 34.

13 *Ibidem*.

el Estado; se separa de manera acrítica los diversos ámbitos de la praxis humana donde se desarrollan relaciones de poder que afectan la vida de los seres humanos; se vacía al sujeto de derechos humanos a un ente sin corporalidad, sin cultura, sin atributos, y quedando tan solo como un ente imputable de facultades. Estas consecuencias del pensamiento simplificador se muestran, por supuesto, en cuanto a la visión de derechos humanos. Veamos algunos casos.

Un ejemplo de la imposición del paradigma de la simplificación en el campo del pensamiento de derechos humanos es la problematización que se lleva a cabo respecto al uso del término “derechos humanos”. Sin duda, este término no es fácil de definir, ni tampoco es simple y claro, pues su uso tiene que ver con diversas parcelas de la realidad humana. La pretensión del pensamiento simple es asumir esta dificultad como un aspecto negativo a eliminar, acusando a “derechos humanos” de ser un concepto ambiguo y manipulable. Por ejemplo, Manuel Atienza señala que “derechos humanos” es un término: (a) *Ambiguo* por presentarse entre el derecho y la moral; (b) *vago* intencionalmente porque no es posible encontrar una serie de notas que definan todas las situaciones en que se habla de “derechos humanos”, y porque no existe un acuerdo sobre la extensión del catálogo de derechos; y (c) afectado “de una carga emotiva tan poderosa que en muchas ocasiones (...) no tiene significado descriptivo alguno. Utilizar el lenguaje de los derechos humanos es, como todos sabemos y algunos ponen en práctica un recurso tentador para tratar de justificar cualquier tipo de situación”.¹⁴ Es decir, se asume la complejidad como algo negativo que se debe buscar eliminar a favor de la claridad y la distinción, a pesar que ello signifique la mutilación de la realidad; aquí se aplica la crítica que realiza Morin al pensamiento simplificador: “La complejidad no sería algo definible de manera simple para tomar el lugar de la simplicidad. *La complejidad es una palabra problema y no una palabra solución*”.¹⁵ Asumir la complejidad de derechos humanos no significa una solución o una palabra final sobre cuáles son los derechos humanos y definir su contenido exacto.

No se trata de criticar cualquier idea clara y distinta, sino sólo aquéllas que mutilan la realidad y desconocen los procesos reales de la praxis históri-

14 Cf. Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona, 1989, p. 171.

15 Morin, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, op. cit., p. 22.

ca; y en este caso creemos que se ubican “derechos humanos”. La complejidad no conduce a la eliminación de la simplicidad, sino aparece cuando el pensamiento simplificador falla. El pensamiento complejo debe integrar en sí mismo todo aquello que pone orden, claridad, precisión y distinción en el conocimiento. En efecto, “hay que estar siempre alerta y ser conscientes de qué se elimina y qué se añade a la realidad, sin anular su riqueza, sin fragmentarla ni perder la perspectiva contingente de su totalidad y la ubicación que en ella tenemos los seres humanos”.¹⁶ Al respecto, Morin explica:

Mientras que el pensamiento simplificador desintegra la complejidad de lo real, el pensamiento complejo integra lo más posible los modos simplificadores de pensar, pero rechaza las consecuencias mutilantes, reduccionistas, unidimensionalizantes y finalmente cegadoras de una simplificación que se toma por reflejo de aquello que hubiera de real en la realidad.¹⁷

Los posibles problemas generados por la vaguedad del concepto “derechos humanos”, por su ambigüedad, o por su alta carga emotiva no se han de solucionar a través de la mutilación de la realidad, y de desconocer las praxis históricas de liberación de los pueblos. Debemos asumir la complejidad de derechos humanos y aprender a conocerla; al respecto, conviene citar de nuevo a Morin: “No se trata de retomar la ambición del pensamiento simple de controlar y dominar lo real. Se trata de ejercitarse en un pensamiento capaz de tratar, de dialogar, de negociar, con lo real”.¹⁸ Por ejemplo, la ideologización de los derechos humanos no se debe exclusivamente a la manipulación de su alta “carga emotiva”, ni a su “ambigüedad”, pues también una idea clara y distinta puede tener la misma finalidad¹⁹; por

16 Sánchez Rubio, David, *Contra una cultura anestesiada de derechos humanos*, UASLP-CEDH, San Luis Potosí, 2007, p. 43.

17 Morin, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, *op. cit.*, p. 22.

18 *Ibidem*.

19 Como bien señala Joaquín Herrera, el pensamiento abstracto de derechos humanos conlleva a que “el conocimiento estará relegado a una casta que sabe qué es lo universal o que establece los límites de lo particular” (Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 70).

eso, el pensamiento complejo debe proponer métodos capaces de desvelar tales usos ideológicos.

Podríamos dar diversos ejemplos de posturas simplificantes en la visión de derechos humanos. Lo importante es insistir en que una visión simplificante no es compatible con el horizonte de una praxis de liberación. Las visiones *simples* de derechos humanos funcionan finalmente como patrón de medida y de exclusión; siempre habrá algo o alguien que quedará marginado del análisis y de la práctica por no responder a ese patrón. Tanto las posturas iusnaturalistas como las iuspositivistas son excluyentes y simplistas, sea porque colocan a derechos humanos en un plano de abstracción ajeno a la historia y a las praxis concretas de liberación, o porque reducen el derecho a las normas creadas por el estado, negando la capacidad creadora de juridicidad de las personas y los pueblos. En efecto, la visión compleja de derechos humanos debe evitar tanto la naturalización como la estatalización, como bien señala Herrera Flores:

Esta perspectiva debe siempre estar atenta contra los peligros de una interpretación que *naturalice* el fenómeno a estudiar desgajándolo de su historia, o que lo *estaticice* eliminando las dimensiones políticas o ideológicas del mismo, las cuales deberán implícita o explícitamente denegadas, pero nunca abolidas. El discurso teórico estatizado y naturalizado configurará una imagen extrahistórica del fenómeno, situándolo *aparentemente* al margen de los conflictos y de las diferentes posiciones de poder.²⁰

Por otro lado, no basta con señalar que los derechos humanos tienen una dimensión axiológica, pues se corre el riesgo de seguir simplificando. Es necesario que esa dimensión axiológica no se cercene de las demás parcelas de la realidad. Así, por ejemplo, Norman Solórzano señala que

respecto a la cuestión axiológica, en la argumentación kelseniana, por una pretensión analítica y antimetafísica, no sólo se asumen los valores en su aspecto semántico y meramente conceptual, sino que al sacar la discusión axiológica del contexto de la fundamentación/justi-

20 *Ídem*, p. 48.

ficación obvia del problema del fundamento de los valores, del derecho objetivo o positivo, de los derechos humanos, etc. Consiguientemente: (1) se llega a despojar los derechos humanos de su condición de *modos de vida* (dimensión práctica en la que adquieren *pertenencia* los valores) y se los reduce a meras cuestiones valóricas; (2) se *transforman* las diferencias entre un valor y otro en *oposiciones irreductibles* según los esquematismos amigo-enemigo, bien-mal, siendo esta secuencia la estrategia de la inversión ideológica de los derechos humanos.²¹

El sujeto de derechos humanos también es sometido a la simplificación. La “subjetividad” del pensamiento jurídico hegemónico ha sido el del sujeto abstracto, que no asume cabalmente al sujeto de las luchas de liberación concretas y plurales. En diversas doctrinas iusfilosóficas tan alejadas en otras cosas²², lo “subjetivo” no es en referencia al sujeto como ser corporal —que requiere de bienes para producir y reproducir su vida, que se construye junto con otros, y que con su praxis responde al poder de lo real—, sino que “se predica de las ensoñaciones, preferencia, deseos, en fin, del ámbito de una fantasía que se asume como irrealidad”.²³ Por eso, al final del camino, emerge en estas teorías un sujeto abstracto que hace elecciones irreales, aunque las mismas teorías construyan estos sujetos abstractos partiendo del supuesto de que los sujetos corporales no pueden realizarlas a través de un juicio racional. Desde el paradigma de la simplicidad, la praxis del sujeto corporal, real y concreto para producir y reproducir su vida es declarado irracional, y se le niega su supremacía crítica a partir del cual se deberían ve-

21 Solórzano, Norman, “Marcos categoriales del pensamiento jurídico moderno” en Jesús Antonio de la Torre Rangel (Coord.), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, UAA-ITESO-Porrúa, México, 2002, p. 117.

22 Casos paradigmáticos son el de Hans Kelsen y de John Rawls. Por ejemplo, tratándose del primero, se pregunta en qué consiste la situación objetiva que la teoría tradicional caracteriza diciendo que el orden jurídico confiere al hombre, o a ciertos hombres, personalidad jurídica, es decir, la calidad de persona. (Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Editora Nacional, México, 1965, pp. 182-183). Por su parte, es conocida la hipótesis de trabajo de John Rawls, que elimina el contexto y la identidad de la persona como sujeto de la justicia y de derechos (Rawls, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p. 25).

23 Solórzano, Norman, “Marcos categoriales del pensamiento jurídico moderno”, *op. cit.*, p. 118.

rificar derechos humanos y el derecho en general. Se reduce a la persona a un centro de imputación de derechos y deberes; entonces los derechos no se postulan en referencia a algún sujeto vivo, ni de su praxis en la realidad histórica, sino que se cae en un *solipsismo normativo*, donde la norma es sólo aquella definida por la misma norma. El sujeto corporal desaparece porque su praxis es compleja, y la abstracción requiere simplificarlo sea a través de una norma o de una hipótesis basada en un “velo de ignorancia”. El pensamiento abstracto mutila a la persona, al dejarlo sólo referido a la norma y definido por la norma misma.

Esta abstracción del sujeto de derechos lleva a las posturas positivistas a caer, como señalamos, en un solipsismo normativo. Todo se piensa desde las normas, desde dentro del sistema, y el sujeto es sólo un elemento más creado por alguna norma: la disposición que lo hace centro de imputación de derechos y obligaciones. En este sentido, estas teorías jurídicas vinculadas al solipsismo normativo no logran explicar, pues no tienen espacio para ello, fenómenos constitutivos de la complejidad de derechos humanos: la lucha social, la resistencia a la ley para acceder a bienes que a su vez cumplen con la satisfacción de lo que se predica como derechos humanos, la emergencia de nuevos sujetos sociales, las tramas sociales y la distribución del poder, etc. Así, por ejemplo, las praxis de liberación de los pueblos oprimidos suelen poner un especial interés en los llamados derechos sociales, económicos y culturales; pues bien, como hace notar Joaquín Herrera, estos tipos de derechos suelen ser relegados por el pensamiento simplificador, debido a que no son “puros”: “Los derechos sociales, económicos y culturales son relegados a un segundo plano. Constituyen la esfera de lo impuro, lo híbrido, lo mezclado. Podemos pensar, rezar y opinar libres de cualquier condicionamiento social y, además, con todas las garantías estatales imaginables. Pero disfrutar de la salud, de un entorno limpio o de tener una vivienda digna, depende de elementos extraños a lo jurídico formal”.²⁴ De ahí que las prácticas populares para hacerse de los bienes relacionados con este tipo de derechos son soslayadas por el pensamiento jurídico hegemónico, por considerárseles fuera de lo jurídico, y más bien realidades po-

24 Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 30.

líticas o económicas. Así, estas posturas niegan la complejidad de lo real en donde actúa el verdadero sujeto, el sujeto corporal.

Pero no sólo el pensamiento jurídico expresado en iusnaturalismo o iuspositivismo suele simplificar derechos humanos. Por otro lado, Joaquín Herrera señala que en el mundo contemporáneo la polémica de derechos humanos se ha centrado en dos visiones, dos racionalidades y dos prácticas: la visión *abstracta* y la visión *localista*. Si bien es cierto que esta clasificación es limitada, sirve para defender la necesidad de una visión compleja de derechos humanos. La primera visión se encuentra vacía de contenidos y referencias a las circunstancias reales de las personas y centrada en torno a la concepción occidental de derecho y el valor de la identidad; mientras que la segunda predomina lo propio por encima de lo de los demás, centrándose en una idea particular de cultura y valorando la diferencia. El problema surge cuando cada una de estas visiones se defiende por su lado y tiende a considerar inferior o a desdeñar lo que la otra propone.²⁵ Finalmente, ambas posturas desconocen parcelas de la realidad que deben considerarse en las luchas de liberación de los pueblos.

Una visión compleja pretende asumir la racionalidad del sujeto corporal y necesitado que, al ser víctima de un sistema, ejerce una praxis de liberación. Por eso, como señala Herrera, con esta visión se pretende “superar la polémica entre el pretendido universalismo de los derechos y la aparente particularidad de las culturas”.²⁶ Y esto porque ambas posturas terminan ontologizando y dogmatizando sus puntos de vista y no relacionan sus postulados y propuestas con los contextos reales. Es decir, conducen finalmente en ser posturas idealistas, que niegan de una u otra forma la materialidad de la historia. Sea excluyendo de la historia a derechos humanos, o insertándolos en una concepción idealista o estática de ella.

Ante la hegemonía de un pensamiento simplificante de derechos humanos, sea en su perspectiva iusnaturalista o iuspositivista, universalista o culturalista, desde el Sur, se ha de optar por construir una visión compleja de derechos humanos. Pero no sólo como un mero ejercicio intelectual sino por responder efectivamente a la perspectiva de las víctimas y para que derechos humanos signifique una herramienta de liberación.

²⁵ *Ídem.*, p. 68.

²⁶ *Ibidem.*

2.2. Recuperación de la complejidad de derechos humanos

Diversos autores relacionados con los procesos emancipatorios de pueblos o sujetos oprimidos por las actuales estructuras de la globalización capitalista, vinculados expresamente o no al pensamiento de la liberación, han destacado la importancia de trascender de una visión simplificadora de derechos humanos a una compleja.²⁷ Las praxis de liberación que han efectuado diversos sujetos en los últimos tiempos muestran que el pensamiento simplificante del derecho no da cuenta cabalmente de la realidad. Por eso, se ha visto obligado a abrirse a la complejidad, a recuperar su conexión con la realidad, y de ahí que Boaventura de Sousa Santos señale que actualmente “el derecho, que redujo la complejidad de la vida jurídica a la seguridad de la dogmática, redescubre el mundo filosófico y sociológico en busca de la prudencia perdida”.²⁸

Una visión compleja de derechos humanos busca no mutilar lo humano; parte del sujeto corporal y necesitado, y lo mantiene como su punto crítico. No cae en el solipsismo normativo, ni en el formalismo, sino que aborda derechos humanos desde las diversas parcelas de la realidad histórica donde inciden. Esto porque son momentos de la praxis de liberación de los seres humanos que se constituyen como sujetos en el encuentro con otros sujetos y con el mundo, en busca de producir, reproducir y desarrollar sus vidas.

La visión compleja de derechos humanos está en función de una teoría crítica de ellos. Si entendemos por teoría crítica, entre otras cosas, “toda teoría que no reduce la ‘realidad’ a lo que existe”²⁹, entonces las visiones simplificadoras de los derechos humanos no pueden tener este carácter. Su pretensión de delimitar *con precisión y con claridad* a derechos humanos conlleva pensar la realidad sólo a lo que existe. En cambio, derechos humanos debe ser motivo, más que de conformidad con un “sistema constitucional

27 Senent, Juan Antonio, *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis*, Trant lo Blanch, Valencia, 2007; Sánchez Rubio, David, *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*, Akal, México, 2018.

28 Santos, Boaventura de Sousa, *Una epistemología del sur*, Siglo XXI-Clacso, México, 2009, p. 48.

29 Santos, Boaventura de, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000, p. 23.

de derechos”, de incomodidad, de inconformismo y de indignación ante las realidades que deben ser transformadas y superadas.

Optar por una visión compleja de derechos humanos conlleva algunas implicaciones, si desea servir para un pensamiento crítico y de la liberación, y ser coherente con el uso que de ellos se da en las luchas y movimientos sociales. En efecto, una visión compleja debe asumir la perspectiva de las víctimas de los sistemas, como bien señala Herrera: “[L]a visión compleja de los derechos apuesta por situarnos en la *periferia*. Centro sólo hay uno. Lo que no coincida con él es tildado peyorativamente de periferia. Periferias hay muchas. En realidad, todo es periferia si aceptamos que no hay nada puro y que todo está relacionado”.³⁰ Esta perspectiva tiene que asumirse en el actual contexto de globalización. Ubicar a derechos humanos como elementos de derecho internacional que se van imponiendo a los diversos estados del mundo es una visión simplista, que no siempre corresponde a la visión de las víctimas. Es necesario pensar derechos humanos en la globalidad desde las luchas de los pueblos, desde la construcción de alternativas sociopolíticas y económicas *desde abajo*. Es decir, parte de la complejidad de derechos humanos es su ubicación como elementos interculturales en un contexto de globalización o mundialización. Veamos algunas implicaciones de esta visión.

2.2.1. Construir la interculturalidad de derechos humanos

Una comprensión compleja posibilita superar el monoculturalismo y asumir el pluralismo cultural. Desde los criterios de la praxis, la intersubjetividad y la vida; la visión compleja permite el encuentro con el otro, y construir interculturalmente derechos humanos. Por eso, debe ser una visión capaz de comprender los diversos procesos de cada cultura que van encaminados a potencializar la praxis humana con el fin de establecer las condiciones para la producción y reproducción de vida.

El problema de la pluriculturalidad y los derechos humanos ha sido analizado desde diversas corrientes del pensamiento crítico. Una idea fundamental para la reflexión sobre la interculturalidad de derechos humanos

³⁰ Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 69.

es el criterio de *riqueza humana* expresada por Joaquín Herrera. Este criterio se refiere a la posibilidad de reacción que toda persona posee frente al entorno de relaciones en que se encuentra, en búsqueda de tener acceso a los bienes propicios para una vida digna. Para que derechos humanos sean instrumentos a través de los que se pueda llevar a cabo este criterio, no se debe universalizar una concepción de ellos o mantener que todas las visiones y prácticas son igualmente válidas. Es decir, ni el universalismo ni el relativismo son propios de un pensamiento complejo; ambas posturas simplifican la realidad histórica donde se desarrollan derechos humanos.

En primer lugar, se deben considerar a derechos humanos como *productos culturales*, y que no son por lo tanto algo previo a la praxis histórica. Ambos, tanto derechos humanos como praxis, van de la mano en la construcción de condiciones sociales, culturales, económicas y políticas que propician el desarrollo de las capacidades humanas y el acceso a los bienes adecuados para ello. Por eso, se debe rechazar cualquier universalismo que imponga a priori el contenido de los derechos, como si ellos pretendieran ser el patrón de medida para una humanidad perfecta. En cambio, derechos humanos deben ser vistos como productos de luchas culturales, sociales, económicas y políticas que buscan la transformación de las relaciones de poder para generar un acceso igualitario a los bienes para la producción de vida. Al considerarlos productos culturales, derechos humanos constituye, para Herrera, una realidad de tres caras:

[S]on la consecuencia y la posibilidad de actuar individual y colectivamente por ver reconocidas y puestas en práctica las diferentes y plurales visiones que tengamos de nuestras capacidades y necesidades (esfera *política* de los derechos), con el objetivo de ‘ajustar’ (esfera *axiológica* de los derechos) el mundo a lo que en cada momento y en cada lugar se entienda por dignidad humana (esfera *teleológica* de los derechos). La mayor violación hacia los derechos humanos consistirá en prohibir o impedir, del modo que sea, que individuos, grupos o culturas puedan expresar y luchar por su dignidad.³¹

31 Herrera Flores, Joaquín, “La riqueza humana como criterio de valor” en Joaquín Herrera (Ed.), *El vuelo de Anteo*, op. cit., pp. 264-265.

Es necesario que la visión compleja sobre derechos humanos esté abierta a la creatividad intercultural; que posibilite que otros grupos humanos, otros colectivos y otras comunidades, sean capaces de crear sus propios procedimientos e instituciones sociojurídicos encaminados a la emancipación; que puedan recrear derechos humanos para satisfacer sus necesidades de vida desde sus propias circunstancias y tramas sociales. Es decir, que puedan crear “otro conjunto de ficciones y supuestos, favorables ahora, no sólo a una clase social, la que triunfa con las revoluciones burguesas, sino a los colectivos tradicionalmente marginados de la ficción hegemónica: indígenas, inmigrantes, mujeres...”³²

Pero la complejidad de derechos humanos no significa fomentar el relativismo cultural o culturalismo. Estas posturas corren los mismos riesgos que el universalismo, al absolutizar una perspectiva y simplificar la realidad a una sola visión. Se olvidan que dentro de la complejidad de la realidad histórica, las culturas son incompletas además de que todas están afectadas por condiciones materiales. Es decir, el culturalismo conduce a un nuevo idealismo simplificador cuando cree que *todo* es cultura, pasando por alto las relaciones que están estrechamente marcadas por la materialidad de la historia. La consecuencia básica de estas posturas en derechos humanos, Joaquín Herrera la describe de la siguiente forma:

Cuando el culturalismo considera que todo es cultura, concibe a los productos culturales –por ejemplo, a los derechos humanos– como dato básico de lo real; es decir, como algo que no está contaminado por algún tipo de relaciones sociales, psicológicas o naturales. El producto cultural queda, pues, descontextualizado y separado de las condiciones de producción y reproducción de la vida y de la acción humanas. En otros términos, se le coloca en un pedestal que no le pertenece, ya que lo cultural no se da en el vacío, sino que aparece siempre como reacción frente a una determinada configuración de relaciones.³³

32 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Catarata, Madrid, 2005, p. 208.

33 *Ídem*, p. 128.

Es decir, para que la visión compleja de derechos humanos realmente asuma la pluralidad cultural del mundo, es necesario comprender que los procesos culturales no fundan la realidad, sino que se encuentran y son parte de ella. Lo que la cultura otorga al sujeto es un instrumental simbólico que permite a la riqueza humana reaccionar ante determinada configuración de relaciones y tramas sociales. En este sentido, un primer acercamiento a una visión compleja de derechos humanos los vería como procesos de creación y fortalecimiento de luchas por diversas formas de comprender la dignidad humana. Así, derechos humanos no se comprenderían como “datos básicos de lo real” ajenos a los procesos históricos, sino que se pondría énfasis en su carácter procesual. Se rechaza entonces un concepto universal de dignidad humana, pero no en función de defender un relativismo ético. Más bien se opta por la construcción de una “pluriversalidad”, donde desde cada cultura o desde cada encuentro intercultural se generen procesos de lucha por instaurar condiciones materiales que hagan posible la producción y reproducción de la vida.

Si bien el criterio de riqueza humana nos posibilita comprender la capacidad del ser humano para constituirse en sujeto de la praxis, en lucha por crear las condiciones que permitan a todo ser humano vivir con dignidad, queda la duda de qué entender por dignidad humana en un contexto de pluralismo cultural. Al respecto Boaventura de Sousa Santos se hace la pregunta de por qué hay tantos principios diferentes en torno a la dignidad humana –todos con pretensión de ser únicos– y por qué a veces son contradictorios entre sí. Llega a la conclusión, como ya mencionamos, de que “las culturas poseen ideas sobre la dignidad humana pero no todas conciben la dignidad humana como equivalente a los derechos humanos. Es, por tanto, importante buscar preocupaciones isomórficas entre diferentes culturas”.³⁴ Siguiendo a Panikkar, y su propuesta de hermenéutica diatópica, esta concepción *mestiza* de derechos humanos se genera por el intercambio entre universos de significado diferentes.

La hermenéutica diatópica, a diferencia de la morfológica –significado de los signos– y la diacrónica –superar distancia temporal–, supone que *el otro*, a quien intentamos comprender, no comparte el mismo horizonte

34 Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta-ILSA, Madrid-Bogotá, 2009, p. 517.

de inteligibilidad, y por lo tanto lo que se busca no es superar una distancia “meramente temporal, dentro de una única y amplia tradición”, sino “la distancia que existe entre dos *topoi* humanos, ‘lugares’ de comprensión y autocomprensión, entre dos (o más) culturas que no han elaborado sus modelos de inteligibilidad o sus premisas fundamentales a partir de una tradición histórica común o mediante una influencia recíproca”.³⁵ Para asumir el pluralismo cultural, se debe renunciar al supuesto que existe una base común neural o universal que puede servir de puente entre las dos culturas. Ninguna cultura puede asumir que sus conceptos y principios son más verdaderos, esenciales, definitivos o universales, y por eso ningún sistema puede proponerse como criterio base de comparación. Es decir, suponer que la cultura occidental ha generado los “mínimos” del contenido de los derechos humanos, y esos son los criterios universales de comparación, solo es la pretensión de la Modernidad de asumirse como una cultura completa y perfecta. En efecto, dentro de la misma cultura no es visible la incompletud de los *topoi*, por lo que el objetivo de la hermenéutica diatópica es concientizar de la incompletud y entablar el diálogo con otras culturas.

La hermenéutica diatópica parte en ubicar la equivalencia homeomórfica, es decir, en poner en diálogo, y buscar la traducción intercultural, entre los *topoi* de dos culturas que, en su universo, realizan una función semejante. En este sentido, la concepción *mestiza* de derechos humanos significaría considerarlos como el *topos* de la cultura occidente que tiene la función de defender la dignidad humana, y que para construirse interculturalmente, debe entrar en diálogo con el *topos* de otra cultura que también se refiere a la dignidad humana.

Semejante a la propuesta de Panikkar, encontramos la aplicación a este problema de la *hermenéutica analógica* propuesta por Mauricio Beuchot. La hermenéutica analógica es un intento de superar la distensión que se produce entre hermenéuticas de corte univocistas y equivocistas.³⁶ Las hermenéuticas univocistas son aquéllas que sostienen que hay sólo una interpretación válida de un texto.³⁷ Las hermenéuticas equivocistas, al contrario,

35 Panikkar, Raimon, *Mito, fe y hermenéutica*, Herder, Barcelona, 2007, p. 32

36 Cf. Beuchot, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica*, UNAM-Itaca, México, 2009, pp. 35 ss.

37 Considerando, por supuesto, el texto en su comprensión amplia. la noción de texto ha evolucionado dentro del campo de la hermenéutica. Primero se tomaba como texto el

sostienen que prácticamente todas las interpretaciones son válidas. A diferencia de ambas, una hermenéutica analógica acepta más de una interpretación como válida, pero no todas; hay un grupo de ellas, pero ordenadas según alguna jerarquía, de modo que haya unas interpretaciones mejores que otras, siguiendo una gradación en la que llega un punto en el que ya no son adecuadas al texto en cuestión.

Una hermenéutica analógica tiene como uno de sus efectos evitar los inconvenientes de una interpretación unívoca y de una equívoca, para a la vez sacando provecho de sus ventajas. En este sentido, podemos afirmar que la hermenéutica analógica es un desarrollo del pensamiento complejo. De la hermenéutica unívoca asume que no todas las interpretaciones pueden ser verdaderas; de la hermenéutica equívoca toma la lección de que no sólo una puede ser verdadera. Tienen que ser más de una, pero no todas.³⁸ Para colocar un límite a la interpretación se utilizan criterios analógicos. Hay un límite analógico para frenar la extracción de significado de un texto, para que no se vuelva explotación descontrolada. Hay límites sintácticos, semánticos y pragmáticos: el conocimiento del idioma, su correlación con los significados y el estudio del contexto cultural del autor del texto. Es necesario usar el diálogo con los otros miembros de la comunidad de intérpretes que nos rodean. La analogía exige el diálogo, pues se *analog*a mejor de manera comunitaria. En todo caso, el contexto del texto pone límites para la interpretación y evitar así el equivocismo.

Si la hermenéutica analógica trata de evitar la cerrazón de la univocidad, para permitir y reconocer la pluralidad, también trata de superar la postura equivocista, que termina fácilmente en el relativismo. Señala Beuchot, que la polisemia o multivocidad puede ser equívoca o analógica. La equívoca no tiene reducción ni límites; la analógica es una pluralidad acotada y

escrito, y esto es importante, porque lo más que interpretamos son documentos. Pero Gadamer amplía la noción de texto al hablado, a la conversación o diálogo, ya que, si la escritura da un texto cerrado, la conversación es un texto más abierto, que no sabemos bien a bien dónde va a parar. Ricoeur añade como texto la acción significativa, de modo que entre ahí lo que interpreta el antropólogo, el psicólogo, el sociólogo, los historiadores, los juristas, etc. Así, tenemos una amplia gama de textos, que son el objeto de la interpretación y, por lo mismo, de la hermenéutica (Cf. Grondin, Jean, *Introducción a la hermenéutica*, Herder, Barcelona, 1999).

38 Cf. Beuchot, Mauricio, *Compendio de hermenéutica analógica*, Torres Asociados, México, 2007, pp. 11-50.

limitada. Es la que se desea para la hermenéutica analógica. En efecto, esta hermenéutica aplicada al tema que nos ocupa, nos conduce al pluralismo cultural analógico, el cual privilegia la diferencia y trata de proteger lo más posible la identidad de las culturas. Pero esto no quiere decir que este pluralismo considere que las culturas son perfectas; al contrario, para evitar la equívocidad establece límites analógicos, y por lo tanto fomenta el diálogo y la convivencia de culturas: “De cada cultura habrá elementos que alguna, algunas de las demás o todas las otras aceptarán, otros elementos que tolerarán y otros que rechazarán”.³⁹ De aquí que se pueda generar un tipo de “universalidad” desde abajo, que no sea *a priori* sino *a posteriori*, como producto de un diálogo e intercambio entre las culturas, en búsqueda de superar sus “incompletud”.⁴⁰

La visión compleja de derechos humanos debe ser capaz de asumir una *teoría de la traducción*, sea como *hermenéutica diatópica* o como *hermenéutica analógica*, que parte del presupuesto que una necesidad o una práctica en una cultura puede volverse comprensible e inteligible por otra cultura. Consiste en dar soporte epistemológico para que derechos humanos pueda enriquecerse con las praxis de liberación que se desarrollan en cada cultura. Praxis que son, por ser históricas, finitas y completas, pero que forman parte de la realidad histórica como totalidad.

2.2.2. *Contextualizar derechos humanos en los procesos históricos*

Si tomamos en cuenta que, como señala Joaquín Herrera, “toda teoría crítica de la sociedad no es más que la dimensión intelectual del proceso histórico de emancipación”⁴¹, entonces debemos contextualizar derechos humanos en esos procesos. Entonces derechos humanos no se estarían comprendiendo políticamente como entidades naturales o derechos infinitos, sino como reacciones antagonistas frente a un determinado conjunto de relaciones sociales nacidas en una precisa realidad histórica. En esto, de nuevo

39 Beuchot, Mauricio, *Multiculturalidad y derechos humanos*, Siglo XXI-UNAM, México, 2005, p. 62.

40 Cf. *Ídem*, pp. 65-66.

41 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*, p. 177.

podemos hacer referencia al pensamiento de Joaquín Herrera y a su comprensión de productos culturales.⁴²

Derechos humanos pueden ser elementos de praxis de liberación o praxis de opresión, es decir, como productos culturales surgen en contextos concretos, donde se dan relaciones no neutrales. En nuestra realidad histórica, los procesos de derechos humanos hay que entenderlos “como procesos llevados a la práctica en el marco de las relaciones sociales impuestas por el capital —no los derechos humanos ‘en sí mismo considerados’ como despliegue humanista de una naturaleza humana eterna y abstraída de sus condiciones sociales de existencia—. Por ello, su historia no puede ser entendida si únicamente vemos los diferentes textos en los que se han intentado positivizar”.⁴³ Por tanto, pueden tender hacia la regulación o hacia la emancipación; en el primer caso, mantienen el *statu quo* desde perspectivas de cierre al cambio y a la transformación social, mientras que, en el segundo caso, generan una interacción dinámica con el entorno y propician aperturas de cambio y de transformación.

Como *productos culturales reguladores*, derechos humanos tienden al cierre de los circuitos de “reacción cultural”, es decir, se vuelven procesos ideologizantes que impiden a actores sociales la creación de producciones culturales, bloqueando la posibilidad de intervenir en los entornos de relaciones en que están situados. Se convierten también en procesos coloniales que impiden la interacción con otros procesos culturales en un plano de igualdad económica y niegan la igual capacidad para hacer valer sus propias convicciones. Y, además, se vuelven procesos totalitarios o procesos democráticos débiles (meramente formales) en los que los actores sociales no pueden construir alternativas de acción social a los dominantes ni modificar las estructuras políticas y económicas hegemónicas. Por otro lado, como *productos culturales emancipadores*, derechos humanos se constituyen en procesos en los que todos los actores sociales pueden reaccionar creando producciones culturales en función de las tramas sociales en que están situados. En lugar de procesos colonialistas, derechos humanos deben ser procesos abiertos a la interacción con otros procesos culturales, creando espacios de diálogo basados en la igualdad de acceso a bienes y en la igual

42 Cf. *Ídem.*, pp. 120 y ss.

43 *Ídem.*, pp. 143-144.

capacidad de hacer valer sus convicciones. Por último, se generan como procesos de “democracia sustantiva y radical” en los que los actores sociales pueden construir alternativas de acción social y modificar las estructuras políticas y económicas.

Derechos humanos no son categorías ideales, sino que se van creando y recreando según se va dando la construcción social. Al conocer derechos humanos, desde una visión compleja, es importante tener presente los contextos, las tramas sociales y los procesos que les dan sustento. Tener en cuenta los actos, los sujetos implicados y sus condiciones materiales de producción y reproducción de vida. Deben ser concebidos desde un pensamiento que desvele los conflictos de intereses que se encuentran detrás de las ideologizaciones, e se han de insertar en los contextos sociales, culturales y políticos en que se generan. El pensamiento complejo es capaz de dialogar con una realidad que nos muestra que, frente a hechos nuevos, a nuevas formas de opresión, se han de generar nuevas formas de resistencia. Suponer que esas nuevas formas de resistencia son ajenas a derechos humanos por temor a una “ampliación indebida, vaga o con gran carga sentimental” del catálogo de derechos, significa favorecer una manera de clausurar el diálogo con la realidad, de favorecer procesos de cierre y dejarse dominar por el pensamiento simplificador. Los procesos generadores de “nuevos derechos” –en los términos que hemos explicado en la sección anterior– quedan excluidos de derechos humanos si a estos los comprendemos como “identidades imaginarias y pasivas”. Se deben superar las abstracciones que reducen al ser humano a entelequias, despojadas de cuerpo, de necesidades y de carencias. Tiene que estar enfocada en el sujeto vivo, el de carne y hueso.

2.2.3. Asumir la dimensión utópica de derechos humanos

Hemos dicho que un pensamiento crítico no puede reducir la realidad a lo que existe, sino que debe reflexionar sobre las alternativas que pueden abrirse al futuro. Si derechos humanos asumen esta característica, entonces será más fácil que se constituyan en procesos de emancipación y no de regulación. En efecto, la comprensión compleja de derechos humanos comprende una dimensión utópica: “[L]os derechos humanos figuran siempre

como la utopía, como el horizonte utópico realizable, aunque cometido a obstáculos que impiden constantemente su plena satisfacción”.⁴⁴

Esta dimensión tiene un carácter dialéctico, pues la denuncia de las situaciones de violación de derechos humanos y la utopía se potencian mutuamente. Es necesario un horizonte utópico para que se dé la toma de conciencia de que algo puede ser superado; pero también se requiere una constatación del origen estructural de la negación de derechos humanos (de su privación y violación), para que dicha toma de conciencia adquiera la forma de un auténtico dinamismo de lucha y de exigencia real de bienes. Por eso, “la denuncia sin utopía es, hasta cierto punto, ciega, pero la utopía sin denuncia es prácticamente inoperante, más aún, eludidora del compromiso real”.⁴⁵

Lo anterior nos lleva a comprender que el *horizonte utópico* es parte del horizonte de la praxis de liberación que propone la FL, si por utópico entendemos lo que puede ser pensado o imaginado, siempre deseado mas nunca realizado, que atraviesa transversalmente las realizaciones o concreciones históricas específicas. Se trata, como señala Hinkelammert, del principio de imposibilidad de la acción humana que le descubre sus posibilidades.⁴⁶ De ahí que Ellacuría hable de una *permanente humanización*, pues se trata de un horizonte que establece “el mejor de los posibles” pero como una relación transversal entre la utopía y la realidad histórica.

Pero esta utopía no es compatible con una concepción lineal de ella. Siendo así, entonces no debemos hablar de momentos cada vez más cerca-

44 Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 52.

45 Ellacuría, Ignacio, “Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares”, en *Escritos Filosóficos*, Tomo III, UCA Editores, San Salvador, 2001, p. 438-439.

46 “Por otra parte, a tales teorías generales arribamos tan sólo si formulamos principios de imposibilidad de la acción humana, y no simplemente del conocimiento. En efecto, las teorías generales recién pueden aparecer cuando la acción humana sobre la realidad es enfocada como objeto de conocimiento; apoyándonos en conceptos universales, deducimos entonces, de tales principios de imposibilidad de la acción humana, como el otro hecho fundante, las teorías generales” (Hinkelammert, Franz, *Crítica de la razón utópica*, DEI, San José de Costa Rica, 1990, p. 236). Para la aplicación de este principio al horizonte utópico de los derechos humanos: Cf. Solórzano, Norman José, *Crítica de la imaginación jurídica. Una mirada desde la epistemología y la historia al derecho moderno y su ciencia*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2007.

nos, de progresivos acercamientos, a la realización absoluta o perfecta de la utopía. Ésta siempre deberá ser el motor que impulse la permanente humanización, pues de lo contrario es fácil caer en una *ilusión* que oculte lo que en realidad se hace: establecer un orden que una vez instituido buscará su perpetuación, y es cuando derechos humanos se convierten en un discurso de legitimación y no de utopía. De ahí que las concepciones de los derechos humanos que dan prioridad al formalismo institucional y sistemático, por encima de la realidad histórica y las necesidades de los seres humanos, sean estáticas y cierren la puerta a cualquier dimensión utópica —y por lo tanto transformadora— que puedan tener.

Ubicar derechos humanos en un horizonte utópico, en el sentido mencionado, nos conduce a rechazar toda clase de *utopismo*. Tanto aquel utopismo que fácilmente conduce a totalitarismos, sean estatales o de mercado, cuyas posturas pueden reflejarse en la afirmación *estamos construyendo el único mundo posible*, o en posturas anti-utópicas (o *utopismo irreflexivos*) que acusan a las “utopías” o a los “grandes relatos” de *querer construir paraísos en la tierra pero en realidad construyen infiernos*. De forma semejante, derechos humanos como ideales utópicos se constituyen en principios de la praxis que quiera combatir los discursos cínicos, los cuales no constituyen una ideologización sino que pretenden imponer sus principios como los únicos válidos; caso que se da, por ejemplo, en la simplificación de los derechos sociales cuando se afirma que éstos *son postulados del estado de derecho que no los puede realizar pues dependen de la economía, la cual es el auténtico campo de batalla y, como en cualquier batalla, hay perdedores, bien haría el estado en dejarlos fuera de sus obligaciones*. Reivindicar el principio de la vida o de la solidaridad por encima del principio de la eficiencia empresarial o del mercado capitalista, dentro de un horizonte utópico, es una manera en que los derechos humanos pueden mostrarse como momento intelectual de la praxis de liberación.

Comprender los derechos humanos como *ideales utópicos* —como señala Ellacuría— posibilita, entonces, que no se conviertan en un discurso hegemónico que impida y anule procesos de liberación, sino al contrario: que sean momentos ideológicos que faciliten la construcción de prácticas sociales e históricas, de procesos culturales abiertos, que permitan al ser humano vivir con el máximo de dignidad.

2.2.4. *Asumir el criterio de la vida*

Una visión compleja de derechos humanos debe asumir el criterio de vida, en los términos en que hemos desarrollado el fundamento en relación con el sujeto vivo. En este sentido, Joaquín Herrera señala que “[h]ablar, convencional y materialistamente, de los derechos humanos es hacerlo de actores en lucha por transformar las condiciones de acceso a los bienes necesarios para construir una vida digna”.⁴⁷ Por su parte, Ellacuría conceptúa derechos humanos como aspiraciones naturales —es decir, aspiraciones con un fundamento biológico-ético—. Esta concepción la fundamenta en un “[h]umanismo histórico, dinámico, pero a la vez estructural, materialmente metafísico, ‘intramundano’”⁴⁸, donde el acento por la lucha por la justicia se vincula con las *necesidades* de vida del pueblo y no con las *reivindicaciones*. Esto porque el ser humano no es “una generalidad unívoca y abstracta, que se repite multiplicadamente en los hombres concretos, sino, especialmente en lo que toca a los problemas del derecho, es una realidad escindida entre el que lo disfruta y el que lo padece y (...) es una realidad dialéctica entre el fuerte y el débil, entre el señor y el esclavo, entre el opresor y el oprimido”.⁴⁹ Con esto se busca subrayar la materialidad de las prescripciones éticas (necesidades vitales) de la comunidad.

Ubicar el criterio de la vida dentro de una visión compleja nos posibilita abordar los derechos humanos desde distintas tradiciones culturales sin caer en un relativismo ético, pues a fin de cuentas los procesos de liberación van concretando las aspiraciones naturales que la realidad posibilita en un momento dado. Es decir, las necesidades no son equívocas (lo que sí serían las reivindicaciones, fundadas en un voluntarismo o idealismo jurídico arbitrario), pero tampoco se consideran las necesidades como una cuestión unívoca en el ser humano (lo que sería un materialismo vulgar o una metafísica no dinámica), sino que las necesidades del pueblo son fundamentadas bio-éticamente, y la estructura dinámica del ser humano permite cierta pluralidad histórica de ellas y de sus medios de satisfacción. En sentido contrario, per-

47 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*, p. 250.

48 Salamanca, Antonio, *El derecho a la revolución. Un materialismo para una política crítica*, UASLP-CEDH, San Luis Potosí, 2006, p. 7.

49 Ellacuría, Ignacio, “Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares”, *op. cit.*, p. 435.

der este criterio conduce a una visión simplificante que nos encadena a una sola tradición cultural (la liberal occidental): “Cuando se lucha únicamente por derechos —y no por el acceso a los bienes necesarios para una vida digna—, ya estamos luchando entrampados en la jaula de hierro del liberalismo individualista dominante en la concepción jurídica occidental”.⁵⁰

3. A manera de conclusión

Una vez analizados las diversas implicaciones que conlleva asumir una visión compleja de derechos humanos, intentemos acercarnos a una conceptualización. Por supuesto que no pretendemos dar una definición acabada, lo que sería incoherente con lo que hemos dicho, sino más bien buscamos esbozar un acercamiento abierto que a partir de él se pueda construir la visión compleja que defendemos. Joaquín Herrera define derechos humanos “como *sistemas de objetos (valores, normas, instituciones) y sistema de acciones (prácticas sociales) que posibilitan la apertura y la consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana*”.⁵¹ Por su parte, Sánchez Rubio los comprende como “prácticas y medios discursivos, expresivos y normativos que propugnan por reinsertar a los seres humanos en el circuito de reproducción y mantenimiento de la vida, permitiendo abrir espacios de interpelación, de lucha y de reivindicación”,⁵² además de “realidades normativas e institucionales que se van construyendo socialmente a través de la coimplicación de la praxis social, la constante producción de necesidades y el proceso de valorización colectiva sobre los bienes”.⁵³ Por último, Antonio Salamanca los considera como “la formulación jurídica de la obligación que tiene la comunidad de satisfacer las necesidades materiales del pueblo para producir y reproducir su vida”.⁵⁴

Estos tres acercamientos pueden servir de base para una visión compleja. Entender a derechos humanos como un conjunto de prácticas

50 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*, p. 251.

51 Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 52.

52 Sánchez Rubio, David, *Contra una cultura anestesiada de derechos humanos*, *op. cit.*, p. 34.

53 Sánchez Rubio, David, *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1999, p. 181.

54 Salamanca, Antonio, *El derecho a la revolución*, *op. cit.*, p. 26.

sociales, simbólicas, culturales, jurídicas, económicas e institucionales de la “comunidad de víctimas”, que les permite constituirse en sujeto y reaccionar contra los excesos de cualquier tipo de poder, modificando las tramas sociales para lograr acceder a los bienes para la satisfacción de las necesidades de producción y reproducción de vida, es un punto de partida adecuado para una comprensión compleja de derechos humanos. Es una formulación general y amplia, mas no equívoca sino análoga, que permite dar cuenta de la necesidad de las víctimas de tomar conciencia de su situación y generar prácticas para hacer valer sus derechos humanos. Además, obliga a abandonar visiones abstractas de lo jurídico que magnifican el papel solitario del sistema jurídico positivo en la protección de las personas, las comunidades y los pueblos, y en cambio conduce a atender un sistema amplio de garantías de diversa naturaleza —económico, cultural, jurídico, político, educativo, etc.— que sean parte de las luchas sociales por el acceso a los bienes necesarios para la producción de vida.

Bibliografía

- Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona, 1989.
- Beuchot, Mauricio, *Compendio de hermenéutica analógica*, Torres Asociados, México, 2007.
- Beuchot, Mauricio, *Multiculturalidad y derechos humanos*, Siglo XXI-UNAM, México, 2005.
- Beuchot, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica*, UNAM-Ítaca, México, 2009.
- Ellacuría, Ignacio, “En torno al concepto y a la idea de liberación”, en *Escritos Teológicos*, Tomo I, UCA Editores, San Salvador, 2000, pp. 629-657.
- Ellacuría, Ignacio, “Función liberadora de la filosofía”, en *Veinte años de historia en El Salvador (1969-1989). Escritos políticos*, Tomo I, UCA Editores, San Salvador, 2005, pp. 93-121.
- Ellacuría, Ignacio, “Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares”, en *Escritos Filosóficos*, Tomo III, UCA Editores, San Salvador, 2001, pp. 433-446.
- Ellacuría, Ignacio, “Tesis sobre la posibilidad, necesidad y sentido de una teología latinoamericana” en *Escritos Teológicos*, Tomo I, UCA Editores, San Salvador, 2000. p. 271-301.

- Ellacuría, Ignacio, *Filosofía de la realidad histórica*, UCA Editores, San Salvador, 1999.
- Grondin, Jean, *Introducción a la hermenéutica*, Herder, Barcelona, 1999.
- Herrera Flores, Joaquín, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos” en Joaquín Herrera Flores (Ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica a la razón liberal*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000, pp. 19-78.
- Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Catarata, Madrid, 2005.
- Hinkelammert, Franz, *Crítica de la razón utópica*, DEI, San José de Costa Rica, 1990.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Editora Nacional, México, 1965.
- Morin, Edgar, *El paradigma perdido. Ensayo de bioantropología*, Kairós, Barcelona, 2005.
- Morin, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, Gedisa, Barcelona, 2005.
- Panikkar, Raimon, *Mito, fe y hermenéutica*, Herder, Barcelona, 2007.
- Rawls, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.
- Rosillo Martínez, Alejandro, *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*, Editorial Ítaca, México, 2013.
- Rosillo Martínez, Alejandro, *Los inicios de la tradición iberoamericana de derechos humanos*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí-CENEJUS, Aguascalientes-San Luis Potosí, 2011.
- Salamanca, Antonio, *El derecho a la revolución. Inmaterialismo para una política crítica*, UASLP-CEDH, San Luis Potosí, 2006, p. 7.
- Sánchez Rubio, David, *Contra una cultura anestesiada de derechos humanos*, UASLP-CEDH, San Luis Potosí, 2007.
- Sánchez Rubio, David, *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*, Akal, México, 2018.
- Sánchez Rubio, David, *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1999.
- Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta-ILSA, Madrid-Bogotá, 2009.
- Santos, Boaventura de Sousa, *Una epistemología del sur*, Siglo XXI-Clacso, México, 2009.
- Santos, Boaventura de, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000.

Senent, Juan Antonio, *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis*, Trant lo Blanch, Valencia, 2007.

Solórzano, Norman José, *Crítica de la imaginación jurídica. Una mirada desde la epistemología y la historia al derecho moderno y su ciencia*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2007.

Solórzano, Norman, “Marcos categoriales del pensamiento jurídico moderno” en Jesús Antonio de la Torre Rangel (Coord.), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, UAA-ITESO-Porrúa, México, 2002, pp. 109-158.

LA CONSTITUCIÓN COMO PRODUCTO CULTURAL

Proceso cultural liberador y poder constituyente

Alejandro Medici¹

1. Introducción

Creemos urgente la tarea de construir una cultura de derechos en la que prime la indignación frente a las injusticias y la exigencia de una praxis alternativa a las situaciones que constituyen las causas de la explotación y la marginación de la gran mayoría de los habitantes de nuestro planeta. Estamos, pues, ...ante un concepto de lo cultural que intenta servir como un cuchillo cuyo filo aprieta siempre contra el futuro, contra los bloqueos ideológicos que intentan imponer una sola visión del mundo como la universal y la hegemónica y contra los obstáculos que nos impiden desarrollarnos interculturalmente. En definitiva, un concepto de lo cultural que vaya contra todo lo que disminuya nuestra capacidad y potencialidad genérica de hacer y deshacer el mundo.

Joaquín Herrera Flores

El proceso cultural. Materiales para la Creatividad Humana

En el presente texto proponemos una comprensión de las constituciones como productos culturales y de los procesos constituyentes como procesos culturales, tomando como marco la teoría crítica de la cultura de Joaquín Herrera Flores, desarrollada en algunas de sus obras más significativas: “El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana”, “Los derechos humanos como productos culturales”².

¹ Universidad Nacional de La Plata y Universidad Nacional de La Pampa.

² Herrera Flores, Joaquín, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*. Aconcagua, Sevilla, 2005.

A diez años de la prematura muerte de Joaquín, con quien he tenido el privilegio de aprender y colaborar, intento compartir por medio de este texto, una fundamentación de temas de teoría constitucional desde su pensamiento crítico.

Al mismo tiempo, como estas reflexiones están basadas en experiencias que surgen del constitucionalismo regional de Nuestra América, intento tener coherencia con la metáfora de Anteo, que Herrera Flores expusiera en el libro, de varios autores, “El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal”³. El titán Anteo, hijo de Gea, era invencible en tanto se mantuviera con los pies en el suelo, pero perdía fuerza cuando era separado de su madre-tierra. Tal fue la astucia de Hércules, que, en una de sus célebres tareas, debía robar el fruto del jardín de las Hespérides, que era justamente cuidado por el poderoso Titán. Desarraigado y arrojado al aire por Hércules, Anteo quedó desempoderado, y vencido, no pudo evitar el despojo.

Esta metáfora, como ha explicado mi querido amigo David Sánchez Rubio⁴, puede tener distintas comprensiones, matices y significados, pero en uno de sus sentidos, supone una crítica de las concepciones abstractas

3 Herrera Flores, Joaquín *et al.* (Ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000; *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Catarata, Madrid, 2005.

4 David Sánchez Rubio me decía, hace años, en afortunadas noches de conversaciones sevillanas, que el mito de Anteo, como todo mito, podía tener interpretaciones alternativas o matizadas. Anteo como línea de fuga o flotante para desorientar y desarraigar prejuicios que lo inmovilizan, provocación para descubrir nuevos horizontes y/o paradigmas o punto débil, fisura en los paradigmas establecidos. Sin descartar estas interpretaciones posibles, nosotros pensando desde una actitud descolonizadora, desde la exigencia de las situaciones de colonialismo interno en Nuestra América y el Sur en general, buscamos rescatar nuestro derecho a un pensar situado, vinculado a nuestras realidades históricas, a nuestro pensarnos y no ser pensados desde el Norte “euronorteamericano”, desde la hegemonía de las academias centrales. De ahí la sugerente presencia del desarraigo, del humanismo abstracto, desvinculado de su cultura, corporalidad, necesidades radicales que el mito de Anteo nos inspira. Para llegar al vuelo de Anteo como línea de fuga, problematización y afirmación de nuevos horizontes de sentido, primero debemos generar la conciencia de nuestra dependencia y desarraigo cultural. La crítica cultural no puede no ser enunciada desde un pensamiento situado que pone en respectividad mutua estas interpretaciones posibles del “vuelo” de nuestro Titán: como negación de la negación del humanismo concreto (Joaquín), como afirmación de otros mundos posibles (David).

y formalistas acerca de los derechos humanos. En esta perspectiva crítica, se propone como alternativa a esas comprensiones hegemónicas, la que entiende los derechos humanos como procesos complejos de apertura y consolidación de espacios de lucha por las plurales formas de entender la dignidad humana, por el acceso a los bienes que satisfacen las necesidades sociales.

2. Procesos culturales bloqueados y matriz social de colonialidad

Con el correr de los años, por mi parte, he ido afirmando una comprensión que le agrega, a la crítica de la cultura liberal formalista y abstracta de los derechos, un sentido que exige nuestra condición moderna/colonial regional y nacional. Se trata de una exigencia moral, política, histórica de los derechos, las constituciones, los procesos constituyentes desde nuestra situación, nuestro lugar de enunciación no meramente geográfico, sino cultural.

Esta comprensión tiene que ver con la matriz de colonialidad del poder⁵, del saber, del ser y del hacer que configura una tonalidad típica de nuestros productos y procesos culturales que por lo tanto pueden adjetivarse, en muchos aspectos relevantes, como fetichizados, y bloqueados, respectivamente. Coloniales en definitiva.

La metáfora de Anteo, nos habla así del desarraigo de las constituciones y del retaceo histórico de los procesos constituyentes populares en América Latina. Retaceo sustentado en una injusta división del trabajo social, sexual, étnica y territorial del hacer humano, que en nuestra región tiene que ver con dicha matriz de colonialidad.

El proceso cultural, la objetivación de producciones culturales, tiene un carácter siempre tenso en la mirada de Joaquín Herrera Flores,

la existencia omnipresente de lo cultural en la vida humana, pone en evidencia la capacidad de creación de nuevas significaciones y nuevos sentidos que tenemos los seres humanos con respecto a los órdenes establecidos; y al mismo tiempo, los constantes intentos políticos e ideológicos por obstaculizar y limitar tal potencialidad en nombre de

5 Quijano, Aníbal, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Lander, Edgardo (Comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, UNESCO-CLACSO, Buenos Aires, 2000.

algún absoluto incontestable, o por la apelación a “algo” trascendente a la propia actividad humana⁶.

Sostenía Joaquín, que sólo en los actos de creación cultural, cuando la reacción a los entornos de relaciones con los otros, con nosotros mismos, y con la naturaleza, producía creatividad humana, logramos controlar nuestra existencia en el mundo. La libertad, por ejemplo, como uno de los componentes reconocidos generalmente como dimensión fundamental de la dignidad humana, no puede presumirse “a priori”, sino que es experiencia. Y no es cualquier experiencia, sino experiencias de reacción creativa frente a los entornos de relaciones, que por eso generan libertades. Ese aspecto de creatividad que permite superar bloqueos y obstáculos en las relaciones sociales pone la acción como productora de la libertad, y a esta como resultado. Es decir, como procesos de liberación.

El hacer humano, no entendido en sentido económico solamente, sino en toda su potencialidad, multiplicidad y diversidad, es la fuente de toda riqueza. Por eso, no existen culturas superiores o inferiores:

Todas las formas de vida reaccionan culturalmente frente a sus entornos de relaciones. Al existir diferentes y plurales formas de relacionarse con los otros, con nosotros mismos y con la naturaleza, las reacciones culturales serán diferentes, pero nunca inferiores y superiores las unas con respecto a las otras. Son, precisamente, los bloqueos de esa capacidad humana genérica de reaccionar y actuar culturalmente sobre el mundo, lo que nos permite distinguir entre pueblos y formas de vida bárbaras y civilizadas: ¿no constituye el colonialismo moderno una forma de barbarie al impedir que los pueblos colonizados pudieran reaccionar libremente ante sus respectivos entornos de relaciones?...si existe algo universal y racional es, por el contrario, la capacidad humana genérica de reaccionar culturalmente frente al mundo. Todo lo demás no será más que dominación y legitimación de la rapiña y la violencia⁷.

6 Herrera Flores, Joaquín, *El proceso cultural, op. cit.*, p. 11.

7 *Ídem*, p. 14.

¿Cuál es el fin de esa barbarie que son las formas pasadas y actuales del colonialismo? El despojo de nuestra capacidad de reacción creativa frente a la injusticia de los entornos de relaciones sociales, sexuales, étnicas y territoriales.

En sus Lecciones de Filosofía de la Historia Universal, Hegel⁸ proveyó una de las más célebres justificaciones de esa colonialidad bloqueadora de nuestro proceso cultural. La razón o Idea, el Espíritu en su desarrollo, va descartando, poniendo al margen de la historia, a pueblos y culturas. Indios, negros, judíos, musulmanes, latinos y por supuesto, en el subtexto, todas las mujeres, son descartadas en el progreso del espíritu⁹.

Se trata de un logocentrismo teleológico que se encamina hacia su fin y centralidad en la historia, que en su itinerario va descartando pueblos y culturas como un ángel exterminador. Una presentación idealizada como “progreso”, o “desarrollo” de los procesos históricos reales de colonialidad del poder, del saber, del ser y del hacer. Visto desde nuestra perspectiva, la barbarie que tiene su última encarnación en el neoliberalismo del capitalismo financiero globalizado.

Retomando la metáfora de Anteo, el colonialismo nos ha despojado y, en parte, vencido históricamente porque nos ha privado de nuestros propios procesos de reacción cultural creativa, de nuestros propios procesos de relación y de identificación. Por eso, la metáfora nos enseña que la garantía social de nuestra creatividad cultural, de nuestra capacidad de reacción autónoma para superar las jerarquías y las desigualdades de nuestras relaciones sociales, es mantener un arraigo, un pensamiento situado en las exigencias de nuestra realidad y de nuestro contexto.

¿Qué somos nosotros como latinoamericanos y como brasileños, mexicanos, bolivianos, chilenos, colombianos, ecuatorianos, andaluces, argentinos, etc.? Eugenio Zaffaroni propone una sugerente respuesta que vinculamos con la apuesta por un proceso cultural abierto, creativo y diverso, que se nos ha negado en diversos cronotopos de Nuestra América, del Sur como *locus enuntiationis*. Negación que ha tomado y toma distintos formatos (regímenes coloniales o neocoloniales oligárquicos, autoritarios, neo-

8 Ver Hegel, George W. F., *Introducción a la historia de la filosofía*, Aguilar, Buenos Aires, 2010; *Filosofía de la historia*, Claridad, Buenos Aires, 1976.

9 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, Ediciones de las Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2016, pp. 28-29.

liberales, siempre todos ellos patriarcales y culturalmente alienados, dependientes). Sostiene Zaffaroni:

Basta invertir la imagen de Hegel y reemplazar su ideal espíritu por el real colonialismo, para caer en la cuenta de que somos el real resultado sincrético de expresiones culturales marginadas por las sucesivas hegemonías planetarias, lo que nos dota de una interesante unidad, bien singular en el planeta¹⁰.

Lo nuevo que se nos imputa en la filosofía de la historia de Hegel, como la “carencia de historia”, no es así, dadas las características milenarias de las culturas precolombinas de Nuestra América. Mas vale lo nuevo pasa, dice Zaffaroni, por el proceso cultural creativo que protagonizamos en nuestra interacción. Lo que singulariza y atraviesa nuestra humanidad latinoamericana, nuestra pertenencia al Sur, es que esta humanidad nuestra se va abriendo paso en la historia en permanente resistencia al colonialismo, que niega o retacea su dignidad, en un territorio en que millones de personas interactúan y sincretizan sus cosmovisiones, que son expresión de todas las culturas sometidas y marginadas por el colonialismo en todo el planeta¹¹.

Si esta afirmación de Zaffaroni parece hoy lejos del sentido común hegemónico y de las percepciones culturales distanciadas, del desconocimiento que tenemos unos pueblos de otros en América Latina y el Sur global, eso tiene que ver con unas lentes enfocadas en la producción cultural de los centros dominantes en lo geopolítico y lo geoeconómico del mundo. En realidad, “las culturas siempre han estado en contacto mutuo; han sido los intereses y los objetivos geo-estratégicos de poder y dominación los que han bloqueado el contacto y el intercambio cultural, con lo que más que de identidad, habría que hablar de montajes identitarios...”¹².

De ahí los procesos de montaje cultural de nuestras naciones, que nos retacean la creatividad popular, que nos parcelan unos de otros, desde una lente radiocéntrica que nos clasifica, nos mide, nos jerarquiza, desde los di-

10 *Ídem*, p. 31.

11 *Ibidem*.

12 Herrera Flores, Joaquín, *El proceso cultural*, *op. cit.*, p. 13.

seños globales, a través del bloqueo de nuestra capacidad de reacción cultural, de la riqueza de nuestros procesos de relaciones y de identificación con los otros, con nosotros mismos y con la naturaleza. De ahí el despojo y la naturalización de la división del trabajo social, sexual, étnica y territorial en base a una matriz persistente, aunque cambiante en sus formatos, de colonialidad. De ahí que no podamos entender nuestros procesos culturales sin develar su carácter moderno/colonial.

Entro los productos culturales más relevantes que debemos comprender en este contexto, las constituciones, y los procesos culturales que las conforman, en parte, se solapan con lo que la teoría constitucional llama “poder constituyente”.

Los procesos de retaceo o negación del poder constituyente popular, de fetichización de las constituciones, de encriptación del código del lenguaje constitucional, serán comprendidos aquí como procesos ideológicos de bloqueo del circuito de reacción cultural y retaceo de la creatividad popular en lo que hace a estos productos tan singulares e importantes histórica, política y socialmente.

3. La constitución como producto cultural.

En las sociedades moderno/coloniales latinoamericanas, la constitución de los estados nación fue de la mano de una arquitectura institucional aportada por el constitucionalismo como movimiento político trasplantado desde Estados Unidos y algunas naciones europeas.

En los estados nacionales “nuevos” postcoloniales de Nuestra América, la constitución resulta un singular e importante producto cultural. Las primeras constituciones regionales surgen como estatutos de nuevos ensamblajes identitarios en el formato de la nación, y expresan “resúmenes oficiales”, las relaciones de fuerzas, las asimetrías de las relaciones sociales, sexuales, étnicas, territoriales con que esas nuevas identidades nacionales surgen al mundo.

El juego de lenguaje constitucional (como discurso con efectos performativos), integrante de la geocultura del sistema mundo moderno/colonial, se posiciona como credencial de modernidad jurídica y política para las

naciones que se van construyendo como resultado de las independencias y los procesos de organización de los estados postcoloniales.

La constitución es un singularísimo producto cultural, en el plano jurídico se relaciona con la función performativa: organización institucional, imputación de derechos, establecimiento de garantías. Pero más allá, no se entiende sin un proceso de historia y construcción de identidad, sin recurrir a narraciones de identificación fundacional o de pasados que se quieren dejar atrás. Por eso las constituciones en tanto productos culturales son mediaciones que más allá de lo jurídico articulan proyectos políticos que en ellas se declaran, definen. Condensan también valoraciones sociales, preferencias sociales generalizadas que se objetivan en sus preámbulos, declaraciones y principios. Pero también usos y comprensiones del territorio que la constitución delimita desde sus pretensiones de imperatividad.

Las constituciones, al abstraer los contextos de relaciones de las que son producto, igualan en un plano formal lo que son tramas de desigualdad. Al mismo tiempo al hacer montajes de identificación en la construcción de naciones, fuerzan la homogeneidad de la pluralidad social, territorial, cultural. Los antagonismos y conflictos tienden a resolverse o negarse en el plano de consensos básicos que se expresan como un resumen oficial de la sociedad, bajo el cual hay que saber leer las relaciones de dominación y de desigualdad.

Constituir en términos de acción, como verbo, es “constituir con”, “constituir en conjunto” que puede ser otro de los sentidos de “constitución”. Entonces es importante ver la dimensión pragmática de esta acción, que en nuestra región tuvo todo un período marcado por la exclusión de las mayorías populares, sexuadas, coloridas, plurales y diversas. Preguntarse por la composición, la ideología y los compromisos resultantes del grupo juramentado en el acto de constituir, es historizar las dimensiones fundadoras de las “repúblicas” y las “democracias”. La negación, omisión o silencio del pluralismo, el color, la sexualidad, las cosmovisiones de nuestros pueblos significa la complicidad de la historia y de la teoría constitucional regional con procesos culturales coloniales, ideológicamente bloqueados.

El pueblo formal es el conjunto de ciudadanos letrados, varones, propietarios que forman el padrón electoral y que configura sociológicamente la elite organizadora de los estados nacionales poscoloniales regionales. El

grupo juramentado que ejerce la función constituyente coincide con una elite triunfante en los conflictos por la organización del estado, que es una condensación de las relaciones de fuerzas.

De ahí que, de entornos de relaciones marcados por la desigualdad social, sexual, étnica y territorial, surge un proceso cultural ideológicamente bloqueado, y un producto cultural sesgado, que son las constituciones liberales del siglo XIX a partir de las que se organizan nuestras sociedades.

4. Proceso culturales bloqueados, ideológicos, coloniales y fetichismo constitucional

En primer lugar, existe la diseminación de un concepto fetichizado, y en consecuencia, encriptado, de constitución. El constitucionalismo democrático o radical, ha sostenido siempre una idea de apertura temporal de la democracia como legado inconcluso, siempre en construcción: las generaciones presentes no pueden imponer sus instituciones, sus marcos constitucionales a las generaciones venideras. Estas tienen derecho a ejercer un poder constituyente fundador o reconstituyente sin más límites que los que surgen de la realidad histórica social. El poder constituyente popular es la capacidad de instituir de una comunidad política sobre lo que es, lo que debe ser y lo que podría ser, dentro de las condiciones históricas de factibilidad. No obstante, una vez asentadas las revoluciones burguesas que dieron origen a la primera etapa del constitucionalismo, esta idea fuerte de poder constituyente y de “jurisgénesis” democrática quedó sometida, como dice Antonio Negri, a “un proyecto de control de la ciencia jurídica”¹³ y la constitución se transformó, siguiendo entre otras fuentes, el *dictum* de los autores de “El Federalista”, y el modelo de la Constitución de los Estados Unidos, en un instrumento con importantes elementos contramayoritarios. Al mismo tiempo, comenzó un proceso ideológico fetichista de justificación del recorte al carácter democrático del constitucionalismo.

Un fetiche es algo hecho por las personas, pero que por un mecanismo de inversión ideológica deja de estar disponible para pasar a imputársele propiedades místicas, incluso al punto de poner a las personas a su disposi-

13 Negri, Antonio, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias-Prodhuvi, Madrid, 1994, p. 20.

ción. Marx trabajó este proceso de fetichismo al referirlo a la forma mercancía. El producto cósmico del trabajo vivo (el capital) se torna persona o sujeto apariencial, y el trabajador se transforma en una cosa (instrumento) al servicio del aumento del capital. Dussel lo ha aplicado en el campo de la política como poder fetichizado, un poder que en vez de fundarse en el consenso y la delegación de la comunidad política que lo instituye, pretende afirmarse como la sede, el fundamento y el ser del poder de la comunidad política. Fetichismo es esta inversión espectral: lo fundado aparece como el fundamento, y el fundamento como lo fundado ¹⁴.

Creemos que esta idea de fetichismo es una buena metáfora para explicar el proceso de debilitamiento y vaciamiento del fundamento democrático del constitucionalismo. Se trata del “fetichismo constitucional” que ya denunciaba en ocasión de las discusiones constituyentes de 1949 en Argentina, el filósofo Carlos Astrada, en los siguientes términos: “La constitución es para el pueblo, no el pueblo para la constitución... No es el pueblo, ni él está presente en la vida política, para la constitución, para rendirle culto idolátrico, para vivir en la sabiduría, supuesta infalible, de los que se la dieron”¹⁵.

En la teoría constitucional dominante se incurre en forma más o menos explícita en fetichismo constitucional. Se prioriza o bien la estabilidad y conservación, o bien un cambio orientado y pautado desde las elites económicas, políticas y concretado por la experticia técnica de los constitucionalistas. La constitución, como una cúpula catedralicia de un templo edificado a lo largo de generaciones, aparece como el resultado intangible, ornado, lejano y alto de la *phronesis* constitucional de los iniciados en sus secretos. El dinamismo se da exclusivamente por vía interpretativa o por los propios cauces previstos por el programa constitucional, el protagonismo de la jurisdicción contramayoritaria en el ejercicio del control de constitucionalidad, y las presiones de los poderes fácticos corporativos y mercantiles hacia la “seguridad jurídica”, que siempre es la suya. El enfrentamiento con cualquier atisbo de postneoliberalismo que problematice este consenso constitucionalista liberal, produce un alineamiento casi automático “políti-

14 Dussel, Enrique, *20 tesis de política*, Siglo XXI-CREFAL, México, 2006, pp. 40-47.

15 Astrada, Carlos, “Fetichismo constitucional”, en Fara, Luis y Gerber, Santiago (Comps.), *1949. Una constitución para la patria justa, libre y soberana*, Piloto de Tormenta, Buenos Aires, 2012, p. 36.

camente correcto”, en defensa de la constitución que obtura cualquier juicio crítico acerca de la justicia del sistema constitucional: el que es, el que debe ser y el que puede ser. Las causas formales detonantes del golpe de estado contra Zelaya en Honduras son un ejemplo: el golpe se fundamentó por el Congreso y el Poder Judicial de ese país en nombre de “la defensa de la Constitución”. El mismo esquema de justificación se utilizó en el golpe contra el presidente Lugo en Paraguay. La fundamentación paradójicamente torcida del derecho y en última instancia del derecho constitucional, avallada por los grupos multimediales oligopólicos ejerciendo censura indirecta en los términos del art. 13.3 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, está en la base de la prisión política contra Luiz Ignacio Da Silva en Brasil, que impidió una nueva presidencia suya, y facilitó el camino para la instauración electoral del régimen neoliberal y neofascista de Jair Bolsonaro. Este mismo dispositivo apoyado en la articulación de servicios de inteligencia, oligopolios y poder judicial bajo pretextos constitucionales está en la base de los presos políticos y la persecución de los/las líderes de la oposición en Ecuador y Argentina. Sólo transformando la constitución de herramienta popular en un código encriptado por elites económicas, culturales y políticas contramayoritarias, es posible llevar adelante este proceso de guerras irregulares y asimétricas contra la soberanía de los pueblos, afectando no sólo el estado constitucional social y democrático sino las propias garantías liberales del debido proceso, como la presunción de inocencia.

En suma, como consecuencia de este proceso de fetichización, la constitución en vez de ser un proceso abierto a una comunidad ampliada de intérpretes que abarca a toda la ciudadanía y en especial da relevancia a la acción y a la voz de los grupos sociales más postergados y subalternizados, resulta ser un coto cerrado para los operadores judiciales y los doctrinarios del derecho constitucional que tienen la llave de su encriptamiento. Por tal encriptamiento, hay que entender un efecto del fetichismo constitucional.

Según Ricardo Sanín, las técnicas de encriptamiento constitucional difieren del secreto. Se trata al contrario de manifestaciones visibles pero

Con la encriptación del lenguaje tecno-legal y, por ende, de los procedimientos, los protocolos y las decisiones, las manifestaciones sensibles del poder se vuelven ilegibles y con ellas el poder como fenómeno

no se torna indescifrable para todo aquel que no comparta el conocimiento preciso del lenguaje y las claves con las cuales se encriptó. Así, La encriptación depende de la existencia de un grupo que tiene acceso a las fórmulas con las cuales se encripta y de otro grupo que las desconoce por completo. Estos últimos, al ser los lectores no autorizados, son tratados como los rivales por engañar¹⁶.

El conflicto social que, en una sociedad democrática, lejos de ser una patología conduce potencialmente a la transformación institucional, es expulsado fuera del derecho constitucional y de la teoría constitucional. Pero la constitución, los procedimientos de reglamentación legal y de aplicación o concretización constitucional en las decisiones permanecen en manos de un conjunto de técnicos que no obstante marcan rumbos de la política. Se produce el vaciamiento de la ciudadanía y la paradoja de los “ciudadanos siervos”¹⁷.

Justamente el punto en que la historia, la política y el derecho confluyen más claramente, allí donde la visibilidad debería ligar al protagonismo social del conjunto de la ciudadanía, resulta el punto más denso de la encriptación y termina siendo funcional a los fenómenos de “soberanía porosa” y transformación de los marcos jurídicos en poleas de transferencia de decisiones vitales en materia económica a los centros de decisión de las instituciones internacionales y supranacionales económicas y financieras. Es decir, la encriptación, como efecto del fetichismo constitucional, está en el centro del ataque contra el constitucionalismo democrático y social que denuncia, por ejemplo, Gerardo Pisarello¹⁸.

El contraste con las experiencias del nuevo constitucionalismo transformador de los primeros lustros del siglo, en este punto, no puede ser más marcado, tanto en Venezuela, como en Bolivia, y en Ecuador, se habían recuperado en los procesos constituyentes materiales y en las variadas formas de institucionalización de la participación popular, como derecho y como

16 Méndez Hincapié, Gabriel y Sanín Restrepo, Ricardo, “La constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global”, en *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, no. 8, 2012, pp. 97-120.

17 Capella, Juan Ramón, *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta, 1993, pp. 135-153.

18 Pisarello, Gerardo, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, 2011.

garantía, una fórmula de legitimidad democrática fuerte¹⁹. En estos casos la constitución aparece como un código popular. Pero además los procesos constituyentes, fueron el producto de una experiencia de luchas y organizaciones populares que apelaron a las propias bases materiales y simbólicas de los grupos históricamente subalternizados por la matriz de colonialidad del poder, templados y fortalecidos en las luchas de resistencia al neoliberalismo. Luchas frente a un estado que, en los años 90 del siglo pasado, había cedido sólo formalmente al reconocer un multiculturalismo políticamente correcto, sin que varíen en la realidad la colonialidad de las relaciones sociales, ni el bloqueo del proceso cultural.

De esta experiencia surge la enseñanza de que no hay genuino pluralismo e interculturalidad sin una radical redistribución del poder social hacia los grupos subalternizados. Frente a una narrativa usual en la teoría constitucional que sostiene una especie de evolución constitucional desde el estado monocultural, pasando por las políticas de integración y el multiculturalismo hasta el estado plurinacional e intercultural, debemos decir que la verdadera historia del pluralismo, de la demodiversidad y de la interculturalidad recién ha empezado. Estamos ante una inflexión histórica desde el constitucionalismo sudamericano, como lo había sido la constitución social de Querétaro de 1917. Se trata de inscripciones disruptivas, desde los márgenes epistémicos y políticos, en el constitucionalismo como vector del sistema mundo moderno/colonial. Son las de Bolivia en 2009 y Ecuador en 2008, las primeras constituciones que formulan el estado plurinacional. Y ello como producto de transformaciones políticas y sociales de carácter refundador, como lo narran sus respectivos preámbulos.

Estos procesos constituyentes que delimitan un contexto de reflexión crítica, no celebratoria, dado que el nivel del derecho constitucional por sí sólo no transforma nada sino es actuado y protagonizado por el sujeto popular, no obstante se recorta innovadoramente contra un escenario en general mucho más adverso que presenta la presencia de un verdadero circuito en que los fenómenos de fetichismo constitucional –encriptación constitucional-alienación constitucional– se concatenan, resultando en el reforzamiento del fetichismo.

19 Viciano Pastor, Roberto (Ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 25-36.

Porque como lo ha sugerido Carlos de Cabo Martín²⁰, reflexionando sobre el proceso de desconstitucionalización del estado social a raíz de la ofensiva del capitalismo neoliberal en su fase de acumulación financiera en contextos de inestabilidad y crisis económicas, se genera una especie de “consenso hacia la baja”, que es en la práctica simétricamente opuesto a los “pactos sociales” que en la narrativa del constitucionalismo social, se suponía estaban en la base de los estados de compromiso social a partir de un nuevo protagonismo de la clase trabajadora que, merced a sus luchas, obtenía un nuevo punto de equilibrio.

Esta narración, si alguna vez tuvo algo de verdad y sobre todo si tuvo algo de plausibilidad pensada desde nuestro contexto latinoamericano, hoy deja paso a una realidad de pactos de estabilización y seguridad económica que se constituyen como verdaderos *pactus subiectionis*, asimétricos siempre en contra de los sectores populares, de sus ámbitos de reproducción vital, pero justamente por eso beneficiarios de los intereses de la acumulación de capital al compás de los procesos de globalización neoliberal y de la procura de la creación de espacios e infraestructuras orientadas al libre comercio.

Es allí donde ese consenso obtenido en democracias electorales pasivas, de baja intensidad, o tal vez debamos llamarlas regímenes mixtos que combinan el predominio económico “neo-oligárquico” con la representación electoral, estrecha el marco de la interpretación y actuación constitucional —en sentido amplio y no solamente judicial—. Los contenidos genuinamente pluralistas, sociales, participativos de las constituciones, aún con las limitaciones que surgen de los textos constitucionales *ab initio*, son interpretados en forma cada vez más restringida, cada vez más a la defensiva. Son circunscriptos y atados a los objetivos de la política económica neoliberal aplicada por los estados e incorporada en la propia lógica de funcionamiento del estado que ahora debe desplegar en su administración y acción pública una racionalidad económica en términos de eficacia y eficiencia. Y también son contrariados, aún en sus contenidos garantistas básicos de los derechos humanos, por las guerras de baja intensidad, por la criminalización de la protesta social, los abusos de poder policiales y administrativos cotidianos que sufren los sectores populares.

20 Cabo Martín, Carlos, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la constitución*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 95-96.

Se trata de un consenso vehiculado por los grandes foros institucionales globales y regionales, los grandes grupos multimediales, los partidos políticos sistémicos, las empresas y grupos financieros beneficiarios. Su componente de legitimación recurre por una parte a la idea de que no existen alternativas ideológicas y que entonces se trata de procurar la eficiencia de los mercados, pero también en un alto componente de miedo social que toma como excusa las propias consecuencias de la desigualdad y desestructuración social que estas políticas producen, devenidas ahora causas en sí mismas que justifican la militarización de la sociedad.

En ese contexto, se produce la “alienación constitucional” cuando la propia constitución es esgrimida y utilizada contra los sujetos populares críticos del estado de cosas: de las alternativas de políticas e interpretaciones constitucionales se pasa a las diferencias que se dan dentro del consenso hegemónico. Por lo tanto, el consenso hegemónico se toma como sinónimo del pluralismo constitucional y quienes sufren, resisten o critican este estado de cosas se presentan como enemigos de dicho pluralismo constitucional. De esta forma la constitución fetichizada y encriptada es también alienada de las subjetividades populares que pasan a ser “enemigos de la constitución”: se configura un “derecho constitucional del enemigo”, por parafrasear un término utilizado en el derecho penal, es decir, a quien se considere como enemigo del sistema se le debe aplicar un derecho constitucional distinto al reservado al ámbito intrasistema²¹.

5. Conclusiones: el retaceo del poder constituyente popular como bloqueo del circuito de reacción cultural

En el pensamiento jurídico crítico regional, hemos pasado del pluralismo jurídico emancipatorio y del derecho alternativo ofensivos, al pluralismo jurídico defensivo y cada vez más, a un garantismo jurídico o neoconstitucionalismo defensivos. Las garantías (por ej. la “garantía social” del constitucionalismo jacobino, la resistencia, la movilización popular, etc.) de ser pensadas en un sentido amplio y no sólo jurídico, se reducen a promover las operaciones de ponderación en materia por ej., de derechos sociales y

21 *Ídem*, p. 96.

colectivos que al operarse en un contexto más y más adverso, se producen cada vez más a la defensiva.

Cada vez más, poniendo las cosas en términos de la teoría del proceso cultural de Joaquín Herrera Flores²², la constitución como producto cultural se ubica en un circuito de reacción cultural bloqueado e ideológico. De ahí que se produzca su apropiación sistémica como signo cultural en un circuito de reforzamiento del fetichismo y de la encriptación.

Efectivamente, desde esta mirada, los procesos culturales, cuando se producen en entornos de relaciones desiguales, constituyen procesos culturales que, simultáneamente:

Cierran los procesos de reacción cultural: se impide a algunos o a todos los actores sociales la creación de producciones culturales, bloqueando la posibilidad de intervenir en los procesos de relaciones en que están situados (procesos ideológicos).

Se cierran a otros procesos culturales: se clausura o retacea la interacción con otros procesos culturales en régimen de igualdad económica y negando la igual capacidad para hacer valer sus propias convicciones (procesos coloniales).

Se cierran al cambio social: los actores sociales no pueden construir contenidos de la acción social alternativos a los dominantes ni, por consiguiente, alterar la metodología de la acción social hegemónica (procesos autoritarios o procesos democráticos reducidos a sus aspectos formales).

En tanto la forma estado y la entidad nacional en este marco, como objetivaciones culturales, aparecen expresados en términos monoculturales, raciales, sexuales, clasistas, étnicos y territoriales desde la apropiación del gobierno y del aparato estatal por bloques de poder que expresan los grupos beneficiarios de la división desigual del trabajo en todos esos aspectos, la recuperación de la apertura del proceso de creación cultural en el plano del juego de lenguaje constitucional, pasa por la reapropiación del poder constituyente popular.

En esto se juega el derecho a la existencia de los pueblos, a un buen vivir, a un desarrollo que congloba la calidad de vida y plurales formas de coexistencia con la naturaleza, que abra al pluralismo de los procesos de identificación cultural de diversidad sexual y social.

22 Herrera Flores, Joaquín, *El proceso cultural*, *op. cit.*, p. 91.

Es decir, procesos constituyentes como procesos culturales abiertos y creativos orientados hacia las plurales formas de entender la dignidad humana desde las exigencias de nuestros contextos y situaciones. Que sean el resultado de la puesta en juego de un imaginario social radical, instituyente, y bio(socio)diverso.

Mencionar la democracia, la constitución o la justicia social sin situarlas en sintonía con la capacidad humana de hacer y deshacer mundos resulta un contrasentido. La superación de los regímenes, modelos neoliberales y sus consecuencias requiere recuperar esa capacidad en el proceso cultural, para desde ahí pensar el poder constituyente en sus contenidos de acción social jurídicos y políticos.

La negación, retaceo del poder constituyente de los pueblos, es un retaceo de su existencia misma, de sus capacidades de autodeterminaciones, de su pluralidad y diversidad. Es el remanente de colonialismo interno de una matriz social de colonialidad que erosiona las posibilidades de constitucionalismo democráticos instituyentes pluralistas y sociales. Con ello lo que se pone en juego es ese bien preciado que mentaba Joaquín Herrera en sus lecciones, nuestra capacidad para reaccionar creativamente ante los entornos de relaciones y las metodologías hegemónicas de la acción social, generando en el proceso la apertura de nuevos espacios de encuentro. Nuestra capacidad genérica de hacer y deshacer mundos...

Bibliografía

- Astrada, Carlos, "Fetichismo constitucional", en Fara, Luis y Gerber, Santiago (Comps.), 1949. *Una constitución para la patria justa, libre y soberana*, Piloto de Tormenta, Buenos Aires, 2012.
- Cabo Martin, Carlos, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la constitución*, Trotta, Madrid, 2010.
- Capella, Juan Ramón, *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta, 1993.
- Dussel, Enrique, *20 tesis de política*, Siglo XXI-CREFAL, México, 2006.
- Hegel, George W. F., *Filosofía de la historia*, Claridad, Buenos Aires, 1976.
- Hegel, George W. F., *Introducción a la historia de la filosofía*, Aguilar, Buenos Aires, 2010.

- Herrera Flores, Joaquín *et al.* (Ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000.
- Herrera Flores, Joaquín, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*. Aconcagua, Sevilla, 2005.
- Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Catarata, Madrid, 2005.
- Méndez Hincapié, Gabriel y Sanín Restrepo, Ricardo, “La constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global”, en *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, no. 8, 2012, pp. 97-120.
- Negri, Antonio, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias-Prodhufi, Madrid, 1994.
- Pisarello, Gerardo, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Trotta, Madrid, 2011.
- Quijano, Aníbal, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Lander, Edgardo (Comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, UNESCO-CLACSO, Buenos Aires, 2000.
- Viciano Pastor, Roberto (Ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, Ediciones de las Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2016.

LA VIRTUD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Con Joaquín Herrera en la memoria

Rodrigo Calderón Astete¹

*Todo está escondido en la memoria
refugio de la vida y de la historia.*

León Gieco

1. Introducción

Una tarde del 2006 por Sevilla, con Joaquín Herrera hablábamos de Sade, su ruptura con los valores tradicionales y la libertad. Mi tesis entonces era que la virtud había sido difundida como un valor para delimitar los deseos, provocar culpa y controlar las pasiones de los individuos, que el Marqués intentaba romper ese cerco y por ello señalaba a la virtud como causante del mal efectivo y a los vicios como actos productores de soberanía. Al día siguiente mi interlocutor partió a Granada y desde allí me llamó contándome que una alumna palestina le había preguntado ¿cuál sería, en definitiva, la virtud de los derechos humanos?, y como percibió allí una brecha cultural, que para el otro día debía elaborar algunas ideas, a ver si podía yo ponerle por escrito lo del Sade ese. Le envié lo siguiente:

- VIRTUD DE LOS DDHH (ISLAM)
- Vir (latín): el que puede apropiarse.
- La arete:
 - Armadura del guerrero.
 - Excelencia: llevar a la práctica la acción en la polis.
- Virtuosa: llevar a la práctica los valores públicos que deben incidir en lo privado. Actuar de modo excelente en lo público.
- Virtud de los DDHH:
 - Práctica virtuosa.
 - Llevar a la práctica la potencialidad de actuar.

¹ Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, Chile.

- Crear habitus (Bourdieu). Construcción de esquemas prácticos de orientación (categorías) y de apreciación para generar esquemas prácticos de evaluación. Se construye una subjetividad.
 - La subjetividad es una construcción posterior, de acción y no una abstracción previa, constituyente, como en el liberalismo.
 - Objetividad naturalizada versus subjetividad construida. Capitalista para sí y obrero para sí.
 - Subjetividad: nos hacemos sujetos.
 - Virtud: afirmar: actitud y aptitud de creación.
 - Necesidad de afirmar un discurso propio que lleve a los derechos humanos.

Durante años tuve estas notas, pensando que algo quedó inconcluso, que hay dificultad en producir conocimiento desde la ausencia, que se necesita ser instigado por la memoria. Hoy mi tesis ha variado, es menos moralista y más política. Lo que sigue es la continuación posible de ese dialogo inconcluso con Joaquín Herrera Flores.

2. La inversión de la virtud, la perversión de los valores

Cuando en 1795 Sade publicaba *Filosofía en el Tocado* la virtud ya había sido prostituida. Por eso su lucha contra la naturalización de los valores es la afirmación de la libertad. Escribía:

La virtud no es sino una quimera y su culto consiste solo en inmolaciones perpetuas, en innumerables revueltas contra las inspiraciones del temperamento. ¿Semejantes gestos pueden ser naturales? ¿Aconseja la naturaleza lo que la ultraja?²

Si se atiende al significado original del término puede apreciarse como hasta el Concilio de Trento la Virtud no tuvo un significado moral alineado con la beatitud sino que era parte de la ética, de los modos de actuar conforme a la razón. La vinculación de la virtud a la beatitud es fruto de un largo desplazamiento desde el cuidado y gobierno de sí al conócete a ti mismo documentado por Foucault, como de una inversión de significado que

² Sade, Marqués de, *Filosofía en el tocador*, Terramar, La Plata, 2006, p. 31.

transforma las condiciones de la acción en una forma de subordinación de los deseos ante una autoridad moral heterónoma dominante. Recuperar el contenido de la virtud, extraer la potencia del significante recuperando el lenguaje es una manera de recuperar la acción.

Virtud, del latín “*Virtus*” deriva de “*vir*”, que puede entenderse como hombre en tanto masculino, que en Roma se usaba por oposición al *homo*, aplicado a la calidad de esclavo que no tiene o ha perdido tal calidad del *Vir*.

La “*virtus*” era el conjunto de comportamientos gracias a los cuales el “*vir*” podía mantenerse como tal. Y la falta de “*virtus*” era el conjunto de comportamientos que le podían hacer perder esta condición y que tenía que practicar en sumo grado cuando era sometido a la condición de “*homo*” o “*servus*”. La “*virtus*” era, pues, el código de conducta del dominador, y la “*humánitas*” el código de conducta del dominado.³

El *Vir* no coincide, pero se equipara al concepto moderno de sujeto y la virtud al atributo de esa cualidad. De hecho, el uso de esa raíz en alemán que forma parte esencial del carácter del sujeto moderno es una permanente alusión a virtudes positivas: superación del dolor, ánimo, temperancia, justicia, fortaleza⁴. Similar cosa sucede al revisar los textos antiguos que nos hablan de la Virtud.

En Aristóteles por ejemplo aparece en la *Ética Nicomáquea* en su libro II, en que virtud ética es un modo de la acción, de la acción recta aplicada al comportamiento que se perfecciona mediante la costumbre; no viene de la naturaleza inanimada sino del ejercicio de lo aprendido:

Así nos hacemos constructores construyendo casas y citaristas tocando la cítara. De un modo semejante, practicando la justicia nos hacemos justos; practicando la moderación, moderados, y practicando la virilidad, viriles.⁵

3 <https://elalmanaque.com/noviembre/17-11-eti.htm>

4 <https://es.pons.com/traducci%C3%B3n/lat%C3%ADn-alem%C3%A1n/virtus>

5 Aristóteles, *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*, Editorial Gredos, Madrid, 1993, p. 159.

Y continúa señalando que:

debemos examinar lo relativo a las acciones, como hay que realizarlas, pues ellas son las principales causas de la formación de los diversos modos de ser, como hemos dicho.⁶

La virtud no es solo acción sino, según Aristóteles, un modo de su realización, una forma de ejercicio para encontrar un punto medio que se aparte de los vicios del exceso y su defecto, el hacer insuficiente, que “crece por las mismas acciones que la produce y es destrozada si no actúa de la misma manera y que se ejercita en las mismas cosas que le dieron origen”⁷. La apacibilidad que señala como parte de ese justo medio no es una impassibilidad, sino que la virtud “tiende a hacer lo que es mejor con respecto al placer y al dolor”⁸. Se trata de una forma de gobierno sobre el actuar y no una moralización del observar o la abstención de hacer. Por eso que además de relacionar la virtud con la *areté*⁹ en tanto forma de la justicia Husserl señala a la Virtud como una forma de autodeterminación que va más allá de ideales individuales, como lo indica Celia Cabrera:

la vida virtuosa es la vida que aspira al mejoramiento de la humanidad, al acrecentamiento de su valor y de su racionalidad en un proceso que, aunque quizás nunca sea completamente planificado, y quizás precisamente por eso, no deja de motivar al hombre a su realización plena.¹⁰

Pero no solo en la tradición de occidente la virtud tiene esa característica. En el Islam se da la misma tensión aparece entre el bien, el buen carácter o *Ajlaq*, y la maldad, lo que obliga a ese ejercicio de conocimiento y acción en la comunidad que se perfecciona en su desarrollo.

6 *Ídem*, p. 160.

7 *Ídem*, p. 164.

8 *Ídem*, p. 163.

9 <https://www.webdianoia.com/glosario/display.php?action=view&id=33>

10 Cabrera, Celia, “Husserl y la ética de la virtud”, en *Contrastes. Revista internacional de Filosofía*, vol XXII-Nº2, 2017, Departamento de Filosofía, Universidad de Málaga, p. 73.

El buen carácter y las buenas maneras son en realidad las dos caras de una misma moneda, dos aspectos de una misma realidad. El carácter, *ajalaq*, son las cualidades que residen en el corazón, y las buenas maneras, *al adab*, son la manifestación externa de esta realidad. En otras palabras, el buen comportamiento es la manifestación del buen carácter. Por eso, debemos de aprender las formas de adquirir un corazón puro y el comportamiento social que lo debe de seguir.¹¹

Entre el Alalaq como cualidad que surge del corazón y el Al adab como manifestación externa se verifican las dos caras de la virtud, aquella que según el Corán es una práctica activa y no solo contemplación. Por ejemplo, la sura 177 señala que:

La verdadera virtud no consiste en orientarse hacia el oriente o el occidente [durante la oración], sino que es piadoso quien cree en Dios, el Día del Juicio, los ángeles, el Libro, los Profetas, hace caridad a pesar del apego [que tiene por los bienes materiales] a los parientes, los huérfanos, los pobres, los viajeros insolventes, los mendigos, y colabora para liberar esclavos y cautivos.¹²

O la 189 que establece:

Te preguntan [¡oh, Mujámmad!] acerca de las fases de la luna. Diles: “Son una señal para que la gente pueda fijar sus fechas y para la peregrinación”. No es ninguna virtud entrar en las casas por la puerta trasera, sino que la virtud está en la piedad. [En consecuencia] entren a las casas por la puerta de adelante, y observen las leyes de Dios que así van a prosperar.¹³

Esa virtud tiene un claro signo de acción que se plantea la justicia. Dice la sura 95:

11 <http://www.newmuslim.net/es/forma-de-vida/etica-y-valores/el-buen-caracter-viene-antes-que-el-estudio-de-las-ciencia-islamicas/>

12 *El Corán*, Traducción de Isa García, Versión Interactiva, Bogotá, 1993, p. 50.

13 *Ídem*, p. 52.

Los creyentes que permanecieron pasivos [ante la llamada a luchar por la justicia y la seguridad] no pueden ser equiparados con quienes combatieron por la causa de Dios con sus bienes y sus vidas, excepto los que tengan excusa válida. Dios considera superiores a quienes combaten [por la justicia] con sus bienes y sus vidas, por sobre quienes permanecen pasivos [ante la injusticia].¹⁴

Si la tradición muestra a la Virtud como señal de rectitud, de afirmación por el hacer del sujeto, ejercicio y no práctica de pasividad ¿Cómo fue que se transformó en señal de sometimiento a valores de una moral abstracta? Lo importante no es la pregunta por el cuándo sino la genealogía de ese movimiento. De allí que parezca necesario hacer un breve repaso de la conformación del cristianismo como cultura de valores, de las formas de soberanías y de la formación de un sujeto abstracto fuera del gobierno de sí.

Debe recordarse como con la definición de las virtudes como oposición a los vicios el Catecismo de la Iglesia surgido del Concilio de Trento (1545-1563) por primera vez estableció oficialmente virtudes morales, teologales e intelectuales, como a la larga el cristianismo se constituyó en la idea unificada de occidente, y que como acto de refundación el Catecismo de la Iglesia Católica de 1995 promovida por Juan Pablo II y luego reafirmada por Benedicto XVI el 2005 conservó una idea de la virtud como sujeción a un orden superior abstracto. En dicho Concilio a partir de la idea aristotélica se definieron las virtudes por oposición a los vicios, dándoles un giro hacia una moralidad centrada en la servidumbre a Dios y no en la acción en el mundo. En ese texto instituyente de las verdades del cristianismo católico encontramos esa oposición que definirá la virtud como algo contrario al vicio y en consecuencia característica de quién avanza hacia la santidad mediante la plena obediencia. Es ya no la acción del hombre sino el cumplimiento de las virtudes de Dios expresadas en Cristo lo que nos permite participar de su pasión:

quedaron abiertas las puertas del cielo para todos aquellos que, purificados por los sacramentos y adornados por las tres virtudes teologales, participen de los frutos de su pasión.¹⁵

14 *Ídem*, p. 101.

15 https://mercaba.org/Catecismo/ROMANO/1040_capitulo_iv_padecio_bajo_el.htm

El sujeto resultó desplazado desde el Vir a Jesucristo, el único virtuoso, de manera que para acercarse a él ha de vivirse en esas virtudes y rendirle cuentas a ese juez:

No resta, pues, sino decidírnos a llevar una vida verdaderamente santa, rica en prácticas de virtud y piedad, para poder esperar con toda seguridad el gran día del Señor que se acerca, y aun desearle vivamente, como conviene a hijos de Dios.¹⁶

La vida en virtud será ya no una afirmación de libertad sino de sujeción al poder del juez redentor. Desplazamiento del sujeto y sus acciones a la subordinación y rendición de cuentas.

En la restauración del orden de Trento que pretendió Juan Pablo II con el catecismo de 1992 y luego Benedicto XVI en el Compendio Complementario de 2005 se reafirma esa contraposición de vicios y virtudes. El Art. 7 del Catecismo define la virtud como:

una disposición habitual y firme a hacer el bien. Permite a la persona no sólo realizar actos buenos, sino dar lo mejor de sí misma. Con todas sus fuerzas sensibles y espirituales, la persona virtuosa tiene hacia el bien, lo busca y lo elige a través de acciones concretas¹⁷ (1803).

Y la caracterizará como santidad que implica la mortificación (2015) para aquél que no está herido por el pecado (1811), de manera que el hombre virtuoso es aquél que es feliz de practicar esas mortificaciones a las que es guiado por la Iglesia:

sus miembros, ciertamente, si se alimentan de esta vida, se santifican; si se apartan de ella, contraen pecados y manchas del alma, que impiden que la santidad de ella se difunda radiante. Por lo que se aflige y hace penitencia por aquellos pecados, teniendo poder de librar de

¹⁶ *Ídem*, Sobre El juicio a vivos y muertos y el recuerdo de las postrimerías.

¹⁷ http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p3s1c1a7_sp.html

ellos a sus hijos por la sangre de Cristo y el don del Espíritu Santo¹⁸ (827).

Queda así definida la virtud como característica del hombre libre y es sustituido por un diseño de hombre que vive las virtudes de otro (Cristo), goza en las mortificaciones (propias) y entrega la dirección y soberanía de su vida a un poder diferente y externo, el de la Iglesia que redime o condena. Los santos (828) son quienes viven bajo ese dictado de obediencia, de sujeción, mediante la observancia y no la decisión sobre la acción propia, en un camino que para los pecadores ha sido trazado por la beatitud:

se llama beatitud el bien poseído que satisface algún apetito racional del hombre. También se llama así el estado de felicidad relativo que se goza en la tierra, y a veces el reposo y la tranquilidad de la vida sin accidentes que vengan a perturbarla.¹⁹

De esta gozan en el cielo los justos, honrándose en la tierra con tal título honorario solo al Papa. Esa bienaventuranza es un destino de sentido único, cumplir el hombre con el fin para el que fue creado:

Viae o imperfecta, en virtud de la cual el hombre se une al Sumo bien del modo que es posible en esta vida mortal; y bienaventuranza *Patriae* o perfecta, que consiste en la posesión del Sumo bien, de un modo perfectísimo, según toda la capacidad de la criatura, y se obtiene en la vida futura.²⁰

Que como dirá Santo Tomás no es un ya acto sino un medio consistente en el ejercicio de esas virtudes²¹. La virtud desde la Suma Teológica será recogida como expropiación de la potencia:

18 http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p123a9p3_sp.html

19 <http://www.filosofia.org/enc/dce/e02139.htm>

20 <http://www.filosofia.org/enc/dce/e02258.htm>

21 “porque, dado que alguna pasión diga, de algún modo, únicamente orden al bien o únicamente al mal, sin embargo, el movimiento de pasión, en cuanto pasión, tiene su principio en el apetito mismo, y su término en la razón, a cuya conformidad tiende el apetito. Pero con el movimiento de virtud ocurre lo contrario, pues tiene su principio en la razón y su término en el apetito, en cuanto que es movido por la razón. De ahí la definición de la

La virtud designa una perfección de la potencia. Ahora bien, la perfección de cada cosa se entiende principalmente en orden a su propio fin. Siendo, pues, el fin de la potencia su propio acto, la potencia será perfecta en cuanto que se determine a su propio acto.²²

Y opone cuerpo a alma al señalar que

“la virtud, en cuanto que es una disposición conveniente del alma, es semejante a la salud y a la belleza, que son las debidas disposiciones del cuerpo. Pero con ello no se excluye que la virtud sea también principio de operación.”²³

El desplazamiento que el Catecismo hace se encontraba ya en el origen de la teología:

La virtud infusa es causada por Dios en nosotros sin que intervenga nuestra acción en ello, pero no sin nuestro consentimiento. Así ha de entenderse la cláusula *producida por Dios en nosotros sin intervención nuestra*. En cambio, las cosas hechas por nosotros las causa Dios en nosotros, pero no sin nuestra intervención, pues El obra en toda voluntad y en toda naturaleza (Parte I-IIae - Cuestión 55. Sobre las virtudes en cuanto a su esencia. A las objeciones N° 6.)²⁴

Se trata ya no de voluntad humana sino de voluntad divina ejecutada solo en ciertos hombres, los pecadores, que se perfeccionan en la Virtud divina fuera de las cuestiones del mundo, ajenos a los apetitos.

Pues como el apetito y la razón realizan distintas actividades, es necesario que no sólo la razón esté bien dispuesta por el hábito de la virtud intelectual, sino que los poderes apetitivos estén también bien

virtud moral en el libro II *Ethic.*, que es *un hábito electivo que consiste en el medio determinado por la razón según el criterio del sabio*” Parte I-IIae - Cuestión 59. Comparación de la virtud moral con la pasión. <http://hcg.com.ar/sumat/b/c59.html>

22 <http://hcg.com.ar/sumat/b/c55.html>

23 *Ibidem.*

24 *Ibidem.*

dispuestos por el hábito de la virtud moral. De esta necesidad de las virtudes morales vemos la falsedad de la teoría de Sócrates, quien afirmaba que toda virtud era conocimiento, así como sostenía que todo vicio es ignorancia. Además, las virtudes morales aventajan a las intelectuales, excepto la prudencia, en que ellas no sólo dan la facilidad, sino también el recto uso de la facilidad para actuar bien. De ahí que las virtudes morales son virtudes absolutas; y cuando decimos que un hombre es completamente bueno, denotamos moralmente bueno.²⁵

Hay en esto un desplazamiento desde el intelecto al alma constituida como potencia solo en cuanto obediencia de los dictados de Dios, lo que se traduce en una voluntad actuando de acuerdo al camino que permite co-vivir la virtud del único sujeto posible, Jesucristo; acción medida por el orden del que no puede apartarse so pena de perder esa virtud y la felicidad posible, vida fuera de los apetitos y el gobierno del mundo. Se ha desplazado al Vir hacia un sujeto sometido a los designios de otro. Esto es más que la sola formación de un poder pastoral sino la institución de una soberanía radicada ya no en el sujeto libre sino en el sometido a una soberanía ajena. El sujeto se gobierna para ajustar(se) en sus apetitos al gobierno del reino en la tierra, la *oikonomía* en tanto gobierno de los hombres, que debe excluir la poliarquía pluralista y sustituirla por un poder centralizado en correspondencia con la venida de Cristo y la instauración de un poder imperial en toda la tierra.

Dice Agamben citando a Eusebio que existe “una correspondencia entre la venida de Cristo a la tierra como salvador de todas las naciones y la instauración por parte de Augusto de un poder imperial sobre toda la tierra”²⁶ como fundamento de la paz. En adelante “El poder –todo poder, sea humano o divino– debe tener estos dos polos a la vez, debe ser, entonces, al mismo tiempo reino y gobierno, norma trascendente y orden inmanente”²⁷; quien ejerce ese gobierno habla por el reino, desdeñando los humanos por estar sometidos a ese orden superior y supremo capaz de im-

25 <https://ec.aciprensa.com/wiki/Virtud>

26 Agamben, Giorgio, *El Reino y la Gloria*, Adriana Hidalgo Editora, Bueno Aires, 2008, p. 28.

27 *Ídem*, p. 146

ponerse derrocando incluso a los soberanos temporales que intentan mantener la poliarquía. La contingencia del gobierno de ordenar las voluntades humanas a la de un orden superior es una forma de ejercer la virtud de mando y permitirle al humano sujetarse a ella en tanto siervo. “El gobierno del mundo no resulta de una imposición de una ley general indefectible, sino de la correlación entre la ley general y el plano contingente de las causas segundas”²⁸. El gobierno necesario es pues una gestión del desorden que requiere restaurar el orden del reino subordinando todas las causas y cosas segundas a este imperativo, una economía del poder que ha permeado todo el estado moderno de las cosas y entre ellas las ideas de Estado y soberanía. “El Estado moderno hereda, en efecto, ambos aspectos de la máquina teológica del gobierno del mundo, y se presenta tanto bajo la forma de Estado-providencia cuanto bajo la forma de Estado-destino”²⁹ y la subordinación supone siempre jerarquía. Si antes el Vir era el sujeto político ahora este hombre es gobernado por vicarios de esa jerarquía ontológica.

Las refundaciones sobre quién debe mandar y quién obedecer se comprenden mejor si se recuerda la creación de la Fiesta de Cristo Rey en 1925, que convoca a aceptar y defender un orden superior, que sustentó a los fascistas italianos y a la España católica y franquista, a restaurar el reino de la virtud y combatir las ideas republicanas, libertarias y socialistas que se alejan de la gracia con sus formas de libertad e inmanencia materialista. Las normas contenidas en la Encíclica *Quas Primas* de Pio XI son manifiestas acerca de cuál es el lugar de los hombres, los pueblos y las masas (ochlos) y que no hay nada más contrario al reino y la soberanía divino que la oclocracia³⁰:

28 *Ídem*, p. 216.

29 *Ídem*, p. 250.

30 **Oclocracia** o **gobierno de la muchedumbre** según la visión aristotélica clásica es una de las tres formas específicas de degeneración de las formas puras de gobierno, en concreto de la *politeia*. A veces el término se confunde con *tiranía de la mayoría* dado que están íntimamente relacionados. Etimológicamente, la democracia es el *gobierno del pueblo* que con la voluntad general legítima al poder estatal, y la oclocracia es el *gobierno de la muchedumbre*, es decir, la **muchedumbre**, **masa** o **gentío** es un agente de producción biopolítica que a la hora de abordar asuntos políticos presenta una voluntad viciada, evicciosa, confusa, injuiciosa o irracional, por lo que carece de capacidad de autogobierno y por ende no conserva los requisitos necesarios para ser considerada como «*pueblo*». <https://educalingo.com/es/dic-es/oclocracia>

Desterrados Dios y Jesucristo –lamentábamos– de las leyes y de la gobernación de los pueblos, y derivada la autoridad, no de Dios, sino de los hombres, ha sucedido que... hasta los mismos fundamentos de autoridad han quedado arrancados, una vez suprimida la causa principal de que unos tengan el derecho de mandar y otros la obligación de obedecer. De lo cual no ha podido menos de seguirse una violenta conmoción de toda la humana sociedad privada de todo apoyo y fundamento sólido.³¹

...hubo algunos de éstos que imaginaron sustituir la religión de Cristo con cierta religión natural, con ciertos sentimientos puramente humanos. No faltaron Estados que creyeron poder pasarse sin Dios, y pusieron su religión en la impiedad y en el desprecio de Dios.³²

En efecto: tributando estos honores a la soberanía real de Jesucristo, recordarán necesariamente los hombres que la Iglesia, como sociedad perfecta instituida por Cristo, exige –por derecho propio e imposible de renunciar– plena libertad e independencia del poder civil; y que en el cumplimiento del oficio encomendado a ella por Dios, de enseñar, regir y conducir a la eterna felicidad a cuantos pertenecen al Reino de Cristo, no pueden depender del arbitrio de nadie.³³

La soberanía no es un asunto de los hombres. La Virtud como proyecto de vida se ha convertido en una acción de vivir solo en tanto se corresponde con la vida del Mesías:

Vivir en el mesías significa precisamente anular y hacer inoperoso en cada instante y en cada aspecto la vida en que vivimos, hacer aparecer en ella la vida por la que vivimos, que Pablo llama la vida de Jesús.³⁴

31 http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_11121925_quas-primas.html#_ednref31 numeral 16.

32 *Ídem*, numeral 23.

33 *Ídem*, numeral 32 a.

34 Agamben, Giorgio, *El Reino y la Gloria*, *op. cit.*, p. 433.

Refuerza lo anterior otro desplazamiento, ya no moral sino epistémico desde el autogobierno de sí a la producción de una verdad fuera del sujeto. En los tiempos de la Virtud como ética “el principio de que hay que ocuparse de sí mismo llegó a ser, de manera general, el principio de toda conducta racional, en cualquier forma de vida activa que, en sustancia, quisiera obedecer el principio de la racionalidad moral”³⁵. Era necesario gobernarse y cuidar de sí por que “la necesidad de preocuparse por sí mismo está ligada al ejercicio del poder”³⁶, no se cuida ni decide quien no tiene el poder. La importancia del ocuparse de sí proviene del innegable estatus de poder político del sujeto en su soberanía, íntima y política.

Michel Foucault en *Hermenéutica del Sujeto* muestra como el gobierno de sí es una declaración de capacidad de gobernar, la “necesidad de ocuparse de sí mismo en la medida que hay que gobernar a los otros”³⁷ y que la verdad sobre sí requiere acostumbrarse al ejercicio de prácticas productoras de esa autoridad que abarcan lo que llama inquietud de sí e inquietud por los otros. Ese sujeto que se ocupa de sí y conoce el mundo por ese ejercicio es distinto del sujeto sometido a la virtud de otro que conoce por que se ha revelado cuáles son sus límites. El primero es fruto de su hacer, el segundo requiere “mirarse en el elemento divino para reconocerse a sí mismo”³⁸. Por ese camino de la verdad externa es que hará su ingreso el cristianismo como separación del cuerpo y del alma, mundo y reino, de gobierno y gobernados. Mientras la soberanía originaria consistía en ser dueño de sí y el gobierno consistía en el acontecimiento del gobierno sobre el todo, la verdad revelada impone el gobernó del todo por una voluntad ajena. Nos recuerda Foucault como la instrucción original no era una orden de cómo hacer, sino que esa *instructio* (conocer, ser y hacer; o bien, verdad, saber y poder) “es una armazón del individuo frente [a los] acontecimientos”³⁹ que le permitirá en sus prácticas mantener su dominio soberano de sí y su inquietud política por esa soberanía, *hay que consumir la vida antes de la muerte* dice parafraseando a Séneca. Por ello es que a diferencia del momento legalista mo-

35 Foucault, Michel, *La Hermenéutica del sujeto*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2001, p. 26.

36 *Ídem*, p. 51.

37 *Ídem*, p. 56.

38 *Ídem*, p. 81.

39 *Ídem*, p. 104.

dero y de la escisión entre sujeto y sociedad “la ley no es más que uno de los aspectos posibles de la tecnología del sujeto con respecto a sí mismo”⁴⁰ y no una máxima de sujeción estricta a un deber ser, como ocurre cuando la voluntad está en otro lugar diferente al individuo, ya sea en Dios o el Estado. En el autogobierno el otro es importante por reciprocidad. Alcanzar esas prácticas requiere de maestros que propicien el salto desde la estulticia; salir de la inoperancia sobre sí hacia el sujeto que se ocupa de sí. “La voluntad del stultus es una voluntad que no es libre”⁴¹ y es el ejercicio sobre sí, gobierno y auto gobierno, lo que trae la libertad en todos los aspectos de la vida: “La dietética, la económica y la erótica aparecen como los dominios y aplicación de la práctica de sí”⁴².

Al entrar en la modernidad, con Descartes y la capacidad de conocer como ejercicio solo del intelecto, que reduce el acto de verdad al del conocimiento sobre objetos, que luego Kant completará en la escisión entre el sujeto práctico y el cognoscente, se verifica la construcción de una subjetividad en que la soberanía basada en el hacer se traslada a un sujeto que se desprende de aquella parte sensible de sí y que encontramos ya en la disyunción que hizo la teología del mundo a conocer no por el estar sino por lo que es dicho por otro. Se unen en ese desarraigo de la virtud el traslado del ejercicio sobre sí a un conocer y saber abstracto; el sujeto no se pertenece a sí sino a un orden de otro tipo, religioso o laico. “La teología es precisamente un tipo de conocimiento de estructura racional que permite al sujeto –en cuanto sujeto racional y solamente en cuanto sujeto racional– tener acceso a la verdad de dios sin condición de espiritualidad”⁴³, es decir de ejercicios para su hacer. Del sujeto que se afecta a sí mismo a radicar la razón y el conocimiento en una fuente externa aprehendida por una actividad de distancia, la unión con la teología medieval y la razón abstracta en una deriva de buclé unificado y no diversificado: lo que conocimos como sujeto pasará a ser objeto de una verdad que lo afecta desde fuera. Hay todo un cambio de lo que se entiende necesario para ser sujeto.

En la filosofía greco-romana el que hace el discurso es el que dirige, con la irrupción de la idea de gobierno del cristianismo el sujeto pasa a ser

40 *Ídem*, p. 119.

41 *Ídem*, p. 137.

42 *Ídem*, p. 165.

43 *Ídem*, p. 190.

dirigido: “el sujeto guiado debe estar presente dentro del discurso verdadero como objeto de su propio discurso de verdad”⁴⁴. Mientras que en la antigua filosofía la virtud debía pasar por el cuerpo con el cristianismo paso a ser un juego de abstinencias que en la modernidad deviene en un cuerpo en ausencia del lugar de decisión, representado por otros cercanos expertos en la objetividad del conocimiento, el soberano pasa del Vir al ciudadano por una abstención a favor del poder de otro externo y superior. Son estos representantes los que saben que debe hacerse. En esa separación entre quién gobierna y en nombre de qué, es que podemos saltar de Agustín de Hipona y Santo Tomás a Descartes, de éste a Kant y a Rousseau y las formas modernas de la soberanía que van a desplazar a los sujetos que, pudiendo en la acción directa ocuparse de sí, son sin embargo representados. Se ha concentrado por fe o por razón la soberanía en un orden que es trinitario, como aquel que emana del Concilio de Trento o como en la soberanía de los destinados a gobernar en virtud de razones cuyo *ontos* y su *ethos* está lejos de la muchedumbre y del individuo que quiera (co)gobernar(se) con otros. En el contrato social burgués la soberanía emana de un soberano dividido en legislador y ejecutor sobre los otros sin que sea posible disminuir su poder de maneras no aceptadas, colocando el ethos de la democracia a salvaguarda y fuera de la praxis de los gobernados como masas.

...tal como ocurría en la economía trinitaria y en la teoría de la providencia, lo que no puede ser dividido es articulado a través de las distinciones *potencia soberano/gobierno*, *voluntad general/voluntad particular*, *poder legislativo/poder ejecutivo*, que marcan en la soberanía las cesuras cuyo alcance Rosseau trata de minimizar con tanto cuidado.⁴⁵

Se configura así la profunda inversión de los valores políticos respecto de que es valioso para el soberano y quién dicta esas conveniencias. La inoperancia de la mayoría que requiere esta soberanía del abstracto proviene de los dictados de otro, Dios o el Príncipe.

44 *Ídem*, p. 389.

45 Agamben, Giorgio, *El Reino y la Gloria*, *op. cit.*, p. 478.

3. Los derechos humanos y la dignidad como ejercicio de sí

La inversión de valores y el despojo de la realidad alcanza también a las cuestiones que nos preocupan: los derechos, la dignidad, las condiciones materiales y culturales de los sujetos para su plena libertad. Para decirlo en palabras de Joaquín Herrera:

no nos hemos quedado sin realidad. En realidad, lo que han conseguido es quitárnosla ideológicamente de nuestro campo de visión. Y con ello nos han arrojado a la esterilidad de un pensamiento único que solo nos ofrece como armas de lucha un conjunto de propuestas normativas universalistas –los derechos humanos– absolutamente abstraídas de la realidad concreta.⁴⁶

El efecto de la producción de universales abstractos, el traslado de la soberanía sobre lo cotidiano a entes mediados por mecanismos jurídicos y de gobierno, la cesura entre realidad material y realidad cognoscible, la definición de verdades ontológicas, la condición de execrable (saccer) del que se aparte de ellas, la formación de un ejercicio sobre la realidad basada en técnica aplicada sobre objetos y no en las relaciones; todas estas formas de expropiación de soberanía y de control están presentes en la Teoría Crítica de los Derechos Humanos. A la lucha contra el universalismo abstracto se suma la lucha contra la idea de neutralidad del derecho como técnica y la problematización de sus usos que hacen las Teorías Críticas del Derecho.

Problematizar la realidad supone enfrentarnos directamente con la concepción filosófica hegemónica en Occidente que piensa el pensamiento como algo neutro, homogéneo y que, desde sus categorías y premisas, iguala el mundo desde un marco de relación apriorístico.⁴⁷

En la historia de los Derechos Humanos hemos asistido a estas tensiones. Mientras que para algunos los conflictos de derechos son un proble-

⁴⁶ Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Catarata, Madrid, 2005, p. 23.

⁴⁷ *Ídem*, p. 51.

ma de adecuación entre norma y realidad y para otros se trata de un problema de protección activa e integral de esos derechos por los órganos institucionales llamados a ello, una suerte de Garantismo expresado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, respecto de ambos una Teoría Crítica de los Derechos Humanos irrumpe intempestivamente fijando una posición que saque esos derechos de la esfera de la juridicidad abstracta hacia el campo de las relaciones sociales donde están en juego el acceso material a los bienes que satisfacen las necesidades, en que el concepto de materialidad y de proceso cultural, particular pero no fragmentario, es el campo donde esa tensión debe resolverse. Así dice Herrera:

No se trata, pues, de negar las tradicionales y más difundidas formas de tratar teórica y prácticamente los derechos humanos, sino de reapropiárnoslas crítica y contextualizadamente, ampliando sus deficiencias y articulándolas con tipos diferentes de prácticas de mayor contenido político, económico y social.⁴⁸

Actuar sobre lo próximo-material y simbólico que es donde se juegan efectivamente los derechos humanos. Señalaba así que hay que enfrentar y remover esas paradojas que obstaculizan la dignidad humana: el lugar común que deviene en un no lugar, la idea de una condición humana abstracta fuera de contexto, el doble rasero, las relaciones entre derechos y mercado que no resultan compatibles si se les trata como formas de acceso similares a los satisfactores, la primacía de derechos abstractos y como mecanismo de construcción de derechos el acceso a esos derechos en forma declarativa antes que el acceso a los bienes que se requieren como satisfactores, y finalmente la comprensión de los procesos de derechos humanos como procesos culturales y no como procesos ideológicos donde la interacción en contextos socioculturales específicos intencionados mediante principios de construcción de dignidad nos remite a la realidad y no a imposiciones teóricas y soluciones heterónomas pre diseñadas. Recuperar los planos de lo real en sus distintos aspectos como así también de recuperación sobre lo simbólico que nos constituye reconquistando la subjetividad. Se trata de subjetivización, de hacerse sujeto, no de mera identidad individual, toda vez

48 *Ídem*, p. 49.

que “las cosas no se definen solo por lo que son en acto, sino fundamentalmente por lo que son en potencia”⁴⁹. El proceso cultural es una recuperación de la materialidad simbolizada: la cultura no define solo explica, es el proceso de apertura el que permite redibujar la subjetividad en las formas de estar y hacer sobre la realidad; lo que se juega es la reacción a la globalización cultural y al intento de neutralizar los derechos ya por universalización, por abstracción formal o por la definición de estos como costes excesivos e innecesarios para la producción de la riqueza, sin decir nada acerca de su apropiación.

Herrera propone también la recuperación de la realidad por medio de la acción. La reinención de los derechos humanos implica rearmarse de conceptos y prácticas en una perspectiva integradora de la libertad política y material en los medios necesarios, además de una perspectiva crítica que discierna entre la proliferación de textos y la materialidad de las conquistas de los derechos.

Los derechos humanos no sólo se logran en el marco de las normas jurídicas que propician su reconocimiento, sino también, y de un modo muy especial, en el de las prácticas sociales de ONGs, de Asociaciones, de Movimientos Sociales, de Sindicatos, de Partidos Políticos, de Iniciativas Ciudadanas y de reivindicaciones de grupos, sean minoritarios (indígenas) o no (mujeres), que de un modo u otro han quedado tradicionalmente marginados del proceso de positivación y reconocimiento institucional de sus expectativas.⁵⁰

Se requiere al efecto una metodología destinada a recuperar la acción, la potencia y la producción de realidad así como también una filosofía impura de los derechos, contextualizada y que genere instrumentos de carácter relacional. Por ello es que para Herrera el trabajo pedagógico es indispensable, que prepare la conquista de la proximidad. Con esto a la vista podemos recordar como definió los Derechos Humanos desde un pensamiento/accción, como una forma de resistencia al pensamiento abstracto que opaca la realidad, expropia la soberanía mediante una producción ideológica de las

49 *Ídem*, p. 114.

50 Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los Derechos Humanos*, Atrapasueños, Sevilla, p. 65.

relaciones sociales que apueste no solo por la reivindicación de tales o cuales derechos y una resolución que declare la aplicación de aquellos, sino que los define como base de la potencia de los sujetos. De ello hablaba cuando señalaba que:

Los derechos humanos, pues, deben ser vistos como la convención terminológica y político jurídica a partir de la cual se materializa el *conatus* que nos induce a construir tramas de relaciones –sociales, políticas, económicas y culturales– que aumenten la potencialidad humana.⁵¹

La virtud como acción del sujeto por su libertad se dibuja en esta idea.

4. La potencia de la virtud de los derechos humanos

Parafraseando a Nietzsche cabe preguntarse como mirar a ese abismo sin que nos capture y se nos devuelva en monstruos amigables a los que se trataba de combatir, como sucedió a la larga con la Carta Universal de Derechos Humanos que de su potencia inicial transitó al formalismo. Para evitar aquello no solo necesitamos estrategias y metodologías de conocimiento y acción en derechos sino además un arsenal conceptual fuerte, que irrumpa sobre ese proyecto de captura de la virtud y nos permita salir del abismo hacia la potencia.

Spinoza en su *Ética* señala que “Todo lo que es, o es en sí, o en otra cosa”⁵². Ese es la primera decisión del sujeto libre, si lo será en términos de afirmar su virtud o bien entregará el ejercicio de su gobierno a una entidad ajena, reconociéndola como potestas superior, asumiéndola como un poder instituido que lo subordina. Esa primera pulsión de lo que cada uno entiende de sí se juega el caminar por el borde del abismo o vaciarse dentro de la voluntad abstracta, reduciendo su potencia a la inoperancia. “De una determinada causa dada se sigue necesariamente un efecto”⁵³ y ese horizonte que cada cual se traza como posible marca el resultado de la acción, no en cuanto se gane o pierda sino en tanto se constituye como causa de libertad

51 Herrera Flores, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales*, op. cit., p. 245.

52 Spinoza, *Ética*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, 47.

53 *Idem*, p. 48.

no mediada. “El conocimiento del efecto depende del conocimiento de la causa, y lo implica”⁵⁴. Esa constante acción para ejercerse y constituirse, esa esencia de la virtud, con independencia de su denominación actual (Vir, sujeto, humano) es la primera clave. Sujeto puede decirse de muchas formas, eso no lo hace quién puede ser sino que afirmarse es su causa, sus relaciones y los efectos que de allí nacen. El modo de aquella decisión es la acción directa, su método no un ser aislado, sino relaciones que lo co-constituyan.

A diferencia del individuo que resulta enmarcado por una voluntad heterónoma el hacer del sujeto libre, insistente antes que resistente, es un movimiento de resonancia de sus atributos resultantes de su hacer, allí radica su potencia. “El intento en que cada cosa intenta perseverar en su ser no es nada distinto de la esencia actual de la cosa misma”⁵⁵, de manera que no hay tregua en el ejercicio del gobierno de sí y de lo existente, ni puede ejercerse ese gobierno ajeno a un gobierno con otros, “El supremo bien de los que siguen la virtud es común a todos, y todos pueden gozar de él igualmente”⁵⁶. Contra la falsedad de una libertad en la voluntad del creador o radicada en los medios de su ejercicio, el poder del Príncipe o el arqueo del mercado, o en el conocimiento de los objetos y la distancia, no hay verdadera libertad si la práctica del uno no abre un campo de libertad que tensiona las subordinaciones.

Esa afirmación de soberanía no es un acto referencial sino relacional, y por tanto un lugar material donde esos efectos se producen. Para salir de la trampa de captura de la soberanía en primer lugar se impone la necesidad de establecer la relación con los bienes con que se afectan los individuos, de las relaciones entre ellos, bienes y sujetos, los grupos de interés y, en el conato con aquellos ha de verificarse el uso de ellos y la manera como constituirse y mantenerse en ejercicio de (auto) gobierno. En segundo lugar, y en esto probablemente la tradición de los derechos humanos surgidos con posterioridad a la guerra dio una luz sobre el centro de la acción político jurídica, precisamente porque vienen de la urgencia de cuerpos devastados, debe radicarse en la presencia, urgencias y potencia de los cuerpos, no en entes incorpóreos ya sea por definición o por inoperancia. La recuperación de la soberanía pasa, una y otra vez, en la lucha por el gobierno de los

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ídem*, p. 204.

⁵⁶ *Ídem*, p. 323.

cuerpos como en su salvaguarda, en la disputa por la biodiversidad en que se regenera el sujeto. Si esa urgencia queda presa en la abstracción ese efecto de vaciado se traslada a la protección por la formalidad jurídica, porque la inter-mediación de la protección en lo institucional es una parte del modo de suspensión de la acción política que necesita a su vez ser liberada de esa incorporeidad por referencia. La carencia de un modo efectivo y perdurable distinto a la suplantación y representación de la voluntad no es un problema solo de proyecto político y de democracia sino la falta de ejercicio en el gobierno de sí y de lo próximo, acostumbramos a delegar y ser vicariados, se pierde en ello el control del tiempo que se convierte en burocracia que suspende nuevamente el tiempo actual del gobierno y con ello incluso el daño sobre los cuerpos aparece en la forma y la respuesta como pospuesto. La potencia se enfrenta a un método recurrente de volverse inoperante en la distancia.

Lo que no debe olvidarse es que el ser, las relaciones y el deseo que sustenta las pasiones deben encontrarse en un punto corporal y material, afectarse entre ellos para así dejar de ser declaraciones, objetos cognoscibles y prácticas de adecuación a normas predefinidas por una moral que invierte la realidad imponiéndole su plataforma ideológica sobre que debe primar y sobre qué debe ejercerse la acción de dominio y ejercicio del poder. Somos cuerpos expuestos a la vulneración y desde allí ha de producirse el conato contra la abstracción, en esto las feministas tienen razón y unen la política del cuidado de sí al rompimiento del cerco viril que en la antigüedad tuvo al sujeto masculino como único significado. Con esa primera apertura al/ la sujeto múltiple y corporalizada se abre el campo a lo humano en los y las humanas.

Nos lo recuerda Spinoza al señalarnos que “el objeto de la idea que constituye el alma humana es un cuerpo, o sea, cierto modo de la Extensión existente en acto y no en otra cosa”⁵⁷ y que son eso todas las relaciones de afectación tenderán a ser reabsorbidas por la abstracción. Si el resultado de las pasiones y las afecciones que puedan derivarse de la acción no pasan por la materialidad están destinadas a disolverse; si hay alguna forma en que la identidad del sujeto logre ser más allá de solo una apariencia de poder y si una potencia proviene de la idea que “La identidad de la potencia y del acto

57 *Ídem*, p. 127.

se explica porque la potencia no puede separarse de un poder de afección, y este se encuentra constante y necesariamente satisfecho por las afecciones que lo realizan. La palabra potestas recobra aquí un empleo legítimo⁵⁸ en tanto el poder de acción en relaciones de afirmación y no de cesión de la soberanía. Afirma Spinoza que: “El esfuerzo con que cada cosa intenta perseverar en su ser no es nada distinto de la esencia actual de la cosa misma,⁵⁹

No hay otra realidad que el material y los símbolos que la constituyen; en ella el cuerpo se inserta para ser afectado por las relaciones que lo constituyen o destituyen de su soberanía. Esa constitución y reconstitución permanente del sujeto requiere no solo posición de conocimiento, cuidado y acción de sí sino disposición de deseo y potencia, aptitud y actitud de ejercicio de actos de soberanía afirmando lo que se quiere diferente y se estima indispensable de defender en su construcción. Por ello es que la permanencia del ser en sí es no solo experiencia, conocimiento o acción sino esencialmente perseverancia, voluntad que hace del gobierno de lo próximo el sentido de su acción. En ese ejercicio individual y colectivo es donde se juega la verdadera soberanía, en el conato que es el combate por la dignidad y la libertad material. Esto nos permite comenzar a responder la pregunta inicial: ¿Cuál sería la virtud de los Derechos Humanos?

5. Cierre provisorio

Cuando en 1787, Sade escribió “Justine” la virtud ya estaba prostituida. Ya sabía que la oposición vicio-virtud era una trampa, que aquellos virtuosos según la moral dominante serían presa fácil del poder, la Justine individual era una muestra del colectivo de los subyugados, que bajo una idea de abstracta del bien, de la dignidad, era fácil de ser corrompida. Además, sabemos ahora que la ilustración no cambió del todo aquello, que permitió la convivencia de los dos mundos eternos y temporal, cognoscible e incognoscible, que se vivificaran las arbitrariedades junto con mecanismos insuficientes de control sobre el poder, que la tensión civilización o barbarie resultó un punto muerto, conviven ambas en brutalidad y pausa, que esa pérdida actualizada de la vida, la integridad y la dignidad no se debe solo a li-

58 Deleuze, Gilles, *Spinoza: filosofía práctica*, Tusquets, Buenos Aires, 2006, p. 119.

59 Spinoza, *Ética*, *op. cit.*, p. 204.

mitación instrumental sino también a que las resistencias de los discursos y garantías contra el poder se han dado dentro de la trampa de captura de las soberanías. En eso Joaquín Herrera avanzaba cuando sostenía que la creación de un proceso de resistencia debía fundarse en otra forma de pensar los derechos humanos.

Si originalmente Vir era la forma arcaica del hombre libre y la humanidad la forma de los esclavos y sometidos a quien ese señor podía otorgar dignidad por condescendencia y dimanar hacia ellos parte de su virtud, toda vez que precisamente la conservación y el poder de sí consistía en el ejercicio de esa virtud, para alcanzar la recuperación de la soberanía es coherente que la lucha por los derechos se encuentre alojada hoy en los humanos. Si queremos rehacer en la historia la virtud en tanto gobierno de sí y recuperación de la soberanía y la dignidad esta lucha debe ser hecha desde la humanidad, los que siguen siendo cuerpos y sujetos en potencia pero dominados y puestos en peligro. Si como mostraba Sade la virtud era una forma de deber ser definida desde los poderosos la virtud que acciona, reacciona y resiste ante los abusos bien puede ser hoy llamada el grito de la humanidad y por ello el sujeto que quiera superar ese estado de dominado debe hacerse un ultra humano, adquirir jerarquía en la dignidad y la libertad conjunta del gobierno autónomo. Por eso los derechos humanos desde una óptica material y amplia solo pueden consumarse en las relaciones sociales de afección, que luchan no por ser reconocidos sino por hacerse cuerpo en movimientos de insistente resistencia que construyan esa libertad y dignidad. La lucha por los derechos humanos es una acción que entra en conato con la expropiación de la soberanía y la destrucción del entorno y no basta una presentación ante un tribunal sin actitud y aptitud de accionar permanente, constante, insistente que nos reconstituya más acá y más allá de una declaración abstracta. Esa tarea de hacer derechos humanos es el modo permanente de una teoría y una práctica por los derechos humanos que se plantea como una dimensión más amplia en la conquista de la esencia del sí.

Podemos ahora contestar la pregunta de cuál sería la virtud de los derechos humanos. Sin duda sería la perseverancia en la acción por la dignidad, la libertad; la insistencia en la reapropiación de lo propio y lo común. Si los Derechos Humanos no cumplen más allá de todo costo con ese sentido de hacerse a sí mismos, con más radicalidad y materialidad que la histo-

ría que hasta acá poseen, perderán su esencia y no serán en sí si no en otra cosa, nuevamente, como lo fueron en la idea, los instrumentos y el aparato del Estado. Estas insistencias y perseverancias son lo necesario y lo imprescindible de hacer en tiempos de pasiones tristes.

Bibliografía

- Agamben, Giorgio, *El Reino y la Gloria*, Adriana Hidalgo Editora, Bueno Aires, 2008.
- Aristóteles, *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*, Editorial Gredos, Madrid, 1993.
- Cabrera, Celia, “Husserl y la ética de la virtud”, en *Contrastes. Revista internacional de Filosofía*, vol XXII-Nº2, 2017, Departamento de Filosofía, Universidad de Málaga.
- Deleuze, Gilles, *Spinoza: filosofía práctica*, Tusquets Editores, Buenos Aires, 2006, p. 119.
- El Corán*, Traducción de Isa García, Versión Interactiva, Bogotá, 1993.
- Foucault, Michel, *La Hermenéutica del sujeto*, Fondo de Cultura Económica, Bueno Aires, 2001.
- Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los Derechos Humanos*, Atrapasueños, Sevilla, p. 65.
- Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Catarata, Madrid, 2005.
- Sade, Marqués de, *Filosofía en el tocador*, Terramar, La Plata, 2006.
- Spinoza, *Ética*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, p. 204.
- http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p3s1c1a7_sp.html
- <https://conceptodefinicion.de/beatificacion/>
- <http://www.filosofia.org/enc/dce/e02139.htm> (para beatitud)
- <https://elalmanaque.com/noviembre/17-11-eti.htm>
- <https://ec.aciprensa.com/wiki/Virtud>
- https://mercaba.org/Catecismo/ROMANO/1040_capitulo_iv_padecio_bajo_el.htm
- <http://www.newmuslim.net/es/forma-de-vida/etica-y-valores/el-buen-caracter-viene-antes-que-el-estudio-de-las-ciencia-islamicas/>
- <http://hjj.com.ar/sumat/>
- http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_11121925_quas-primas.html#_ednref31
- <https://educalingo.com/es/dic-es/oclocracia>
- <https://www.webdianoia.com/glosario/display.php?action=view&id=33>

UN ENFOQUE DE DERECHO CRÍTICO EN LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES

Manuel Jacques Parraguez¹

Pensar que han transcurrido diez años desde la partida de nuestro querido amigo Joaquín Herrera Flores, nos llena de imborrables recuerdos y de profunda emoción. Su aporte como jurista formador y constructor de articulación de redes, vive en la memoria de todos aquellos que compartimos en La Rábida sus seminarios y coloquios y lo recibimos en nuestras casas en conversaciones interminables, llenas de ideas, de vuelos imaginarios y de generosa amistad.

He querido ordenar mi presentación en estas Jornadas de Derecho Crítico “Joaquín Herrera Flores”, en homenaje a su valioso legado, precisamente, tomando como inspiración un trabajo que él publicó en el libro *Direitos Humanos E Filosofia Juridica Na America Latina*, organizado por Antonio, Carlos Wolkmer y que él denominó *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistencia*².

En este artículo, realiza el planteamiento de una visión compleja de los Derechos Humanos, que él ordena como una expresión de racionalidad que denomina de “Resistencia”. En esas claves, indica un camino de implicancia relacional y de pluralidad y desde esa óptica nos invita a indagar preguntas orientadas a generar condiciones de prácticas interculturales que permitan avanzar hacia una comprensión de Derechos Humanos que superen resultados universalistas y particularistas, “pues los Derechos Humanos no son declaraciones textuales ni producto de una cultura determinada, son procesos dinámicos que permiten la apertura y consiguiente consolidación

1 Universidad Bolivariana, Santiago de Chile.

2 Wolkmer, Antonio Carlos (Org.), *Direitos Humanos e Filosofia Juridica Na America Latina*, Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, cap. 11, pp. 359-383.

y garantía de espacios de lucha para la particular manifestación de la dignidad humana”.

A partir de esta invitación y observando la profunda inequidad, exclusión, desigualdad y la presencia cada día más fuerte de una sociedad del abuso, de la depredación, indolencia e indiferencia, inevitablemente hay que interrogarnos en el sentido de: ¿cómo podemos avanzar hacia una sociedad cuya plataforma del orden social, económico y político esté sustentada en una constelación de Derechos Humanos que exprese el avance de la construcción social en defensa de la dignidad humana?

En coherencia con esta interpelación hacia una manifestación concreta de viabilidad hacia dicha dignidad, voy a tomar como punto de arranque la dimensión de expresión, exigibilidad y cumplimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).

En el debate que generan los DESCa en juristas y teóricos del Derecho, respecto de la forma cómo deben aplicarse y al rol que le corresponde jugar a la estructura judicial, me parece conveniente tener a la vista la relación de estos derechos con el modelo económico. En este sentido, tomo como punto referencial, lo que el economista chileno Humberto Vega, ya en el año 1978, en un trabajo sobre Economía y Derechos Humanos, se planteó como interrogante: “¿cuál es la hipótesis ante la pregunta central que se han hecho economistas y pensadores sociopolíticos referido a si la suspensión parcial o total de los derechos económicos sociales y culturales, es una medida transitoria o su negación responde a una característica intrínseca del modelo económico y del proyecto de sociedad aplicado?” Para Vega, la hipótesis de trabajo es que el actual modelo de desarrollo económico solo se puede aplicar con la suspensión o negación total o parcial de los DESC. Para este economista “el problema de que los DESC no constituyan objetivos específicos explícitos de la política económica, no implica necesariamente que éstos no se realicen en algún grado. El problema no reside específicamente en sí, sino en entregar la satisfacción de tales necesidades en forma exclusiva y excluyente al mercado, pues éste nunca ha garantizado una realización compatible con los Derechos Humanos”³.

3 Vega, Humberto, “Economía y Derechos Humanos”, en *Los Derechos Humanos a la Luz del Ordenamiento Internacional. Situación Actual y Perspectivas*, Encuentro Nacional. Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad, Estudios, noviembre 1978.

En relación a esta afirmación que compartimos, y más aún, considerando que el actual modelo socioeconómico neoliberal, es una aguda profundización del implementado en Chile a finales de los años 70, cabe preguntarse cómo, desde la estructura judicial y desde el rol de la jurisdicción, del rol de jueces y abogados podemos “incidir” en transformar el modelo económico social instituyendo nuevos criterios de respeto, garantía, protección, satisfacción y reconocimiento en la aplicación de los DESCAs, que no sólo pongan un freno al abuso del modelo, sino que, desde la dimensión del Derecho y desde su estructura jurisdiccional, se pueda aportar a su transformación.

En el caso de los DESCAs, sabemos que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales complementario de la Declaración de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, constituyen el principal marco regulatorio que consagra el compromiso de los Estados a la protección de tales derechos. Sin embargo, es muy importante señalar que el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos sociales y culturales, firmado en el año 1988, constituye el instrumento de mayor fortaleza, en tanto suple vacíos que al respecto deja la Convención. Es muy elocuente observar al respecto, que no todos los países firmantes han ratificado dicho Protocolo para incorporarlo de lleno a su ordenamiento interno. No deja de sorprender que Chile lo haya firmado en el año 2001 y aún no lo ratifica, habiendo tenido gobiernos declarados progresistas y de sensibilidad socialista.

Si uno mira el panorama mundial, se da cuenta de que la Carta Social Europea, suscrita en Turín el año 1961, que tiene un Protocolo adicional relativo al establecimiento de un sistema de reclamaciones colectivas a cargo del Comité Europeo de Derechos Sociales, constituye el instrumento y mecanismo más avanzado a nivel de cumplimiento sobre los DESCAs⁴.

Conocido el mapa de principios y normas que regulan el campo de los DESCAs, la cuestión que corresponde formularse es ¿cómo dilucidar el debate existente en torno a la exigibilidad de los DESCAs, en términos de si ellos son o no judicializables?

4 Salmón, Elizabeth, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Tomo I, Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, 2010.

En este plano, uno de los principales planteamientos de aquellos que consideran que estos derechos concebidos como derechos sociales no son judiciales, radica en que éstos manifiestan ideas cuyo sentido se encuentra en la configuración de instituciones de ciudadanía y por lo mismo, esta forma institucional de judicializar, negaría su dimensión como tal.

Ciertamente, este es un planteamiento interesante que se ubica en la perspectiva de fortalecer la acción ciudadana y la dimensión colectiva distante del plano de derecho liberal individual, sumado al peligro de una sociedad crecientemente atomizada y fragmentada, creándose una lógica de dispersión y de debilitamiento del poder ciudadano y donde el Estado como expresión de garantía y protección social, se reduce a lo “mínimo”.

Sin embargo, considerar la exigibilidad y judiciabilidad de los DESCAs a mi juicio, descansa en dos ejes que se instituyen como estructurantes. El primero, referido al carácter de considerar los DESCAs como Derechos Humanos respondiendo por lo mismo a un criterio integral y de indivisibilidad como lo plantea la teoría de los Derechos Humanos, por lo cual, de su sola existencia se deriva invariablemente su carácter de exigibilidad, independientemente de la naturaleza de la autoridad o sujeto ante quien se ejerza, sea ésta una autoridad administrativa o judicial.

El segundo eje, se refiere al carácter de afirmación de una “soberanía-colectiva mundial”, en el sentido de que el avance de la humanidad ha ido, a través de un largo proceso histórico, estableciendo criterios y principios de construcción social que responden a un grado de evolución de respetabilidad humana, que constituye la arquitectura de razonabilidad y de aspiración para avanzar hacia la satisfacción de mínimos dignos que hagan posible el desarrollo de la especie humana.

Entonces, la pregunta pertinente que cabe formularse, es ¿cómo trabajar en la dirección adecuada para robustecer en las sociedades el cumplimiento y satisfacción de los DESCAs?. En el contexto latinoamericano actual ¿éstos pueden quedar sólo referidos al campo de la confrontación, negociación o conquista sociopolítica, o relegados al juego de mayoría o minoría legislativa?

En este plano creemos que la estrategia que aparece como más consistente en el camino de traducir en realidad la satisfacción de una línea de dignidad de estos derechos, es aquella que se orienta de modo integral com-

binando diversas acciones de incidencia y exigibilidad. Así, nos parece por un lado relevante la vía de “afirmar” con claridad y consistencia que los DESC son Derechos Humanos Fundamentales. Más allá de estar establecidos o no en la consagración de instrumentos nacionales, regionales o globales que muchas veces los expresan de manera genérica, es importante que sean reconocidos y adjudicados como tales por los órganos de administración de justicia, a través de líneas jurisprudenciales que vayan confirmando la garantía y protección de estos derechos. En este camino debe avanzarse a establecer que hay un punto único común de todos los Derechos Humanos, sean llamados de primera, segunda o tercera generación y que el sujeto de estos derechos no es solamente “un aspirante” a verse beneficiado por políticas sociales como han querido a veces conceptualizar a los afectados por la vulneración de DESC, sino que es un “titular” de un derecho que debe ser garantizado por el Estado, procediendo su exigibilidad también en el campo de la judicialización.

En este punto, se debe insistir para avanzar a la conformación de protocolos de reclamaciones y de exigibilidad colectiva como lo establecido en el Protocolo Adicional de la Carta Social Europea, con lo que se reconocería y fortalecería la dimensión de “sujeto colectivo en la defensa de derechos comunes”.

En este aspecto, un criterio clave, es reiterar que los DESC están instituidos sobre la base de ejes esenciales de dignidad, autonomía e igualdad. Esta es la línea que siguen los pronunciamientos que ha generado el Comité Europeo de Derechos Sociales, dando dinamismo y vigencia a los DESC y recalcando su dimensión de Derechos Humanos. En tal sentido, el Comité ha señalado: “La Carta es un instrumento vivo, destinado a hacer realidad determinados valores que la inspiran, la dignidad, la autonomía, la igualdad y la solidaridad. Los derechos que garantiza no constituyen un fin en sí mismo, sino que completan los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵.”

Concuerda con esta dirección, la parte final del Informe al Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, del experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred Maurice de Zayas, quien señala que “todos

5 *Ibidem*.

los Derechos Humanos emanan de la dignidad humana y es importante reconocer que la dignidad humana no es producto del positivismo sino de una expresión del derecho natural y la racionalidad humana. Aunque se trata de un concepto abstracto, la dignidad humana ha dado lugar a normas concretas de Derechos Humanos, un sistema práctico reforzado por mecanismos de aplicación. Si bien el presente mandato puede también resultar abstracto, tiene por objetivo formular un sistema pragmático para superar y resolver los obstáculos. Lograr que el orden internacional existente sea más democrático y más equitativo, supone en esencia alcanzar un desarrollo sostenible, social y centrado en la población y dotar a todas las personas de medios para que gocen de sus Derechos Humanos en solidaridad con los demás”⁶.

Por su parte, el psicólogo chileno, Benito Baranda, reconocido defensor de derechos económicos, sociales y culturales, en la perspectiva de superar la pobreza, ha afirmado que “la definición de mínimos garantizados relativos al acceso a la educación, salud, vivienda y subsidios monetarios y que el conjunto del país se comprometa a cumplir estos mínimos tiene un impacto directo, por un lado sobre la calidad de vida de las personas y por el otro, contribuye a explicitar los derechos económicos y sociales de los ciudadanos. Esto es lo que denominamos, una carta de ciudadanía”⁷.

En diversos trabajos, Boaventura de Sousa Santos, ha señalado que los rostros de la dominación y de la opresión son múltiples y muchos de ellos han sido irresponsablemente pasados por alto por la teoría crítica moderna⁸.

A nuestro juicio, la lógica del negacionismo es una de las manifestaciones más brutales para consolidar modelo de dominación y aniquilación y en tal sentido, la conducta política de negar el carácter de Derechos Huma-

6 De Sayas, Alfred Maurice, “Informe del Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo”, Asamblea General de Naciones Unidas, Consejo de DD.HH., 21º periodo de sesiones, Tema 3 de la agenda, Distr. General, 3 de agosto de 2012.

7 Baranda, Benito, “Presentación Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Perspectiva de la Superación de la Pobreza”, Seminario Derechos Humanos y Cultura, diciembre 2000, Arzobispado de Santiago, LOM Ediciones, Santiago, Chile, 2001.

8 Santos, Boaventura de Sousa, *La Caída del Ángelus Novus*, Colección en Clave del Sur, ILSA, Bogotá, 2003,

nos Fundamentales a los DESCAs favorece al diseño del modelo de opresión.

Por lo mismo, los DESCAs no deben ser considerados bajo la lógica del formalismo-jurídico ni en la perspectiva de un contractualismo normativista, sino bajo la dimensión de lo que deben ser, Derechos Humanos Fundamentales.

En esta dirección, desde hace mucho tiempo vengo sosteniendo que “el *estado de Insatisfacción de Necesidades Humanas Fundamentales*, constituye una negación de Derecho Humano Fundamental, que por lo mismo, tiene expresión de *conflicto jurídico*”. Esta idea deja atrás y se opone a un reduccionismo jurídico como lo sostiene la concepción formal positivista, que afirma que el conflicto jurídico se reduce al campo legal entre intereses contrapuestos que interactúan en igualdad de condiciones.

Desde mi punto de vista, esta es una visión restrictiva y parte del falso supuesto de que la sociedad, se encuentra en estado armónico, con lo cual se protege la posición socioeconómica ventajosa de un grupo frente a otro. Este enfoque diluye el conflicto creado por la vulneración de derechos sociales, económicos, culturales y ambientales, provocados por la lógica de la acumulación privada de la riqueza y lo reduce a un conflicto formal, atendido a, si una norma legal ha sido o no transgredida. Es una visión legalista donde el conflicto jurídico queda relegado a la dimensión de legalidad y por ende, el concepto de Derecho queda reducido a la Ley.

Al abordar el fenómeno jurídico desde una noción crítica en el sentido de que el Derecho no es solo dimensión de legalidad sino también de expresión de justicia y de legitimidad, situamos su criterio de exigibilidad más allá de la norma formal vigente, extendiéndolo a la posibilidad del establecimiento de los Derechos Humanos que permitan la Satisfacción de Necesidades Fundamentales, ya sea que estas no se encuentren consagradas en el ordenamiento y resulten conculcadas mediante la aplicación de modelos económicos o sociales determinados que están amparados por la norma, o bien porque la ausencia de norma legal, permite la situación de vulneración.

De esta forma, la estrategia ciudadana en defensa de los DESCAs, no se reduce sólo a una exigibilidad judicializada formal, sino al diseño de estructurar conflictos jurídicos por negación de Derechos Humanos que in-

terpelan procesos democráticos para incorporar a la comunidad en los procesos decisionales a fin de dar término al síndrome social de democracias de baja intensidad, sostenidas bajo un modelo de patología de participación.

Un campo de debate hoy día, está referido a si el aumento de exigibilidad y judicialización de la demanda social, generará un desplazamiento de la política social que es de competencia del poder ejecutivo y legislativo al poder judicial.

En este punto, considero que debe hacerse la necesaria diferencia entre activismo judicial, judicialización de la política y politización de la justicia, puesto que, unas y otras, manifiestan situaciones muy distintas.

En todo caso, el aumento de movilización y demanda hacia el poder judicial que hoy es una realidad en el contexto latinoamericano, entre otros factores, está incidido por, el malestar de la ciudadanía ante la impunidad de las élites, la distancia creciente entre la teoría y la práctica y lo difuso del lugar donde le corresponde al ciudadano reclamar y exigir la satisfacción de su derecho y la desconfianza a la autoridad y al Parlamento para acceder a lograr protección de derecho. Lo anterior, expresa el fenómeno de la *litigiosidad del comportamiento de la sociedad*, como expresión de una atomización de la sociedad donde ya no se actúa y reclama desde el espacio de sujeto colectivo, sindicato, organizaciones sociales o asociaciones, sino desde la propia referencia individual. Esto muestra una individualización de la práctica social, donde cada uno quiere actuar por sí mismo, abandonando el desarrollo grupal como se implementó en la década de los ochenta y noventa a través de los servicios jurídicos colectivos que marcaron una significativa incidencia en los abogados y contribuyeron al desarrollo de un pensamiento crítico del Derecho.

En esta línea de reflexión de cómo trabajar con coherencia una estrategia crítica del Derecho, es muy importante realizar también un cambio en la apreciación conceptual que se tiene de “Acceso a la Justicia”. En general, la mayoría y siguiendo un criterio de lógica formal-instrumental, lo entiende como acceso a los órganos jurisdiccionales y en tal sentido, lo sitúan como “Servicio” y no como “Derecho”. Este cambio de mirada es significativo, en tanto constituye una ruptura al paradigma clásico en los operadores del Derecho y en la forma de cómo resuelven las líneas jurisprudenciales las Altas Cortes Nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta distinción conceptual no es una desagregación abstracta, sino muy por el contrario, constituye el eje que marca los rumbos diversos que orientan la idea de Derecho, Justicia y de Construcción Democrática.

Los énfasis y las líneas de coherencia de los distintos actores involucrados en el campo de la producción, regulación y resolución jurídica, como del tratamiento que formulan las instancias políticas y judiciales, responden a lógicas de razonamiento muy diferentes según sea su adscripción a entender el Acceso a la Justicia como Derecho o como Servicio.

El sello diferenciador central, lo constituye el acento estructural de su comprensión. En el caso de Acceso a la Justicia como Servicio, el acento estará puesto en preocuparse de los “dispositivos”, tanto reguladores normativos como institucionales, para ser más expeditos los procesos de “atención” y acogida al recurrir a las instancias jurisdiccionales donde se ejercita el derecho y se pone en movimiento la función jurisdiccional. En cambio, en el caso de Acceso a la Justicia como Derecho, el acento está orientado a velar por la “protección y garantía efectiva” del abanico integral de los Derechos Humanos, sea en su cuerpo normativo, como en sus dispositivos operacionales. De esta manera, en el primer enfoque de Servicio, hay un énfasis de corte “procedimental”, en cambio en el enfoque de Acceso a la Justicia como Derecho, el énfasis responde más a una perspectiva de “contenido”, sin perjuicio de que el orden procedimental en cuanto afecta a la protección y garantía, constituye también parte de contenido del Derecho como esencia de protección.

En el contexto latinoamericano, la idea de Acceso a la Justicia es concebida desde esta concepción procedimental, como Servicio, por lo cual, forma parte de la “Cultura Jurídica dominante” caracterizada preferentemente por sus trazos formalista y procesales para entender desde allí, la dimensión de justicia. Esto explica que la preocupación para avanzar en el desarrollo del Acceso a la Justicia se centra en la forma y en los mecanismos para recurrir ante los Tribunales de Justicia y no a observar si existen vulneraciones y desigualdades de derechos fundamentales.

Consideramos que este cambio de mirada en relación al Acceso a la Justicia, no es sólo otro punto de vista, sino que tiene incidencia de impacto en la idea de cómo construir procesos de validación hacia el rol del Derecho, abogados y jueces, en una forma de pensar y actuar en la dimensión

jurídica. Creemos que, en la medida que el Acceso a la Justicia sea entendido como Derecho y no como Servicio, la lógica del razonamiento de juristas y de la jurisprudencia de las Cortes Superiores Nacionales y en especial de la Corte Interamericana, se instituirá desde el enfoque de protección y garantía de derecho. Esto generará más posibilidades para que los actores sociales puedan recurrir a sus instancias resolutorias, derivando en que la ciudadanía tenderá a percibir que sus derechos están más protegidos, con mayor justicia y menor desigualdad, dado que el Derecho en sí, será visto como una unidad de protección.

De esta manera, el circuito en torno a la defensa de una cultura de Derechos Humanos, adquiere coherencia, por un lado, desde el sujeto individual o colectivo que entiende que Acceso a la Justicia “no es recurrir a” sino “se afirma que”, se protege y garantiza un derecho que ha sido trasgredido o conculcado. Por otro lado, desde los órganos jurisdiccionales, lo que se está resolviendo, no es en base a la lógica mecánica de subsunción normativa-formal, sino que determinando el reconocimiento del derecho que ante ellos se reclama y por ende, afirmando su garantía y protección.

Siguiendo esta línea de concepción y referido a los DESCAs, los órganos jurisdiccionales no debieran determinarse en función de los marcos regulatorios específicos que los gobiernos establecen en cuanto a las políticas públicas, sino que deben atender a la naturaleza del derecho que se reclama, los principios que lo sostienen y la configuración de plataforma de Derecho Humano Internacional, que se ha ido construyendo, en el caso de América Latina particularmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En tal criterio, el factor que debe primar para establecer la observación del comportamiento de los órganos jurisdiccionales nacionales internos, es el Control de Convencionalidad, definiendo cómo se efectúa la adecuación de éstos a la normativa de la Convención y de los Pactos y Protocolos Internacionales, que al respecto han firmado y ratificado y que tienen carácter vinculante en su propia regulación.

Es interesante darnos cuenta de que a pesar de los años transcurridos desde que dicha Convención fue firmada y entró en vigencia, no exista una conciencia colectiva de las distintas estructuras institucionales nacionales,

de modo que se orienten en sintonía con ella, como tampoco de las estrategias de las organizaciones y acciones de la sociedad civil, como se desearía.

En el panorama latinoamericano no hay uniformidad en la aplicación del Control de Convencionalidad. Esta es muy dispar y muchas veces omitida, aún en fallos cuyos derechos tienen una significativa protección desde la Convención. En el caso chileno, los criterios de los órganos jurisdiccionales nacionales de las Altas Cortes, en particular la Corte Suprema, cuando se ha resuelto situaciones referidas a DESCAs, alude a lo consagrado en la Constitución Política de la República, como norma de mayor rango que prevalece respecto a los distintos cuerpos normativos. Esto, planteando que las consideraciones de orden económico que tiene a la vista la autoridad política al adoptar una decisión, no debieran invocarse cuando está comprometido, por ejemplo, el derecho a la vida y la integridad física de una persona. Tales criterios resolutivos ignoran, no haciendo referencia a lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a pesar de que precisamente, el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución Política de la República, señala expresamente que “es deber de los Órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”. Sin duda, no se trata de que los Tribunales Superiores de Justicia sustituyan las funciones de los órganos ejecutivos ni hagan presupuestos ni informes socioeconómicos, pero sí que afirmen Derechos Fundamentales que deben cumplirse y satisfacerse como mínimos dignos. De esa forma, el parámetro de las Cortes, en particular de la Corte Suprema, quedará supeditado al lugar propio de la justicia que se ha ido construyendo en la plataforma de los Derechos Humanos.

En este sentido, uno de los desafíos desde el campo del Derecho, es robustecer la tarea del Control de Convencionalidad y por ende, del Derecho Regional en el campo de los Derechos Humanos, influyendo en grupos de la sociedad civil hacia una ciudadanía activa de defensa, que articule estrategias para fortalecer el ejercicio de la soberanía como expresión de un derecho colectivo de autodeterminación del sujeto y de su dimensión de dignidad.

Ciertamente, que un Derecho Regional robusto en defensa y protección de los Derechos Humanos, no es precisamente lo que anhelan quienes

impulsan un modelo socioeconómico neoliberal que entrega los DESCAs a la función del mercado y a las lógicas de políticas extractivistas económicas y sociales abusivas. Por tal razón, Chile, Argentina, Brasil, Colombia y Paraguay⁹, todos con la misma matriz del modelo económico social, en carta remitida recientemente a la Corte Interamericana, solicitan que los “fallos” que ella emita, respeten la autonomía de los países, manifestando su inquietud con el actual funcionamiento del Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos.

Esto expresa la incomodidad de estos países y que aplican este modelo socioeconómico, por quedar bajo una mirada ética colectiva regional que ponga freno a políticas abusivas en temas candentes relativos al medio ambiente, migrantes, género, indígenas, salud, trabajo, educación y tantos otros Derechos Humanos Fundamentales.

Por lo mismo, me parece que en la medida que se consolida, fortalece y expande el Derecho Regional, como un orden jurídico autónomo que instituye una medida de estándares éticos mínimos, de respeto, garantía y protecciones de derecho, mayor es el impacto que éste genera en la región y en cada país, aumentando las condiciones para la presión ciudadana a nivel nacional y regional para que ningún Estado se sitúe por debajo de dicha línea, tornándose así en un Derecho más vinculante, tanto en su fuerza jurídica como en su influencia en los respectivos países de la región, vigorizando además el Sistema Interamericano como orden regional.

Una tarea muy importante, en este robustecimiento de la Corte Interamericana y de la judiciabilidad ante ella, es hacer visible y evidenciar en el ámbito gubernamental y social, los compromisos internacionales en materia de DESCAs, que permitan impulsar otras exigencias para su incorporación, planeación y realización. La judiciabilidad pone en jaque la lógica legalista en los órdenes nacionales, en la medida que el reduccionismo formalista no debe impedir la aplicación de la línea jurisdiccional con que se debe operar en base al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

En razón de estas reflexiones, es interesante preguntarnos ¿cómo, desde la estructura judicial, desde el rol de la jurisdicción, jueces y abogados

⁹ “Chile envía carta a la CIDH para pedir que sus fallos respeten autonomía de los países”. Nota remitida junto a Argentina, Brasil, Colombia y Paraguay. Diario *La Tercera*, miércoles 24 de abril de 2019, p. 6.

podemos incidir en transformar el sistema económico social, instituyendo progresivamente nuevos criterios de protección, garantía, satisfacción y reconocimiento en la aplicación de los DESCAs, donde además de poner freno al propio modelo, se pueda aportar a su transformación?

Nuestro planteamiento es que vivimos un tiempo de desafíos donde nuestra energía principal debe estar orientada a impulsar la construcción de vida digna y donde los Derechos Humanos, como valores universales, deben constituir el horizonte que ponga el límite de aceptabilidad humana, a partir del cual se instale la línea de dignidad para construir los procesos sociales, constituyendo un punto de no retorno. Los Derechos Humanos no pueden ser considerados solamente en un espacio temporal o coyuntural, donde nacen y mueren en un tiempo determinado. La esencia de la estrategia sostenida en una cultura de Derechos Humanos, significa un gran rechazo ético a cualquier diseño de orden social o político que no permita la posibilidad de desarrollo de estos mínimos dignos a los que deben avanzar las sociedades humanas.

Vivimos una situación de vulneración de Derechos y de ofensa, que están en el centro del conflicto de nuestros pueblos y que constituyen el imperativo ético que fundamenta la resistencia a este sistema de dominación. Pero, para resistir hay que despertar. Los informes de Naciones Unidas sobre desarrollo humano, revelan que la capacidad de reclamo de los ciudadanos es baja. Los pueblos no creen. Piensan que no serán escuchados y que al final todo seguirá igual.

La eficacia de la dominación reside en generar dos efectos perversos a nivel de los pueblos. El primero, dirigido hacia su resignación: que se acepte el orden de las cosas como dadas, incambiables y permanentes. Los pobres son pobres; los cesantes, cesantes; la desigualdad es el designio de la realidad y hay que confiar en los gobernantes. Es el efecto de la sumisión. Para manejar el poder se necesitan ciudadanos sumisos y sometidos. El segundo efecto, está dirigido a manipular conciencias, a domesticar, a generar en los otros, en este caso el pueblo mismo, el deseo del dominador. Se trata de que los ciudadanos tengan las aspiraciones que el poder quiere que tengan, que consuman, que sientan que son valorados, no por sus singularidades ni por sus identidades individuales y colectivas, sino porque se con-

ducen como se espera de ellos: obedientes, hiperconsumidores, individualistas, competitivos y desconfiados.

Hoy la pereza ideológica ha sido el mejor instrumento que ha tenido la derecha y el pragmatismo político, propio del paradigma neoliberal, para ejercer dominación en los distintos espacios de la vida política y social.

Así, adquiere sentido la pregunta: ¿Dónde radica el valor del Derecho concebido como resistencia, como recurso estratégico de la transformación?

En este plano, un eje central de la perspectiva de la Teoría Crítica del Derecho en América Latina, es su enfoque de lógica constructivista, en oposición al modelo formalista, que opera desde una lógica impositiva, donde el decisor de la norma no siempre es el vivenciador del efecto de la legalidad impuesta. En un enfoque crítico, el discurso de juridicidad se instituye desde un juicio de realidad, desmitificando además del positivismo injusto, el orden simbólico de sumisión que se genera por una obediencia ciega a una normatividad ilegítima o antiética.

Como ya lo han dicho varios autores, entre ellos Michel Foucault¹⁰, la sociedad contemporánea puede ser denominada sociedad disciplinaria. Su rasgo principal radica en que su objetivo no se orienta hacia el estímulo de las potencialidades ilimitadas del ser humano, sino más bien a generar sistemas de control social, de vigilancia y de mecanismos de disciplinamientos individuales y colectivos.

La verdadera transformación es aquella que se instituye como práctica irreversible, la que tiene capacidad de generar fisuras al sistema, socavando su estructura y consolidando aquello que se realiza. En ese sentido, lo que está en juego son disputas de racionalidades, de matrices estructurales y en el caso del Derecho, de la matriz de razonamiento jurídico.

Es el tiempo para desarrollar nuevas formas de poder social, que combatan los rostros en que se expresa la opresión, la explotación económica y el individualismo indolente. Concordando con Joaquín Herrera Flores, es el tiempo para dar espacio al interculturalismo, a la justicia y a la ciudadanía y a la línea de dignidad como horizonte ético y político de sustentabilidad, desplegando la estrategia de combinar la ética de la resistencia con la ética de la dignidad. Ernesto Sábato ya decía que “resignarse es una co-

10 Foucault, Michel, *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1980.

bardía”. Es el sentimiento que justifica el abandono de aquello por lo cual vale la pena luchar, resignarse es una indignidad. En este sentido, la ética surge como un recurso central de la resistencia para la emancipación. En América Latina la lucha de los pueblos no es solamente una lucha política, sino que también es una lucha ética.

Una sociedad que abrace el horizonte de esta dimensión democrática donde la soberanía real y la ética de la sustentabilidad humana promuevan la dignidad como el valor más alto y la solidaridad rebase el individualismo y se vote el velo de la ceguera moral, permitirá dar los pasos necesarios para avanzar hacia la construcción de un orden social fundado en los Derechos Humanos y donde los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, tengan su merecido reconocimiento y aplicación.

Bibliografía

- Baranda, Benito, “Presentación Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Perspectiva de la Superación de la Pobreza”, Seminario Derechos Humanos y Cultura, diciembre 2000, Arzobispado de Santiago, LOM Ediciones, Santiago, Chile, 2001.
- De Sayas, Alfred Maurice, “Informe del Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo”, Asamblea General de Naciones Unidas, Consejo de DD.HH., 21º periodo de sesiones, Tema 3 de la agenda, Distr. General, 3 de agosto de 2012.
- Foucault, Michel, *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1980.
- Salmón, Elizabeth, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Tomo I, Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, 2010.
- Santos, Boaventura de Sousa, *La Caída del Ángelus Novus*, Colección en Clave del Sur, ILSA, Bogotá, 2003,
- Vega, Humberto, “Economía y Derechos Humanos”, en *Los Derechos Humanos a la Luz del Ordenamiento Internacional. Situación Actual y Perspectivas*, Encuentro Nacional. Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad, Estudios, noviembre 1978.
- Wolkmer, Antonio Carlos (Org.), *Derechos Humanos e filosofía jurídica na America Latina*, Editorial Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, cap. 11, pp. 359-383.

COMERCIO INFORMAL Y DERECHO AL TRABAJO EN ARGENTINA

A la luz de la teoría crítica de los derechos humanos de Joaquín Herrera Flores

Lucía Cid Ferreira¹

1. Introducción

A principios del año 2017, importantes conflictos sucedieron en algunas zonas de frontera de Argentina a causa de nuevas medidas de control y sanción dispuestas por el gobierno nacional a fin de regularizar el tránsito de bienes en los pasos fronterizos. En la región noroeste del país, los medios noticiaron sobre conflictos generados con los llamados “bolseros” y “bagayeros”, es decir, trabajadores informales cuya actividad suministra mercaderías al comercio informal extendido en el país. En este contexto, y frente al fenómeno del comercio informal diseminado en territorio argentino, el trabajo² se propone abordar este fenómeno como una realidad expandida y consolidada que desafía lo reglado en distintos ámbitos del derecho (laboral, comercial, tributario), al mismo tiempo que, en un contexto económico de insuficientes y precarias opciones en el mercado de trabajo formal, se legitima en el derecho que tiene todo ser humano a trabajar y ganarse la vida, como reconocen los tratados de derechos humanos.

El *comercio informal* se puede definir como aquel intercambio económico que se realiza de manera irregular porque no sigue los procesos fiscales y de permisos establecidos en las normas legales para ejercer esa actividad³. El mismo sucede en un contexto general de alto nivel de informalidad labo-

1 Universidad Nacional de Tucumán.

2 Realizado en el marco del proyecto de investigación “Delito y desarrollo económico en la Argentina contemporánea. Parte 2: El delito económico” (PIUNT 26/L-602).

3 Se puede decir que no hay una separación sino un *continuum* entre el comercio formal e informal, pues se observa que aun los comerciantes que se enmarcan en el sector formal practican la informalidad en algunos aspectos de su actividad, por ejemplo, al no emitir factura, evadir impuestos o contratar trabajo en negro.

ral en Argentina, de más de 34% a nivel nacional y más del 40% en la región noroeste del país, en 2017⁴. En escenarios de alta vulnerabilidad social y laboral, la derivación hacia actividades económicas que se desenvuelven en la frontera con la ilegalidad se hace prácticamente inevitable.

A partir de una breve exposición de datos referidos al comercio informal y de los conflictos mencionados, el trabajo se aboca a la discusión teórica sobre la efectividad de los derechos económicos (entre los “Derechos Económicos, Sociales y Culturales” suscriptos por la nación argentina) de cara a la dinámica de la economía capitalista local y global que crea superpoblación relativa en el mercado de trabajo y consecuentemente informalidad y precariedad laboral. En este contexto, se discuten las limitaciones de la concepción tradicional y hegemónica (liberal) de los derechos humanos para garantizar la consecución de esos derechos, considerando la crítica realizada por Joaquín Herrera Flores⁵. La crítica señala la necesidad de *situar la lucha por los derechos en sus contextos concretos* de lucha por el acceso a los bienes necesarios para una vida digna, al contrario de la concepción formalista dominante, que encierra la falacia de que el derecho crea derecho. Tal concepción conlleva la circunscripción de la lucha por los derechos humanos al campo jurídico y de las instituciones legales establecidas, atrapándola en la formalidad. Lo cual permite, como analizó Herrera Flores, un creciente abismo entre los avances formales en materia de derechos humanos y la realidad misma que retrocede, como se constata empíricamente.

2. El comercio informal

El comercio informal en Argentina ocurre bajo distintas modalidades. Funciona, en gran medida, en ferias, que pueden distinguirse entre ferias que comercializan artículos nuevos y ferias de artículos usados (o ambos a la vez). Estas últimas son generalmente llamadas de “ferias americanas” que se caracterizan por comercializar ropa usada, de origen estadounidense princi-

4 La informalidad laboral creció sostenidamente en los años noventa en el país, alcanzando un nivel de 48% en los años 2003 y 2004, de crisis económica y social, para luego declinar hasta alrededor de 32% entre 2013 y 2015.

5 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, Catarata, Madrid, 2005; Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, Atrapasueños, Sevilla, 2008.

palmente. Además, están los *manteros* que comercializan en la vía pública, una modalidad en crecimiento, y otras modalidades menores como los vendedores ambulantes, las ventas de garaje y la venta en negro por internet. Las ferias en general, que se han diseminado en las últimas décadas en Argentina, cobraron un importante ritmo de crecimiento en el contexto del aumento de la desocupación provocada por las políticas neoliberales de los noventa⁶. En general, tanto en lo que atañe al origen de la mercadería como en lo que concierne al proceso de compra-venta dentro del país, la actividad se realiza fuera de los marcos legales e implica la comisión de *delitos económicos* (por caso, el contrabando y la evasión de impuestos). Los delitos económicos tienen la característica de que afectan la organización económica que rige en una sociedad o comunidad⁷; o conforme a César Herrero Herrero, “ponen en grave peligro los esquemas fundamentales de producción, distribución y consumo de los bienes de la comunidad como tal, o de un número apreciable de sus miembros, o que afecte, de igual forma, sus sistemas de financiación y de cambio”⁸.

Esta actividad económica informal encuentra la resistencia de los comerciantes y empresarios inscriptos en el sector formal de la economía, que la consideran una competencia desleal. La Confederación Argentina de la Mediana Empresa (CAME) hizo, en mayo de 2017, un relevamiento en 465 ciudades del país, y se detectaron 662 “saladitas”⁹ y 86.728 puestos irregulares (entre puestos en saladitas y *manteros* en la vía pública) en las ciudades relevadas. En el relevamiento de noviembre de 2017 se detectaron 587

6 Por ejemplo, la grande y popular Feria La Salada ubicada en Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires, se inició a principios de 1991 con un pequeño número de comerciantes de origen boliviano, acelerando su crecimiento con la crisis de 2001/2002, llegando en 2017 a formar un complejo ferial que, se calcula, reúne a más de 21.000 vendedores informales, según estimación de la CAME (Confederación Argentina de Mediana Empresa, “Mapa de la Argentina Ilegal”, 11/06/2017). Allí se comercializan mayormente indumentaria de marcas apócrifas (fabricadas en talleres clandestinos) o provenientes del contrabando.

7 Cf. Hendler, Edmundo, “Una aproximación al tema de los delitos económicos”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, -Perrot Ed., Abeledo 1990, pp. 115-123.

8 *Cit. pos* Barroso González, Jorge Luis, “Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica” en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, nro. 15, enero-junio de 2015, p. 100.

9 “Saladitas” hace alusión a la multiplicación, en todo el país, de ferias similares a la feria “La Salada”, aunque más pequeñas.

saladitas y 91.530 puestos ilegales (entre puestos en saladitas y manteros en la vía pública) en 500 ciudades relevadas¹⁰.

En la primera mitad del año 2017 un importante conflicto se produjo en los pasos fronterizos que unen Bolivia y Argentina, con movilizaciones en Salta, Jujuy, Tucumán y Santiago del Estero, conflicto que se venía gestando a raíz de los mayores controles que ha procurado implementar el poder ejecutivo nacional, desde la asunción del nuevo gobierno en diciembre de 2015, sobre la actividad de los llamados “bagayeros” y “bolseros”, o “trabajadores de frontera” como se autodenominan. El término *bagayero* (o también *pasero*) se usa para denominar a una persona que traslada bultos de mercaderías sobre sus espaldas entre Bolivia y Argentina. Los bagayeros, muchos de ellos menores de edad, ejercen un trabajo insalubre, a pedido de terceros a cambio de una paga, y realizan varios traslados por día de bolsos de 50 kg (o más) para aprovechar la franquicia de importación, o directamente eluden los controles aduaneros aprovechando los numerosos pasos irregulares que existen en la frontera. Los *bolseros* son aquellos que trasladan en vehículos las bolsas de mercaderías destinadas al comercio informal dentro del país. Estas actividades también ocurren en las fronteras de otras regiones del país. El gobierno nacional procuró limitar la actividad de los bagayeros en la frontera (permitiendo el ingreso de sólo dos bagayos por trabajador por día, por ejemplo, lo que no satisface a los bagayeros), a la vez que implementó controles más severos en las rutas incluyendo la incautación de grandes cantidades de mercaderías trasladadas en bolsas en vehículos. Esos controles dieron lugar a diversas protestas de bagayeros y bolseros con movilizaciones y cortes de rutas en dichas provincias del noroeste. Asimismo, en diversas ciudades del país, y notoriamente en la Ciudad de Buenos Aires, policías locales llevan a cabo operativos contra la venta informal, que generan frecuentes conflictos en la vía pública. Sobremanera perseguidos son los manteros inmigrantes, como los senegaleses y los bolivianos, dedicados a la reventa, quienes son víctimas de racismo y abuso policial, golpes y robo de sus mercancías y objetos personales.

10 Según cálculos de la CAME, las saladitas vendieron \$3.892 millones en noviembre y los manteros, cuyos promedios diarios de ventas suelen ser inferiores, vendieron \$ 2.634 millones. Cf. Confederación Argentina de la Mediana Empresa, “Mapa nacional de ilegalidad comercial”, 21/12/2017.

Esta breve exposición nos da una idea de la dimensión del fenómeno del comercio informal en el país. La actividad es generalmente bien acogida por los consumidores de cara a los altos precios de los productos en el mercado formal en relación con el poder adquisitivo promedio. Pero provoca la oposición de comerciantes y empresarios que trabajan en el marco de la formalidad, que la consideran una competencia desleal que los perjudica. La CAME viene impulsando acciones, con el acuerdo del Estado nacional y a través de los gobiernos locales, para que se repriman o se formalicen y se limite el crecimiento del comercio informal¹¹. Una apreciación de la CAME revela las razones económicas de su embestida contra el comercio informal: “La actual crisis económica produjo dos efectos: inicialmente un aumento muy importante en la venta ilegítima, y en el último año, con muchos negocios cerrando sus puertas (se estima que más de 6.000 en todo el país) y un consumo que continúa en baja.”¹² Así, en el marco de la crisis que afecta a diferentes sectores, se genera un mayor conflicto entre sectores formales establecidos y los comerciantes informales, más inestables y vulnerables. Considerando las condiciones de vulnerabilidad del mundo del trabajo en el país, agravada por la crisis, desde la perspectiva de los derechos humanos se pone en el centro de la cuestión un derecho fundamental: el *derecho a trabajar*.

3. El derecho al trabajo

La nación argentina ha adherido Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1966¹³. Por este Pacto, los estados firmantes “reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de

11 Los relevamientos que realiza se presentan en informes intitolados “Mapa de la Argentina Ilegal”, “Mapa Nacional de la Ilegalidad Comercial”, marcando su posición contraria, en los que se leen expresiones y conceptos como: “El comercio ilegal sigue abrumando al país”, “comerciantes ilegítimos”, “no sólo significa un enorme perjuicio para el comercio formal, sino también para las arcas del Estado”.

12 Confederación Argentina de la Mediana Empresa, “Mapa nacional de la Argentina Ilegal”, 11/06/2017.

13 Ratificado por la República Argentina por Ley 23.313. Sancionada: abril 17 de 1986. Promulgada: mayo 06 de 1986.

toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”. En su art. 7, el Pacto establece una serie de condiciones que debe cumplir el trabajo, como una remuneración que proporcione como mínimo a los trabajadores; un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor; condiciones de existencia dignas para los trabajadores y para sus familias; la seguridad y la higiene en el trabajo; igual oportunidad para todos de ser promovidos sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos. Las menciones acerca del salario, de la promoción en el trabajo, de las horas, de las vacaciones pagadas, etc., indican que el sujeto de derecho del Pacto es eminentemente el trabajador *asalariado*¹⁴. Esto conlleva que los trabajadores que no se encuadran en esa categoría caen en una zona de oscuridad y dudoso reconocimiento¹⁵, tal vez con la suposición que se trataba de una realidad transitoria destinada a desaparecer. Pero esta realidad, lejos de desaparecer, se expande, y la mayoría de las personas que se dedican al comercio informal de mercaderías son personas que, no pudiendo acceder a la categoría de asalariado (o accederla dignamente¹⁶) —sea porque los excluyeron del trabajo asalariado formal o éste es mal pago, sea porque los separaron de sus propios medios de vida (por ejemplo, los expulsados del campo o de un país extranjero)—, se vuelcan al cuentapropismo y al trabajo informal en condiciones desventajosas y precarias, para lograr un ingreso que habilite la subsistencia.

En el texto de la Constitución nacional, en los artículos 14 y 14bis están establecidos los derechos referidos al trabajo¹⁷. Por otro lado, el dere-

14 Hay que comprender esta delimitación del trabajador como trabajador *asalariado* en relación con el contexto histórico del Pacto -década de 1960-, cuando prevalecía la creencia en el progreso bajo el capitalismo, en su capacidad de incluir a toda la población activa en la *modernidad*, concretamente, en la *relación de asalariado*.

15 Como todo lo que abarca la *economía informal*, o sea, el tipo de actividad económica que no cumple con las regulaciones marcadas por las leyes, es decir, que no es formalmente constituida y, por ende, no paga impuestos ni servicios.

16 Es decir, que el trabajo, además de formal, tenga una remuneración adecuada y cumpla con las demás condiciones de un trabajo digno.

17 “Artículo 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada;

cho civil y comercial incluye normas sobre derecho a la competencia para prevenir la competencia desleal; así como normas que regulan el ingreso de mercaderías en el país. En el derecho tributario, se establecen las obligaciones impositivas sobre las transacciones comerciales y las actividades económicas en general. El derecho laboral comprende normas que regulan las relaciones laborales¹⁸, contemplando los derechos establecidos en la Constitución.

4. El comercio informal ante las normas legales en el marco del desarrollo desigual

El comercio informal que examinamos incurriría en la transgresión de una serie de normas establecidas en aquellos cuerpos normativos. El no pagar impuestos supone la transgresión del derecho tributario y esto implicaría la competencia desleal. Además, cuando el comercio informal se nutre del contrabando de mercaderías, también está violando el derecho aduanero que restringe el ingreso de mercaderías en el país. Por otro lado, el trabajo informal deja a los sujetos implicados excluidos de los derechos que deben gozar todas las personas que trabajan. Ahora bien, esta actividad debe ser comprendida en el marco histórico concreto en que se produce, en el que destacamos dos condiciones. La primera y fundamental radica en el gran componente de informalidad laboral en el país, en torno al 34% de media nacional y más del 40% en la región noroeste del país (en 2017). Dicha realidad puede comprenderse como manifestación de la *ley del desarrollo desigual y combinado*¹⁹, la que explica la coexistencia de formas atrasadas y avanzadas

descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. [...]”. Constitución Nacional Argentina.

18 La Ley de Contrato de Trabajo (Ley nro. 20.744) regula las relaciones individuales del trabajo en el sector privado, estableciendo un piso básico de derechos. Es complementada por los estatutos profesionales que se aplican en algunas actividades, por los Convenios Colectivos de Trabajo y por las leyes de seguridad social y de accidentes de Trabajo. Los grupos excluidos de la L.C.T. cuentan con una regulación específica.

19 Planteada por León Trotsky para explicar la revolución rusa teniendo como base los análisis sobre el desarrollo de la historia humana de Marx y Engels. “El desarrollo de una

de desarrollo, notoriamente en los países atrasados que incorporan elementos de los avanzados sin hacer desaparecer completamente su atraso. En otro marco teórico ha sido entendida como característica de una *economía dual*²⁰, marcada por la coexistencia de dos sectores económicos en el mismo espacio separados por diferentes niveles de desarrollo.

Luis Beccaria y Fernando Groisman²¹ sostienen que la informalidad es una categoría relevante para el análisis de las estructuras productivas y de los mercados de trabajo de los países en desarrollo. Comentan que la perspectiva original de la Organización Internacional del Trabajo y los avances realizados posteriormente –principalmente en América Latina– ligaron la existencia de unidades productivas informales de esos países a la incapacidad de sus economías para crear puestos de trabajo formales suficientes para ocupar a la fuerza laboral disponible. Otra visión respecto de la informalidad es la que liga a este sector con la evasión de las regulaciones laborales, tributarias y de otro tipo. “Este es un fenómeno que caracteriza a sectores de la estructura productiva y de empleo en los países en desarrollo”, afirman.

La segunda condición sería la extensión de la ilegalidad en las prácticas económicas en general. Se advierte, como señalara Juan Pegoraro²², que la transgresión a las normas que regulan la actividad económica es un fenómeno “normal” del funcionamiento del orden social y económico del país. Sin embargo, a diferencia de la delincuencia de cuello blanco, cuyos autores se caracterizan por poseer status elevado, las ilegalidades implicadas en las

nación históricamente atrasada hace, forzosamente, que se confundan en ella, de una manera característica, las distintas fases del proceso histórico. Aquí el ciclo presenta, enfocado en su totalidad, un carácter confuso, embrollado, mixto”. Trotsky, León, *Historia de la revolución rusa*, Libro.dot.com, p. 4.

20 Concepto fue creado por Julius Herman Boeke, y posteriormente tomado por Arthur Lewis como base de su teoría de oferta de trabajo de migración urbano-rural.

21 Beccaria, Luis y Groisman, Fernando, “Informalidad y pobreza en Argentina” en *Revista Investigación Económica*, vol. 67, no. 266 México oct./dic. 2008, pp. 135-169.

22 Juan Pegoraro analiza la dinámica de los delitos económicos en Argentina, en línea con los estudios sobre el delito de cuello blanco, iniciada por Edwin Sutherland (*White Collar Crime*, New York, Dryden Press, 1939). Cf. Pegoraro, Juan S., *Los lazos sociales del delito económico y el orden social*, Eudeba, Buenos Aires, 2015. Y también: Pegoraro, Juan S., “El lazo social del delito y su relación con los poderes ocultos” en *Revista Delito y Sociedad*, Año 13, n.º. 20, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, pp. 5-27.

actividades que examinamos en este estudio involucran mayormente a personas y familias de escaso capital económico, político y social y se originan generalmente en situaciones de necesidad de subsistencia y grandes restricciones en el marco legal. La informalidad es sobre todo un rasgo o producto de la economía política vigente. Siendo así, no son equivalentes unas y otras ilegalidades (no es lo mismo tener opciones que no tenerlas). Esta distinción no es tenida en consideración en la ofensiva formalista y abstracta por la “legalidad”, que hoy llevan adelante actores gubernamentales. Postular en abstracto el respeto a las normas legales y a los principios de la república es, además de inútil, ignorar la contradicción insalvable entre la realidad de los procesos económicos determinados por la dinámica del mercado capitalista y lo que se pretende en la ley. Asimismo, desde la perspectiva de los derechos humanos, postular en abstracto el derecho humano al trabajo digno, sin notar su contradicción con el marco de las condiciones materiales, estructurales, dadas, es un camino ilusorio. En este contexto, queremos contribuir aquí a la discusión acerca de los límites de la concepción liberal de los derechos humanos para hacer efectivos los derechos, en particular el derecho al trabajo genuino, apuntando a la necesidad de una reconceptualización de los derechos humanos como defiende Herrera Flores.

5. Tendencias y constricciones estructurales frente al derecho al trabajo

Es respecto de la actividad productiva que realiza, y de la posición que ocupa en ese ámbito, que el ser humano se define y es definido en el orden social. Además, la falta de trabajo, en el orden existente, arrastra la imposibilidad de gozar, para sí y sus dependientes, de muchos otros derechos: de una buena alimentación, de una buena salud, de una buena educación; también de una jubilación futura adecuada, entre otros derechos que resultan afectados. Este derecho, reconocido como fundamental en la Constitución, está, sin embargo, carente de garantía de cumplimiento. Ahora bien, *¿qué dice la concreta realidad sobre la posibilidad de su cumplimiento?* O sea, nuestra pregunta es: qué dice la realidad concreta, y no, qué dice el derecho. Porque está visto que lo que dice el derecho, lo que sostiene en cuanto derecho, es constantemente resistido por la realidad. Ésta atenta contra el derecho a trabajar,

así como contra las condiciones en que debería ser ejercido: observamos la tendencia al incremento de la *exclusión social* así como de la *precarización del trabajo*.

Para explicar lo observado como una tendencia en desarrollo, resulta pertinente recordar al análisis del capitalismo realizado Karl Marx²³ y lo que postula como la *ley general de la acumulación* y la *ley de la tendencia declinante de la tasa de ganancia*, ya que estas leyes revelan, tal vez hoy más que nunca, su potencia explicativa frente a la realidad. Leyes que operan en todo el mundo capitalista, pero sus efectos pueden ser atenuados en los países más avanzados cuando logran trasladar en parte el peso de las crisis sobre los demás países. Marx formuló su “*ley general de la acumulación*” tras un extenso análisis. Dicho muy brevemente, la ley enuncia que cuanto mayor sean la riqueza social, el capital, el volumen y la intensidad de su incremento (y también, por tanto, la magnitud absoluta del proletariado y la capacidad productiva de su trabajo), tanto mayores serán la superpoblación relativa y el grado de explotación de la clase obrera. La acumulación de riquezas en un polo lleva a que en el otro polo se acumulen la desocupación y la miseria. Esto es consecuencia de que, según la propia lógica de la acumulación, el capitalista, para competir en el mercado y acumular ganancias, incorpora nuevas técnicas, incrementa la productividad del trabajo y así una masa menor de trabajo vivo acciona una cantidad cada vez mayor de medios de producción (trabajo muerto, objetivado). Como el rendimiento del trabajo y la composición orgánica del capital crecen más rápidamente que la masa de población ocupada en la producción²⁴, la producción capitalista, aunque eleva la demanda de fuerza de trabajo en cifras absolutas la necesita cada vez en menor cantidad en un sentido relativo, con lo que aumenta la desocupación. La “*ley de la tendencia declinante de la tasa de ganancia*” es resultado, también,

23 Marx, Karl, *El Capital*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2004 (Cap. XXIII El proceso de producción del capital).

24 El progreso técnico y la mecanización de la producción provocan liberación de mano de obra. Es la sustitución de trabajo vivo (la fuerza de trabajo del obrero) por trabajo muerto (la máquina, los medios de producción). Este proceso hace elevar la *composición orgánica del capital*, que es la relación entre capital constante y capital variable. Capital constante es el capital invertido que es transferido íntegramente al producto (materias primas, máquinas, herramientas, instalaciones, etc.); capital variable es el capital invertido que crea nuevo valor (el trabajo humano).

del aumento de la composición orgánica del capital. Como la plusvalía sólo surge del capital variable, el aumento en la composición orgánica del capital implica la disminución de la fracción de capital que produce plusvalor y, con ello, una tendencia a la baja de la tasa de ganancia²⁵. Así, con el aumento de la composición orgánica del capital (o la disminución relativa del capital variable) se obtiene una menor rentabilidad en relación al capital invertido. Este resultado no deseado por los capitalistas es producto de que lo que es lógico de acuerdo al interés inmediato de cada capitalista individual (que compelido por la presión de la competencia debe invertir en nueva maquinaria para aumentar la productividad), no lo es desde el punto de vista del capital en su conjunto. Para Marx es una “ley tendencial” porque no opera en forma ininterrumpida o lineal, ya que existen distintas formas mediante las cuales los capitalistas pueden limitar sus efectos; la más importante es la posibilidad de aumentar la tasa de plusvalía, por ejemplo, bajando nominalmente los salarios reales, prolongando la jornada de trabajo, intensificando la carga del trabajo o incrementando como producto de adelantos técnicos la productividad de cada trabajador, disminuyendo por tanto la porción de la jornada laboral dedicada a reproducir el salario de los trabajadores. Pero hay otras maneras. Algo notorio en las últimas décadas es la deslocalización del capital hacia países donde la clase trabajadora se halla más vulnerable y son muy débiles los controles medioambientales. También cabe considerar, como analiza Joseph E. Stiglitz (EL TRIBUNO, 18/04/2019), que el creciente aumento de la desigualdad conlleva una creciente concentración de *poder de mercado* (que —nótese— aumentaría la posibilidad de implementar las medidas arriba aludidas), el que permite a las empresas dominantes explotar a sus clientes y exprimir a sus empleados, cuyo poder de negociación y protecciones legales se están debilitando. Este poder de mercado, afirma Stiglitz, desincentiva la inversión productiva²⁶.

25 Tasa de ganancia = plusvalía / (capital constante + capital variable)

26 “Los altos ejecutivos obtienen remuneraciones cada vez mayores a expensas de los trabajadores y de la inversión”, dice Stiglitz. Nota: “Trump y la orgía prebendaria”, por Joseph E. Stiglitz. Recuperado de <https://www.tribuno.com/salta/nota/2019-4-18-0-0-0-trump-y-la-orgia-prebendaria>

6. Tendencias que se cumplen frente a derechos que fracasan

En términos generales, y a pesar de los posibles cambios coyunturales provocados por políticas económicas que procuran contrarrestarlas, las tendencias anunciadas en esas leyes se cumplen: en Argentina, la fracción de la población en condiciones de pobreza y miseria ha crecido significativamente respecto de los niveles de los años setenta o previos a la dictadura cívico-militar de 1976-1983 y se resiste a bajar (pobreza estructural). Por otro lado, las condiciones de precariedad del trabajo se vuelven cada vez más comunes, tanto que empiezan a ser naturalizadas. Todo ello muy a pesar de las normas jurídicas y de las declaraciones de derechos humanos que suponen lo contrario. En general, este proceso se da en todo el globo y se observa el acelerado aumento la desigualdad, como indica OXFAM²⁷. Esta divergencia entre lo establecido en el derecho y lo que sucede en la realidad, impugna desde ya un cierto sentido de omnipotencia del derecho, no raro en sus operadores, basada en la creencia de que el derecho es capaz de moldear la realidad. Tal creencia, cuando contrastada empíricamente, se revela una ficción. En el ámbito del derecho, los Derechos Humanos, de manera especial, aparecen como aquellos que son capaces de desafiar la inercia de la realidad, empujarla a un lugar más deseable para los seres humanos que se encuentren en situación de padecimiento de la realidad actual. Sin embargo, como veremos, la concepción hegemónica de los derechos humanos opera, contradictoriamente, para que tales cambios permanezcan a nivel de enunciados, para que proyecten una ilusión de cambio (por medio de avances formales) y finalmente no se realicen en la práctica. La contradicción entre los derechos humanos y la realidad, que van a distintas direcciones, se deriva, como explica Herrera Flores, de la noción universalista e individualista de los derechos humanos sostenida por la concepción liberal. Una concepción abstracta y formalista del derecho que confunde lo que dice el derecho con lo que es la realidad. Como hace notar este autor, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) se desprende que los derechos son algo que ya tenemos por el solo hecho de ser humanos, absolutamente al margen de cualquier condición o característica social. Así, para la re-

27 Oxfam Internacional, “Una economía para el 99%”, enero de 2017.

flexión teórica dominante –razona Herrera Flores– los derechos “son” los derechos: es decir, los derechos humanos se satisfacen teniendo derechos.

La idea que inunda todo el discurso tradicional reside en la siguiente fórmula: el contenido básico de los derechos es el “derecho a tener derechos”. ¡Cuántos derechos! ¿Y los bienes que dichos derechos deben garantizar? ¿Y las condiciones materiales para exigirlos o ponerlos en práctica? ¿Y las luchas sociales que hay que llevar a la práctica para poder garantizar un acceso más justo a una vida digna?²⁸.

Herrera Flores advierte que el derecho, en su prioridad sobre el bien, “de ser un instrumento para instaurar procedimientos justos de acceso a los bienes, se convierte en un fin en sí mismo”²⁹. Pues si no hay más realidad que los derechos, los problemas sociales no se solucionarán atentando contra la concepción hegemónica de la división del hacer humano, sino con más derechos o con el perfeccionamiento de los derechos existentes: “De nuevo los derechos se constituyen, a sí mismos (por supuesto con la ayuda de agudos juristas), como la propia finalidad de los derechos”³⁰. De esta manera el enfoque tradicional allana el camino para la postergación y violación habitual de los derechos humanos. Se crean derechos y se los defiende (formalmente) con más derechos, dejando relegado el mundo real. Las transformaciones ocurridas en las últimas décadas –que determinaron un nuevo contexto distinto a aquel vigente al momento de la proclamación del PIDESC bajo la guerra fría–, signadas por la gran expansión del “libre mercado”, exigen una reconceptualización de los derechos humanos, es decir, plantean, como defiende Herrera Flores, la exigencia de “una teoría” que parta de una atención especial a los contextos concretos en que vivimos y “una práctica” acorde con el presente que estamos atravesando³¹. Herrera

28 Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, op. cit., p. 22.

29 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, op. cit., p. 96.

30 *Ibidem*.

31 Esta exigencia se hace aún más patente de cara a las resignificaciones que hace el “libre mercado”. Como dice Herrera Flores en *La reinención de los derechos humanos*, “hemos entrado en un contexto en el que la extensión y la generalización del mercado “que se proclama falazmente como “libre”” ha provocado que los derechos humanos comiencen a considerarse como “costes sociales” de las empresas que hay que ir suprimiendo en nombre

Flores considera que la lucha por el Derecho y por los Derechos Humanos en el mundo pasa necesariamente por su redefinición teórica. Su propuesta girará alrededor de esta “premisa teórica: hablar de derechos humanos es hacerlo de la ‘apertura de procesos de lucha por la dignidad humana’”³². Ello exige no caer en la “trampa de los derechos”; si al hablar de derechos humanos subrayamos el concepto de “derechos” corremos el riesgo de “olvidarnos” de los conflictos y luchas que han conducido a que exista un determinado sistema de garantías de los resultados de las luchas sociales y no otro diferente. En esa dirección, Herrera Flores realiza varias precisiones teóricas, como: “Los derechos humanos, más que derechos ‘propriadamente dichos’ son procesos; es decir, el resultado siempre provisional, de las luchas que los seres humanos ponen en práctica para poder acceder a los bienes necesarios para la vida”³³. Siendo así, “no comenzamos por ‘los derechos’, sino por los ‘bienes’ exigibles para vivir con dignidad”³⁴. “Estamos ante bienes que satisfacen necesidades y no de un modo ‘a priori’ ante derechos. Los derechos vendrán después de las luchas por el acceso a los bienes”³⁵.

Resumiendo, los derechos humanos sirven como sistema de garantías de las luchas sociales y de allí su importancia. Pero son las luchas las que conquistan derechos, no los derechos mismos. En un orden social caracterizado por los procesos de división social, sexual, étnica y territorial del hacer humano, no hay igualdad en el acceso a los bienes. Su acceso depende de la posición que ocupemos en estos marcos de división del hacer humano. Para algunos están facilitados, para otros, obstaculizados. Para aquellos a quienes se obstaculiza el acceso a dichos bienes necesarios para vivir una vida digna, son las luchas las que permiten conquistarlos, no los derechos mismos.

de la competitividad” (Herrera Flores, Joaquín, *La reinvencción de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 19).

32 *Ídem*, p. 15.

33 *Ídem*, p. 22.

34 *Ídem*, p. 23

35 *Ibidem*.

7. La realidad y el derecho a la lucha por el derecho al trabajo. Comentarios finales

De acuerdo con datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) publicados en 2018 (esto es, bajo el gobierno que asumió en diciembre de 2015) se observa un crecimiento del cuentapropismo y del trabajo en negro en el país³⁶, recrudesciendo la tendencia general de consolidación de la informalidad en altos niveles que caracterizó las últimas cinco décadas. En este contexto de afianzamiento de la economía informal, enfrentarse a la realidad del comercio informal de mercaderías “con la ley en la mano”, no sólo es inútil como denota parcialidad frente a un conflicto abierto entre varios actores. Pues si bien es cierto que el comercio informal de mercaderías ingresadas al país irregularmente (mayormente indumentaria) puede afectar en alguna medida a la industria local o al comercio formal, también es cierto que las medidas macroeconómicas adoptadas de ajuste (con la caída del consumo en consecuencia) y de apertura de las importaciones provocaron un impacto negativo mucho más contundente sobre el comercio y la industria nacional. La primera medida que repercutió en la industria fue la derogación de la Declaración Jurada Anticipada de Importación (DJAI), medida utilizada por el gobierno anterior³⁷ con el fin de proteger la industria nacional. Por caso, el ramo textil es el que más se ha resentido en el 2017, con esa medida adoptada por el gobierno nacional³⁸. En abril de 2018, “Sigue cayendo la industria textil” consigna una nota periodística basada en datos

36 En la comparación interanual, los datos del último trimestre de 2017 muestran que el empleo no registrado creció, en términos porcentuales, más del doble que el formal. La cantidad de trabajadores asalariados registrados aumentó 0,9%. En el sector informal o no registrado, el crecimiento fue de 2,2%. El número de trabajadores que trabajan por cuenta propia avanzó 4,1% interanual que reflejó el aumento del segmento monotributista.

37 Gobierno de Cristina Fernández de Kirchner, concluido el 9 de diciembre de 2015. La DJAI fue creada por la RG AFIP 3252 publicada en el Boletín Oficial del 10 de enero del 2012. El 22 de diciembre de 2015 se ha dejado sin efecto dicha Resolución.

38 El INDEC informa que la industria textil presenta caídas de 8,8% en el mes de marzo de 2018 y de 7,0% en el acumulado del primer trimestre de 2018, en comparación con los mismos períodos del año 2017. Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, “Estimador Mensual Industrial”, INDEC, marzo de 2018, p. 8.

del INDEC³⁹. Asimismo, según informe de la Cámara Industrial Argentina de la Indumentaria, los datos del mes de diciembre de 2018 cerraron ese año con el nivel de exportaciones más bajo, desde, al menos, los últimos 17 años. A pesar del nuevo tipo de cambio, la caída de las ventas al exterior se ubicó en torno al -35% en dólares y -23% en kilogramos en relación al año 2017⁴⁰.

El cierre de numerosos comercios y crisis de pequeñas y medianas empresas fueron propiciadas por las medidas recesivas, de ajuste, impuestas desde el gobierno nacional⁴¹ además de las medidas que favorecen la importación. Inciden los tarifazos y devaluaciones, la inflación que persiste y la fuerte caída del consumo interno, el atraso salarial y el favorecimiento de sectores concentrados de la economía en detrimento de la industria que genera empleo. Así, en lo inmediato, los obstáculos a la industria nacional y al comercio interno provienen de la política económica adoptada, además de las condiciones económicas generales, y asimismo mundiales, de crisis económica cuyas implicaciones repercuten con fuerza sobre las economías más vulnerables. Cabe señalar que la industria textil ha crecido sostenidamente en el periodo posconvertibilidad entre 2003 y 2005 a un promedio de 20% anual, y a un promedio de 3,8% anual entre 2005 y 2008 (en dichos períodos el contexto mundial era favorable), seguida de un amesatamiento hasta

39 Notando que las importaciones del sector textil e indumentaria crecieron mientras las exportaciones decrecieron: “El saldo comercial del sector textil e indumentaria arrojó un resultado negativo en el primer bimestre de 2018, con un déficit de u\$s 215 millones”. Nota: “Sigue cayendo la industria textil”, *Fortunaweb*, 17/04/2018. Recuperado de: <http://fortunaweb.com.ar/2018-04-17-194799-sigue-cayendo-la-industria-textil/>

40 Considera el informe que: “dado el achicamiento del mercado interno -que registra un menor volumen de ventas en todos sus segmentos (comercios minoristas, centros de compra y supermercados)-, el complicado panorama productivo -vinculado a las dificultades de acceso al financiamiento, las altas tasas de interés, el incremento de costos de producción, las intermitencias en la cadena de pagos- y con un aumento de la participación de los productos importados, las exportaciones no han logrado dinamizar la producción de cara a impactar positivamente sobre la industria de la confección local”. Cámara Industrial Argentina de la Indumentaria, “Informe exportaciones prendas de vestir: enero-diciembre 2018”, CIAI, 6/02/2019.

41 Nos referimos al gobierno de Mauricio Macri, desde diciembre de 2015 a la fecha de este artículo (2019).

el 2014, de acuerdo al análisis de la revista *Informe Industrial*⁴². Los niveles de producción en 2015 fueron un 90% superiores respecto a 2002. Dicho informe también advierte que la tasa de informalidad o precariedad laboral en la industria de indumentaria era cercana al 70% en 2015.

Cabe notar que en todo ese periodo de crecimiento también se desarrolló el comercio informal de indumentaria sin que haya sido visualizado como grave amenaza para el sector formal del comercio y de la industria. Pero cuando la realidad se torna francamente desfavorable y arrecia la competencia, es vicio de la razón dominante estigmatizar la parte más vulnerable o aquello que es fácilmente definido como una desviación –como el comercio informal– dentro de la estructura económica vigente. De manera análoga a como se traslada la culpa de la inseguridad a los delincuentes comunes. Sin embargo, la mayoría⁴³ de las personas que se dedican al comercio informal llevan a cabo una lucha para poder acceder a los bienes necesarios para la vida en un marco de opciones laborales muy limitadas. Así, la lucha por unos derechos fundamentales como el derecho al trabajo y ganarse la vida, entra en colisión con intereses de diferentes sectores que pugnan por preservar sus beneficios en el marco de un sistema económico que es incapaz de generar condiciones de vida digna para todos. Queda evidenciado que el derecho al trabajo no tiene realidad si no es mediante la lucha por ese derecho. En definitiva, el derecho a trabajar y a hacerlo dignamente sólo puede ser concebido con propiedad junto con el *derecho a la lucha* por ese derecho. Los derechos más que derechos ‘propriadamente dichos’ son procesos, dice Herrera Flores.

Frente al progresivo menoscabo de las condiciones laborales y de vida para la mayoría de la población, el discurso de los derechos humanos se revela impotente, formal, abstracto o meramente retórico. Por lo expuesto y siguiendo a Herrera Flores, es menester superar la concepción liberal de los derechos humanos, hegemónica, por una concepción que ubique el escena-

42 Nota: “Un plan para la reconversión del sector de la confección de indumentaria”, *Informe Industrial*. http://www.informeindustrial.com.ar/verNota.aspx?nota=Un%20plan%20para%20la%20reconversi%C3%B3n%20del%20sector%20de%20la%20confecci%C3%B3n%20de%20indumentaria___1009

43 Nos referimos a las personas que realizan esta actividad como medio de subsistencia, ya que presuntamente existen individuos que han montado una estructura empresarial que explotan a otros en esta actividad irregular.

rio principal en la lucha práctica por los bienes y condiciones que brindan dignidad a los seres humanos, en donde el derecho debe aparecer como instrumento para la afirmación del resultado de aquellas luchas, así como del derecho a luchar por los derechos.

Bibliografía

- Barroso González, Jorge Luis, “Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica”, en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, vol. IX, núm. 35, Puebla-México, enero-junio de 2015, pp. 95-122. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/html/2932/293242147006/index.html>
- Beccaria, Luis y Groisman, Fernando, “Informalidad y pobreza en Argentina”. *Revista Investigación Económica*, vol.67, no.266, México, oct./dic. 2008, pp. 135-169. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16672008000400005
- Cámara Industrial Argentina de la Indumentaria, “Informe exportaciones prendas de vestir: enero-diciembre 2018”, CIAI, 6/02/2019. Recuperado de <http://www.caiindumentaria.com.ar/camara/informe-exportaciones-de-prendas-de-vestir-enero-diciembre-2018/>
- Confederación Argentina de la Mediana Empresa, “Mapa nacional de la Argentina Ilegal”, CAME, 11/06/2017. Recuperado de: http://redcame.org.ar/contenidos/circular/Mapa-de-la-Argentina-Ilegal_-hay-662-saladitas-y-86_728-vendedores-informales.8505.html
- Confederación Argentina de la Mediana Empresa, “Mapa nacional de ilegalidad comercial”, CAME, 21/12/2017. Recuperado de http://redcame.org.ar/contenidos/comunicado/Mapa-Nacional-de-Ilegalidad-Comercial_-hay-587-saladitas-en-el-pais_br_-y-91_530-vendedores-ilegales.1471.html
- Constitución Nacional Argentina- Ley Nro. 24.430. Recuperado de <https://www.casarsoda.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>
- Hendler, Edmundo, “Una aproximación al tema de los delitos económicos”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Abeledo-Perrot Buenos Aires, 1990, pp. 115-123.
- Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, Catarata, Madrid, 2005.

- Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, Atrapasueños, Sevilla, 2008.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos, “Estimador mensual industrial”, Informe Técnico vol. 2, no. 80, INDEC, marzo de 2018. https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/emi_04_18.pdf
- Instituto Nacional de Estadística y Censos, “Mercado de Trabajo. Tasas e indicadores socioeconómicos (EPH)”. Informe Técnico vol. 3, no. 1, INDEC, Cuarto Trimestre de 2018. Recuperado de https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/mercado_trabajo_eph_4trim18.pdf
- Ley de Contrato de Trabajo- Ley Nro. 20.744 –. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>
- Marx, Karl, *El Capital*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2004.
- Organización de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_07_derechos_economicos_sociales_culturales.pdf
- Oxfam Internacional, “Una economía para el 99%”, enero de 2017. Recuperado de https://d1tn3vj7xz9fdh.cloudfront.net/s3fs-public/file_attachments/bp-economy-for-99-percent-160117-es.pdf
- Pegoraro, Juan S., “El lazo social del delito y su relación con los poderes ocultos”. *Revista Delito y Sociedad*, Año 13, n°. 20. Buenos Aires / Santa Fe, 2004, pp. 5-27.
- Pegoraro, Juan S., *Los lazos sociales del delito económico y el orden social*, Eudeba, Buenos Aires, 2015.
- Trotsky, León, *Historia de la revolución rusa*, Libro.dot.com. Recuperado de: <http://www.enxarxa.com/biblioteca/TROTSKI%20Historia%20de%20la%20revolucion%20rusa%201.pdf>

LOS MALESTARES DEL DERECHO HUMANO A LA SALUD

Un estudio desde el derecho crítico y la antropología médica

Roxana Nayeli Guerrero Sotelo¹

1. ¿Qué es salud?

Para la OMS la salud es “un estado de perfecto (completo) bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad”² y se ejercita a través de derechos (acceso a sistemas de salud) y libertades (libre elección sobre la salud y el cuerpo). Este concepto es esclarecedor, pero al reflexionar sobre la salud y pensarla no como una patología de las ciencias de la salud sino como un proceso histórico y cultural de los seres humanos, es que podemos advertir que dicho concepto resulta insuficiente para comprender en totalidad la idea salud. Como afirma Herrera Flores respecto a derechos humanos, en general, es una abstracción universalista que ha omitido el sistema de relaciones simbólicas que sirvió como su condición de posibilidad; es decir, el proceso histórico-cultural.³

Este olvido o descuido de la historia también es denunciado por Eduardo Menéndez, pero desde el ámbito de la antropología médica, pues establece que el significado de la salud, la enfermedad y su atención son productos de procesos sociales-históricos en los que se produce y reproduce la identidad de la colectividad y de la subjetividad; en este sentido, los padecimientos son simbolizaciones y representaciones colectivas que funcionan como ejes de construcción de acciones, técnicas e ideologías. Por lo

1 Universidad de la Sierra Sur, UNSIS, Oaxaca, México.

2 Organización Mundial de la Salud, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, 2006.

3 Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, Catarata, Madrid, 2005, pp. 185 y ss.

anterior determina que existen diversas formas de racionalidad sociocultural que crean los sentidos y las significaciones.⁴

En este sentido, tanto la significación de un derecho como el de salud obedecen al proceso histórico como un elemento natural vital. Dicho proceso fue caracterizado por la Escuela de Budapest de una forma dialéctica y permanente, desarrollada a partir de afirmaciones, negaciones y de la superación de las negaciones a través de su conciliación; la continuidad en su movimiento surge de la negación respecto de la nueva afirmación producto de la última conciliación; lo que lleva necesariamente a afirmar la imposibilidad de mostrar un sujeto-objeto idéntico en la historia.⁵ Sólo yendo más allá de la historia y negando su vitalidad es que puede mostrarse una identidad perenne.

Para evitar esa petrificación o permanencia es necesaria la conciencia del proceso histórico-dialéctico pues llevará a la formulación de la negación de las afirmaciones, la conciencia histórica se expresará mediante la lucha y la resistencia.⁶ Esta forma de acción social es necesaria cuando en la sociedad se encuentra estratificada en clases sociales derivado de la forma de producción capitalista; en materia de salud las luchas históricas que han dado como resultado la afirmación de un derecho individual o colectivo se vinculan necesariamente con las condiciones de pobreza y explotación de las clases más desprotegidas, como a continuación veremos.

2. ¿Qué significa que la salud sea un derecho?

La salud y el derecho tienen una relación históricamente grande y también compleja, en este sentido y para el presente escrito nos concentraremos en tres acontecimientos históricos que posibilitaron la existencia del derecho a la salud. Las finalidades de esta reflexión es presentar una genealogía sucinta que muestre en primer lugar que el derecho y las políticas públicas tienen por condición de posibilidad un sisma, crisis o lucha social que las genera; en segundo lugar, evidenciar que existe una segunda constante por cuanto

4 Menéndez, Eduardo, "La enfermedad y la curación. ¿Qué es medicina tradicional?" en *Revista Alteridades*, Distrito Federal, México, 1994 vol. 4, no.7, pp. 71-83.

5 Lukács, György, *Historia y conciencia de clase*, Editorial de ciencias sociales, La Habana, 1970, p. 172.

6 *Ídem*, p. 36.

hace a los actores llámese clases, grupos o sectores sociales; y tercero, que los actores, las instituciones, las acciones y los sentidos que materializan la salud han variado de acuerdo al momento histórico considerado.

El primer hecho es la Revolución Francesa, si bien el derecho a la salud no aparece contenido en los artículos de las dos Declaraciones (de la Mujer de 1791 y del Hombre de 1793) si aparece como contenido de las acciones llevadas a cabo por un gobierno, es decir, con ello se inaugura la tradición política que identifica la salud pública y social como función soberana. La Asamblea Constituyente a través del Comité sobre la Mendicidad informó en 1791 que 20% de la población vivía en condición de indigencia “carencia de los medios de vida” por lo que concluyen requerir una nueva organización de la asistencia pública y social, que incluía atención médica a todo hombre que no fuese holgazán.⁷ En este caso el derecho a la salud se originó por el incremento de indigencia, y a su vez, ésta última, de acuerdo a los estudios, tiene dos causas: las enfermedades y las condiciones de vida causadas por el trabajo así como las originadas por las calamidades naturales.⁸ En este caso el derecho a la salud deriva de diversos factores entre los que destacan: los efectos de la producción capitalista y la instauración de las fábricas; el abuso de poder de la monarquía; la lucha por el poder de la monarquía, la aristocracia y la burguesía; la pobreza de la población; y el proceso de secularización de las funciones públicas, como es el caso de la asistencia que venía siendo brindada por las órdenes religiosas.

El segundo hecho es la Revolución Mexicana, en la medida en que el derecho a la salud además de vincularse directamente con el Estado se relacionó con los patrones a través del derecho colectivo del trabajo. La seguridad social implicó una serie de acciones que el Estado tomó a efecto de garantizar a los trabajadores y a sus familias un ingreso digno y una adecuada protección de la salud para lo cual, hasta hoy en día, contribuyen el Estado, los patrones y los obreros; dichas prestaciones se extienden a la vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes de trabajo, maternidad y muerte.

7 Cf. Doval C, Hernán, “El nacimiento del concepto de salud como un derecho” en *Revista Argentina de Cardiología*, Buenos Aires, Argentina, volumen 72, no. 4, 2014, pp. 324-327.

8 Ramos Vázquez, Isabel, “Derecho internacional obrero. Origen y concepto” en *Revista IUSLabor*, no. 3, 2017, pp. 335-372.

La condición de posibilidad del surgimiento del derecho de seguridad social se relacionó con una toma de conciencia histórica y una reflexión sobre la identidad nacional, que se concreta con dos de las etapas del constitucionalismo latinoamericano: la transición del proyecto civilizador hacia el proyecto asuntivo.⁹ El proyecto civilizador se centró, una vez concretada la emancipación respecto de Europa, en buscar un consenso social que legitimara un proyecto nacional así como crear un desarrollo económico y progreso social, lo que se hizo a través de la educación que imitó el modelo europeo tanto en el contenido como en las formas. Posteriormente en el siglo XX, los países latinoamericanos formaron un discurso identitario definido por el rechazo a la dependencia intelectual respecto del viejo continente y de EUA,¹⁰ caracterizado por una lucha y resistencia contra los abusos del poder en cada una de las latitudes.

El tercer hecho es la Segunda Guerra Mundial, en razón de que la salud fue identificada como un derecho humano y con la dignidad humana, adquiriendo un nuevo matiz que terminó en afirmar el concepto de salud pública global. La posibilidad de pensar en la necesidad de reglamentar “lo humano” fueron las prácticas y los discurso que la negaron, el nazismo fue un sistema político y jurídico que no sólo privó al ser humano de su esencia (Judensäue und Judenschwein) al ser exterminados y utilizados para experimentación médica y genética; en este sentido la salud del ser humano se construyó a partir de dos discursos:

- a) El primero relacionado con lo que hoy conocemos con la denominación de Bioética de la investigación, cuyo origen se remonta al Código de Nuremberg de 1947 por el que se reguló la investigación y la experimentación en seres humanos.¹¹

9 Cfr. Guerrero Sotelo, Roxana Nayeli, *¿Nuevo constitucionalismo latinoamericano? Tendencias constituyentes y parlamentarias*, Red de Investigadores Parlamentarios, Congreso de la Unión Mexicano, 2017.

10 Cf. Zea, Leopoldo, *Filosofía de la Historia Americana*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978.

11 Entre los principales derechos reconocidos se encuentran: el consentimiento libre y voluntario, la necesidad de la experimentación, la experimentación previa en animales, así como el conocimiento de la enfermedad, evitar el sufrimiento y el daño innecesario físico o mental, entre otros.

- b) El segundo relacionado propiamente con la atención a la salud como un derecho humano pactado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.¹²

Derivado de ambos es que resulta inevitable para la coherencia del discurso establecer un concepto que no sólo los ligara, sino que también afirmará el poder de los países vencedores de la guerra, pues no hay que olvidar que junto con la dignidad humana también se conceptualizan los crímenes contra la humanidad, y con ello, los sumos poderes del Consejo de Seguridad resumidos en la decisión de las intervenciones humanitarias. Junto a lo anterior, en el ámbito de la salud se creó el concepto de *salud pública global* que comprende de acuerdo a Koplan (2009):

un área de estudio, investigación y práctica que otorga prioridad a mejorar la salud y lograr la equidad en la salud para todas las personas en todo el mundo. Enfatiza los problemas, determinantes y soluciones transnacionales de salud; involucra muchas disciplinas dentro y más allá de las ciencias de la salud; y es una síntesis de la prevención basada en la población con atención clínica a nivel individual. Si bien la salud global otorga mayor prioridad a la prevención, también abarca aspectos curativos, de rehabilitación y otros aspectos de la medicina clínica y el estudio de las ciencias básicas.¹³

Los derechos humanos y el bien jurídico de la salud a tutelar precisaron de la creación de sujetos como son la OMS, la OPS, el ECOSOC, la UNICEF, la CEPAL y el BM así como sus normas, funciones y agendas que en la actualidad se contienen a nivel internacional en Agenda 2030 para

12 En el artículo 25 del instrumento internacional se define lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

13 Koplan, J.P. *et al.*, "Towards a common definition of global health" en *Revista The Lancet*, Inglaterra, volumen 373, 2009, pp. 1993-1995.

el Desarrollo Sostenible y los Objetivos de Desarrollo del Milenio,¹⁴ y para nivel regional la Agenda de Salud Sostenible para las Américas 2018-2030.¹⁵ Esta nueva concepción de salud tiene los siguientes criterios: a) el alcance geográfico en cuanto supera las fronteras nacionales, b) el nivel de cooperación para la implementación de soluciones y de prevención, c) el nivel de acción tanto la atención a la salud como la prevención de enfermedades, d) la equidad en salud tanto para naciones como para individuos, y e) el desarrollo inter y transdisciplinar de las ciencias de la salud.¹⁶

No obstante, de que México ha aceptado la cooperación internacional en salud de la lectura de sus planes de desarrollo y del análisis de la asignación presupuestaria se desprende que un problema nacional es la cobertura inadecuada de los programas de salud.¹⁷ En este sentido, y retomando la pregunta ¿Qué significa que la salud sea un derecho? Podemos responder que el sentido depende de la latitud en que las personas enferman; es decir, como afirma la propuesta del derecho crítico de Herrera Flores: los derechos son contexto y lucha.

3. Los malestares del derecho humano a la salud

En los siguientes párrafos analizaremos la actualidad del derecho humano a la salud; para ello, lo reflexionaremos a partir de los cuatro malestares de la cultura enunciados por el Dr. Herrera Flores, a saber: de dualidad, de emancipación, de desarrollo y de humanismo abstracto.

3.1. El malestar de la dualidad

El malestar de la dualidad conlleva una tendencia estatal que implica una ambigüedad entre la reivindicación de un campo autónomo libre de interferencias, y por otro, la exigencia de interferencias con el objetivo de obsta-

14 Cf. ONU-CEPAL, *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Santiago, 2018, p. 19 y 20. Recuperado en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/10/S1700334_es.pdf

15 Cf. OPS-OMS, *Agenda de Salud Sostenible para las Américas 2018-2030: un llamado a la acción para la salud y el bienestar en la región de las Américas*, CSP29/6, Washington, 2017.

16 Koplán, J.P. *et al.*, *op. cit.*, p. 1995.

17 Cf. Plan Estatal de Desarrollo del Estado de Oaxaca 2016-2022, pp. 47-52.

culizar las acciones y consecuencias del mercado capitalista.¹⁸ Este malestar de la dualidad se actualiza en México por las siguientes condiciones: por una parte existen políticas liberales acordes a la forma de producción capitalista que promueven la no interferencia del Estado, pero al mismo tiempo coexisten políticas de tipo social; ello se suma a una política internacional de libre mercado y a regiones con aranceles libres o preferentes.

¿Cómo este escenario afecta al derecho humano a la salud? En formas desiguales de acceso a los bienes y servicios que garantizan dicho derecho; ejemplos de lo anterior son: a) la coexistencia de la seguridad social, la asistencia social y la atención privada al interior del territorio, a lo que se suma el resto de personas que no accede a ninguno de ellos y que fue calculado en el 2015 con 2.6 millones de personas que representa 17.3% de la población total;¹⁹ b) íntimamente ligada a la salud se encuentra el medio ambiente y la sustentabilidad por su interdependencia directa y reciproca, en este sentido, no sólo en México sino en toda Latinoamérica el extractivismo esta ocasionado diversas enfermedades; y c) la atención a la salud de los migrantes en donde el fundamento de los derechos humanos adquiere dos interpretaciones contradictorias.

El problema que subyace en lo esencial de acuerdo a Herrera Flores es centrarse en la positivización de la norma excluyendo su fundamentación moral (o su posible debate), dicha postura reproduce tanto la lógica del capital como el liberalismo pues quita a las normas su dimensión fáctica quedando sólo una universalización abstracta del deber-ser omitiendo las formas de garantizar y justiciar. El derecho humano de la salud en México para ciertos grupos por su condición geográfica, como son los indígenas, carece de garantías y de formas eficaces que permitan su justiciabilidad, las principales razones son la centralización de la función pública en las zonas urbanas (salud y justicia) y la falta de una adecuada política pública pluricultural que comprenda su lengua, usos, tradiciones, cosmovisiones y sistemas normativos internos, en ciertos casos no existe aceptación o tolerancia solamente invisibilización.

18 Herrera Flores, *op. cit.*, p. 188.

19 Fuentes, Mario Luis, "México social: morir sin la atención de los médicos" en el periódico *Excelsior*, México, 21 de noviembre de 2015.

3.2. El malestar de la emancipación

El malestar de la emancipación se centra en las tensiones entre el principio de identidad y diferencia, Herrera Flores, afirma que se han tratado de resolver a través de procesos homogenizadores que sólo contemplan la parte lógico-formal de la norma (igualdad jurídica) y que promueven una simple tolerancia de la diversidad manifestada en el reconocimiento jurídico. Dichos procesos de resolución se instauran al momento en que el espacio es dividido en público y privado a raíz del contrato social, pues lo diverso, la diferencia o la minoría fueron trasladados al espacio privado.

Este malestar de la emancipación en el derecho humano a la salud en México se manifiesta de diversas formas, pero destaca la relacionada con los procesos de salud-enfermedad-atención que no pertenecen al modelo Biomédico hegemónico como son la medicina indígena, la medicina tradicional, la medicina popular o el autocuidado y que siguen operando hoy en día como son: j' menn (mayas), mará akame (huicholes), hílol (tzeltzales y tzo-tziles) y xunaxhi (zapotecos). El análisis de las políticas públicas con respecto a los pueblos originarios en México demuestra las siguientes tendencias: a) las acciones implementadas hasta 1988 corresponden a un integracionismo intercultural fundado en la aculturación planificada; b) las acciones de 1989-2001 corresponden a un indigenismo participativo promovido por la aceptación de la estrategia de atención primaria promovida por la OMS, la implantación de los sistemas locales de salud propuestos por la OPS, y el reconocimiento de la actividad de los médicos indígenas; y c) las acciones del 2000 a la fecha continúan un indigenismo integrativo que se desarrolla con poco o nulo contacto con los pueblos originarios.²⁰

Estas prácticas se han repetido en diversos ámbitos de la vida cotidiana en México como es el trabajo, el comercio, la educación, entre otras; ante ellas diversos pueblos originarios se han opuesto como son los tojolabales, los tzotziles, los tzeltzales, los mames. En Oaxaca, México, el 13 de febrero de 1994 fue elaborada la *Declaración de los pueblos serranos zapotecos y chinantecos de la Sierra Norte de Oaxaca* en la que se puede leer lo siguiente:

20 Campos Navarro, Roberto, Edith Yesenia Peña Sánchez y Alfredo Paulo Maya, "Aproximación crítica a las políticas públicas en salud indígena, medicina tradicional e interculturalidad en México (1990-2016)" en la *Revista Salud Colectiva*, México, 2017 volumen 13, número 3, pp. 443-455.

Estas expresiones y muchos elementos estructurales más, nos han llevado a redescubrirnos, incluso a reinventarnos a todos. Somos Comunalidad, lo opuesto a la individualidad, somos territorio comunal, no propiedad privada; somos *compartencia*, no competencia; somos politeísmo, no monoteísmo. Somos intercambio, no negocio; diversidad, no igualdad, aunque a nombre de la igualdad también se nos oprima. Somos interdependientes, no libres. Tenemos autoridades, no monarcas.²¹

A pesar de dichas luchas y resistencias las formas de organización social de los pueblos originarios siguen siendo afectados a pesar de nuestra inserción en el marco internacional de los derechos humano, como es el caso de los idiomas. En Oaxaca, el 20 de febrero de este año la Secretaría de Asuntos Indígenas anunció el peligro de desaparición de cuatro idiomas, a saber: el ixcateco, el chochonteco, el oque y el amuzgo por causas de discriminación.²² Este acontecimiento evidencia que los procesos de neoliberalismo y que las políticas públicas no contextualizadas conllevan el riesgo de pérdida de saberes y prácticas locales; un peligro que se actualiza no sólo en nuestro territorio sino en toda Latinoamérica.

3.3. El malestar del desarrollo

El malestar del desarrollo se centra en la tensión misma del proceso de producción capitalista, es decir, la disponibilidad de recursos que pocos tienen para satisfacer necesidades en oposición a la carestía que la mayoría de las personas poseen. Herrera Flores señala que el problema jurídico radica en la formalización de las formas de satisfacción de las necesidades en razón de que la abstracción creada para ello es universal y por tanto no distingue las singularidades de los grupos minoritarios, profundizando o creando nuevas desigualdades.²³ A nuestro juicio, implica la creación de una ficción

21 Martínez Luna, Jaime, *Eso que llaman comunalidad*, Diálogos, Pueblos originarios de Oaxaca, México, 2010, p. 17.

22 Rodríguez, Oscar, “Advierten muerte de cuatro lenguas por bullying” en el periódico *Milenio Noticias*, México, 2 de febrero de 2019.

23 Herrera Flores, Joaquín, *op. cit.*, pp. 195 y ss.

que introduce una desigualdad hecha pasar como natural o tradicional, y puede afectar la propia comprensión de la necesidad o las formas de satisfacción; es decir, una socialización desigual e inequitativa de las necesidades-recursos.

Un ejemplo en derechos humanos de la salud es el caso de la partería. Dicha actividad tiene una larga tradición histórica en nuestro territorio y es muy necesaria especialmente en las zonas rurales donde no existen centros de salud (como son Oaxaca, Chiapas y Guerrero), su conocimiento pasa de forma oral de generación en generación y es reconocida por la comunidad. En el año 2016 el gobierno las reconoce como personal no profesional autorizado para la atención del parto y se les pide el trámite de un permiso ante la Secretaría de Salud. A partir de ello, existe el personal no profesional autorizado y no autorizado; es decir, se profundizó una desigualdad ya existente afectando a las zonas más pobres del país. Por otra parte, dicho trámite no tolera ni mucho menos reconoce las prácticas ancestrales pues los aspirantes a obtener su autorización son normalizados y homogenizados en los saberes científicos a través de los cursos obligatorios de medicina alópata o biomedicina, a pesar de que su práctica coincide con ciertos aspectos sugeridos por la OMS y la OPS en relación al “parto humanizado”. Ante ello la Organización de Médicos Indígenas del Estado de Chiapas emitió el 8 de marzo de 2019 un pronunciamiento que a continuación cito:

En relación con la partería tradicional, **en general, y a la partería tradicional indígena, en particular, el discurso y los hechos no se corresponden**. En el discurso se reconoce, incluso se enaltece, el conocimiento y práctica social de la partera tradicional indígena; **en los hechos, sus inteligencias y capacidades son discriminadas y desaparecidas** por no estar “basadas en evidencias científicas”. En algunas ocasiones **se les criminaliza y prohíbe su práctica** al mismo tiempo que se pretende insertarlas en el sistema de salud, condicionándolas a recibir capacitaciones en las cuales predominan los contenidos biomédicos, normando así su práctica y quedando sujetas a procesos de certificación biomédica. Todo esto ha resultado, históricamente, en **un progresivo desplazamiento y destrucción de las parterías tradicionales, principalmente la indígena**.

Desde una perspectiva histórica podemos ver que el desplazamiento de la partería a nivel mundial ha sido el resultado de políticas impuestas por los países del Norte a los del Sur, operadas a través de proyectos respaldados por una derrama cuantiosa de recursos económicos otorgada a gobiernos y algunos conjuntos de la sociedad civil. Los objetivos, casi siempre, han sido los mismos:

El principal: acumular capital, **medicalizando los procesos reproductivos femeninos**, vía las empresas farmacéuticas transnacionales que venden sus medicamentos, materiales de curación y aparatos a los hospitales de segundo nivel de atención de los países del Sur. Estos hospitales se han convertido en potenciales receptores de todas las mujeres en trabajo de parto, tengan riesgos detectados previamente o no, queriendo atenderse en esas estructuras o no.

El secundario: reducir los índices de muerte materna, principalmente en los estados donde se ubica el mayor número de población indígena.²⁴

A dicho pronunciamiento se sumó el 3 de abril de 2019 el realizado por 45 parteras de Oaxaca que representaron a 16 de comunidades de Valles Centrales, Mixteca, Istmo, Sierra Norte y Costa y denunciaron: la obstaculización para el registro de los recién nacidos; la prohibición del uso de hierbas, rebozo y temazcal; y la capacitación en biomedicina. Cabe destacar lo que expresaron en relación al derecho humano a la salud expresaron:

Las parteras hemos visto nacer generación tras generación, dando la bienvenida a los nuevos integrantes de nuestras comunidades, transmitiendo las primeras señales de la identidad a los hijos e hijas de cada pueblo y comunidad. Hemos sido guardianas de los saberes de las mujeres y de la naturaleza, de los ciclos de la luna y la tierra, de lo sagrado del embarazo, parto y cuarentena, de la sexualidad y el cuidado del cuerpo, de las ancestas que siempre nos guían con su espíritu.

Nuestra labor se relaciona con dos derechos fundamentales: el derecho humano de las mujeres a elegir dónde y con quién parir y el dere-

24 Organización de Médicos Indígenas del Estado de Chiapas, *Pronunciamiento: La desaparición de las parterías tradicionales indígenas en México*, México, 2019.

cho cultural de cada grupo humano a elegir la forma de recibir a sus nuevos integrantes. Buscamos recuperar y fortalecer nuestra autonomía como parteras y ayudar a las mujeres a recuperar la autonomía sobre su cuerpo y su salud.

Nos debemos a nuestra comunidad y a la defensa de la autodeterminación de los pueblos. Nuestra lucha por la permanencia y continuidad de la partería es parte de una lucha más amplia por las aguas, los bosques, las montañas, los territorios y por el cuidado de la vida toda.

El parto y nacimiento, pasó de ser entendido como un momento saludable regido por la naturaleza a ser visto y tratado como una enfermedad con la creencia de que tenía que ser controlada por el sistema médico. La desaparición intencionada de la partería forma parte del despojo de la naturaleza y de los territorios; entonces, las mujeres empezaron a ser acostadas para parir y las parteras tradicionales a ser perseguidas.²⁵

No obstante, de esta experiencia, en el país han existido casos de éxito en los que han desarrollado nuevas formas de convivencia armónica entre los saberes y prácticas de la biomedicina con respecto a la medicina tradicional, la popular y la indígena, a saber, los ubicados en Oaxaca en Capulalpam de Méndez, Tlaxiactac de Cabrera y Santa María Tlahuitoltepec. En estos lugares se lleva a cabo la curación del cuerpo y del alma a través del saber de las parteras, los yerberos, los hueseros, los sobadores y los rezanderos. Por cuanto hace a la parte institucional en el Hospital de Medicina Tradicional Indígena de Capulalpam existe una convocatoria que llama a los curadores de los pueblos originarios a participar por las plazas, las cuales son rotativas.

Además de estos lugares que son reconocidos y avalados por el sistema de salud nacional, es de destacar, que en gran parte del territorio de Oaxaca se continua llevando a cabo la curación del alma-cuerpo de acuerdo a sus saberes tradicionales, aun al margen de la legalidad; y es en este punto donde los debates Arendtianos sobre la condición humana y la banalidad del mal cobran relevancia histórica nuevamente; pues las normas jurídicas

²⁵ Anónimo, “45 parteras de Oaxaca buscan su reconocimiento y fortalecimiento” en periódico Ciudadanía express periodismo de paz, México, 5 de abril de 2019.

y las políticas públicas deben ser examinadas profundamente de acuerdo al contexto.

3.4. El malestar del individualismo abstracto

El malestar del individualismo abstracto se funda en las tensiones habidas entre los conceptos de libertad e igualdad. La libertad en el sistema capitalista neoliberal es una de corte individualista, por tanto, autónoma e independiente del contexto; en este orden de ideas la contradicción radical consiste en afirmar la independencia respecto de un ser que es determinado y determinante del contexto.

Este malestar, en relación a diversos derechos humanos, ha sido denunciado por muchos pueblos originarios de Latinoamérica pues evidencian la imposibilidad del individualismo o el solipsismo, subrayando la relación de codependencia entre la totalidad de seres como es el caso de México, Argentina, Chile, Brasil, Bolivia y Venezuela. En Oaxaca, México *los pueblos serranos zapotecos y chinantecos de la Sierra Norte de Oaxaca* han expresado lo siguiente:

Un Estado es el resultado de intereses, pero también de una visión que tiene al ser humano como centro del universo, tema que ampliaremos más adelante. El concepto Estado-nación se confronta con el de región, que es determinado por la naturaleza y las relaciones naturales que producen culturas específicas y economías integradas. Diríamos que (adelantándonos un poco en lo que más adelante reflexionaremos) el Estado-nación es una noción *homólatra*, y el de región es una noción *naturólatra*. El Estado-nación predetermina y se adjudica el origen de la persona; la región especifica su identidad. Estas dos nociones pueden ser parte de un solo proceso histórico y social, pero en los hechos entran en profundas contradicciones. Resulta curioso, pero el Estado-nación, para su explicación, se fundamenta en la individualidad, es decir, en la identificación de intereses individuales; y la región se fundamenta en la comunalidad, es decir, en una definición que comparten habitantes de un área geográfica específica.²⁶

26 Martínez Luna, Jaime, *op. cit.*, p. 25.

El problema determinante y de fondo no es la abstracción y la universalización sino las acciones que se llevan a cabo con ellas; la imposición coactiva de un determinado modelo político, de salud o de educación sólo revela frente a la alteridad u otredad a nivel cognitivo ignorancia o error, en tanto que a nivel emocional miedo.

4. Conclusiones

Tanto el derecho humano a la salud como los procesos de salud-enfermedad-atención son productos históricos-culturales en este sentido las acciones colectivas y subjetivas a través de las cuales se producen y reproducen los sentidos afirman tanto los principios de identidad como de pertenencia a la colectividad. Es sobre aquellos significados que la sociedad invariablemente construye estructuras para su atención que van desde el temazcal hasta los hospitales de alta especialidad, y por ello, también se erigen saberes y prácticas plurales coexistentes (pero en su mayoría no armónicas) como la Biomedicina, la medicina tradicional, la medicina popular y la medicina indígena.

La eficacia de cada uno de estos campos del saber humano evidencia que las formas de atención a la enfermedad son divergentes, que existe un pluralismo médico pero que es coincidente en lo profundo, a saber: el cuidado del prójimo. Es decir, que la homologación y universalización puede ser encontrado en lo esencial más no en lo secundario; y es precisamente eso lo que la forma de producción capitalista niega: la humanidad y los procesos inherentes de creación de valor. Tal y como refirió György Lukács al definir la cosificación del ser humano.

Al pensar la salud en relación a las clases sociales y al proceso histórico-dialéctico es que podemos observar que las peores patologías, la desnutrición y el hambre, la desprotección en la seguridad social, los medios ambientes más contaminados y nocivos, se identifican con la pobreza. La patología de la pobreza es un producto más del capitalismo y como tal tiene un valor de cambio muy alto ypreciado, como es para las farmacéuticas trasnacionales, los laboratorios de investigación, los grandes corporativos médicos, entre otros.

Por lo anterior, no es de sorprender que las luchas y las resistencias por una repartición equitativa de bienes y servicios para la satisfacción de la salud estén siendo llevadas a cabo por los sectores sociales más desprotegidos y en las zonas geográficas de la periferia.

Bibliografía

- Anónimo, “45 parteras de Oaxaca buscan su reconocimiento y fortalecimiento” en periódico *Ciudadanía express periodismo de paz*, México, 5 de abril de 2019.
- Campos Navarro, Roberto, Edith Yesenia Peña Sánchez y Alfredo Paulo Maya, “Aproximación crítica a las políticas públicas en salud indígena, medicina tradicional e interculturalidad en México (1990-2016)” en la *Revista Salud Colectiva*, México, 2017 volumen 13, número 3, pp. 443-455
- Doval C, Hernán, “El nacimiento del concepto de «salud» como un derecho” en *Revista Argentina de Cardiología*, Buenos Aires, Argentina, volumen 72, no. 4, 2014, pp.324–327.
- Fuentes, Mario Luis, “México social: morir sin la atención de los médicos” en el periódico *Excelsior*, México, 21 de noviembre de 2015.
- Guerrero Sotelo, Roxana Nayeli, *¿Nuevo constitucionalismo latinoamericano? Tendencias constituyentes y parlamentarias*, Red de Investigadores Parlamentarios, Congreso de la Unión Mexicano, 2017.
- Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, Madrid, Catarata, 2005, pp. 185 y ss.
- Koplan, J.P et al., “Towards a common definition of global health” en *Revista The Lancet*, Inglaterra, volumen 373, 2009, pp.1993-1995.
- Lukács, György, *Historia y conciencia de clase*, La Habana, Cuba, Editorial de ciencias sociales, 1970 p. 172.
- Martínez Luna, Jaime, *Eso que llaman comunalidad*, México, Pueblos originarios de Oaxaca, Diálogos, 2010, p. 17.
- Menéndez, Eduardo, “La enfermedad y la curación. ¿Qué es medicina tradicional?” en *Revista Alteridades*, México, 1994 vol. 4, no.7, pp. 71-83.
- Organización de Médicos Indígenas del Estado de Chiapas, *Pronunciamiento: La desaparición de las parterías tradicionales indígenas en México*, México, 2019.
- OMS, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, 2006.

ONU-CEPAL, *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Santiago, 2018.

OPS-OMS, *Agenda de Salud Sostenible para las Américas 2018-2030: un llamado a la acción para la salud y el bienestar en la región de las Américas*, CSP29/6, Washington, 2017.

Ramos Vázquez, Isabel, “Derecho internacional obrero. Origen y concepto” en *Revista IUSLabor*, no. 3, 2017, pp. 335-372

Zea, Leopoldo, *Filosofía de la Historia Americana*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978.

Rodríguez, Oscar, “Advierten muerte de cuatro lenguas por bullying” en el periódico *Milenio Noticias*, México, 2 de febrero de 2019.

EL DERECHO DE PROPIEDAD Y EL ACCESO A LA TIERRA EN COLOMBIA EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y LOS ACUERDOS DE PAZ

Elisa M. Martín Peré¹

1. Introducción

En la presente ponencia, abordamos las tensiones de algunas prácticas jurídico-políticas que se dan en el Estado colombiano sobre el derecho de propiedad y el acceso a la tenencia de la tierra en el campo. Desde el derecho crítico y el pensamiento de Joaquín Herrera y otros, consideramos que hay elementos propios del malestar de la cultura jurídica², como son el excesivo formalismo y la descontextualización del derecho, expresados en un enfoque eminentemente “propietario” de las políticas de tierras y el plan de desarrollo nacional ante la conflictividad en torno al acceso a la tierra y al territorio; dicho de otro modo, un modelo centrado en formalizar la propiedad de la tierra o garantizar el derecho de propiedad, sin tener presente el necesario enfoque holístico que requiere el abordaje del problema de la tierra y los derechos humanos. A nuestro modo de ver, ello limita el ejercicio de los derechos humanos en el campo, así como el alcance del derecho a la paz como justicia social. Sin embargo, hay instrumentos de refuerzo para continuar con una lucha social que intenta jalonar el freno de emergencia de la locomotora o el “progreso neoliberal” –evocando la imagen de Walter Benjamin³–, como son los Acuerdos de Paz, junto con el reconocimiento internacional de nuevos derechos sobre la tierra, o en el marco de la restitución de tierras, la superación del enfoque liberal y la comprensión de la “propie-

1 Universidad Autónoma de Bucaramanga.

2 Medici, Alejandro, *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*, Edulp, La Plata, 2011.

3 Sobre la Tesis XVIIa. Benjamin, Walter, *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*, Bolívar Echeverría (editor y traductor), Ediciones Desde Abajo, Bogotá, 2013.

dad”, como relación social y categoría histórica, en lugar de categoría jurídica exclusiva, autosuficiente y excluyente, como veremos a continuación.

2. El problema de la tierra en Colombia

El nivel de inequidad en el acceso a la tierra en Colombia es el mayor de América Latina: el 1% de las explotaciones más grandes acapara el 81% de la tierra rural y el resto de cultivos ocupa solo el 19%; además, se desconoce cómo se obtuvo la propiedad o cuál es el régimen de tenencia de la tierra del 43% de las unidades productivas de más de 2000 has⁴; a ello se une la incorrecta vocación del uso del suelo, que es eminentemente agraria pero se dedica en gran medida al ganado en un 80%, incumpliendo por tanto la función social y ambiental de la propiedad que estipula la Constitución Política de 1991. En cuanto al suelo dedicado a la agricultura, el cultivo permanente dedicado principalmente a la agroexportación se ha expandido en las últimas décadas ocupando en la actualidad el 75% de la superficie total cultivada, si bien el país importa el 30% de los alimentos que consume.

El problema de la tierra en Colombia es un asunto que vuelve a ser objeto de debate, en el marco de la justicia transicional y los Acuerdos de Paz. La restitución de tierras, forma parte de la política de reparación a víctimas del conflicto armado, en el conjunto de medidas judiciales y extrajudiciales establecidas en la justicia transicional. Estimamos pertinente en el apartado 4 del presente texto, evaluar aquellos contenidos de la experiencia de restitución que pueden reforzar el punto 1 de los Acuerdos de Paz firmados entre el gobierno y las FARC-EP en el año 2015, punto que, si bien fue recortado y limitado tras el plebiscito del año 2016, todavía mantiene una propuesta de desarrollo rural integral, que va más allá de la mera formalización de la propiedad de las tierras y visibiliza al campesino como sujeto de derechos.

Las políticas agrarias jamás han sido redistributivas en Colombia, más bien se han centrado y limitado a entregar y titular tierra baldía o de la Nación a los campesinos; esto es, formalizar su tenencia con títulos de propiedad. Esta política, ha sido cuestionada tanto por sus graves irregularida-

4 Oxfam, “Radiografía de la desigualdad: lo que nos dice el último censo agropecuario sobre la distribución de la tierra en Colombia, julio 2017.

des en la entrega de tierras a particulares que no son campesinos sin tierra, como por el desconocimiento actual del Estado sobre qué tierra es baldía y qué ha sucedido con la que fue entregada, en el marco de una generalizada informalidad en la tenencia de la tierra. En la actualidad, el Estado todavía no ha realizado un inventario de baldíos para recuperar los que se apropiaron indebidamente vía prescripción, tal como le ordenó la Corte Constitucional en la Sentencia T-488 de 2014, sino que hay intentos de legalizar estas apropiaciones, incorporando unas normas “ad hoc” en el Plan Nacional de Desarrollo (2018-2022), en adelante PND. Por ello, juristas de reconocido prestigio han solicitado a la Corte que declare un Estado de Cosas Inconstitucional en la gobernanza de la tierra y adopte medidas estructurales, entre otras cuestiones⁵.

El desconocimiento del Estado sobre qué tierras baldías quedan y qué ha sucedido con muchas de las que fueron entregadas en su día, ha permitido en cierto modo que durante la década de los 90 y hasta hace pocos años se produjera el despojo y/o abandono de unos 6 millones de hectáreas. El conflicto armado arroja una cifra de unos 8 millones de víctimas, de los cuales la mayoría han sido desplazados forzados. La Ley 1448/2011 intenta revertir esta situación a través de la reparación integral, diferenciando el procedimiento general de restitución, objeto de interés para esta ponencia, del procedimiento especial para víctimas de comunidades indígenas o minorías.

3. La reforma rural integral en los Acuerdos de Paz

El punto 1 pretende superar –según estipulan las FARC en el Acuerdo– las causas históricas del conflicto, como la concentración de la propiedad, la exclusión del campesinado, la pobreza y el atraso de las comunidades rurales. Para ello, el texto expresa que una transformación estructural en el campo requiere de medidas para impulsar el uso correcto del suelo según su vocación, así como democratizar, formalizar, restituir y distribuir equitativamente la tierra, con planes nacionales que provean de infraestructuras y servicios públicos al campo y la economía campesina, familiar y comunita-

⁵ Dejusticia, “Un estado de cosas inconstitucional en la gobernanza de la tierra”, 9 de abril 2019. <https://www.dejusticia.org/un-estado-de-cosas-inconstitucional-en-la-gobernanza-de-la-tierra/>

ria como medio de desarrollo del campo. Para ello, se considera necesaria la participación de las comunidades, así como la importancia de la figura de las Zonas de Reserva Campesina y otras formas de asociatividad solidaria, además de un ordenamiento socioambiental sostenible. Para su desarrollo, se prevén: Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial en los 170 municipios más afectados por el conflicto armado y la pobreza; crear un Fondo de Tierras; un catastro multipropósito para saber exactamente de quién es la tierra, así como continuar con la restitución de tierras y crear la jurisdicción agraria como mecanismo de resolución de conflictos de tenencia y uso de la tierra, entre otras medidas⁶.

Según un informe del CINEP, el estado de implementación del punto 1 es lento, con pocos avances en el área de acceso y uso de la tierra y hay cierto temor al PND, de declarar zonas estratégicas desde una óptica de seguridad nacional los territorios donde se están impulsando los planes de desarrollo integral participativo. Esto no es de extrañar, ya que los homicidios de la mayoría de los 702 líderes sociales y defensores de derechos humanos, acaecidos desde los Acuerdos de Paz, tienen como causa la conflictividad por la tierra, el territorio y los recursos naturales⁷.

El mayor avance del punto 1 es la elaboración de los Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial PDET, donde del trabajo participativo de las comunidades se refleja una demanda de cumplimiento de las leyes por el Estado, la situación de aislamiento y la falta de servicios públicos esenciales, peticiones de apoyo en proyectos de producción de alimentos con enfoque agroecológico, así como la continuación de los programas de reparación y restitución, con mayor protección de víctimas y líderes sociales. En relación a la viabilidad de los PDET, el informe señala la falta de concreción del PND en la dotación económica de estos para su puesta en marcha. En cuanto a la jurisdicción agraria, se expresa que se está aplazando su

6 Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. 24 de noviembre de 2016. Pp.10-34. <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

7 Fundación Heinrich Böll, “Informe Especial de Derechos Humanos”, *Ideas Verdes*, n. 8, junio 2018. http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2018/07/20180629_ideas_verdes_8_web.ok_.pdf

creación, y si bien se han propuesto centros de conciliación, se incumple en cuanto a la participación de mujeres en estos⁸.

Otras críticas a la falta de voluntad gubernamental en aplicar las propuestas rurales acordadas, indican que en el PND el punto 1 no es considerado un eje central del desarrollo del país, que se invisibiliza al campesinado y se fortalece al sistema neoliberal, priorizando la economía extractiva, con planteamientos contrarios a la soberanía alimentaria y la economía campesina. Al contrario, se establecen como medidas supuestamente inclusivas del campesinado la bancarización del sector rural y el fomento de la competitividad o la formalización de la propiedad, con un enfoque represivo y militarizado de la protesta social, tal como señalaba el estudio anterior⁹.

Ante esta situación, un sector del movimiento social organizado en torno al modelo alternativo rural, apuesta por fortalecer el punto 1 con la defensa y promoción de la Declaración de los Derechos de los Campesinos, aprobada en diciembre de 2018 en el seno de la Organización de Naciones Unidas¹⁰. La Declaración es fruto de las propuestas y reclamos de movimientos campesinos y otras entidades que actúan en red a nivel global, liderada por “Vía Campesina”, aunque sus orígenes se remontan a las movilizaciones campesinas de Indonesia en el año 2001¹¹. El texto ha sufrido muchos recortes; entre sus contenidos destaca el reconocimiento del derecho a la tierra y al territorio, la soberanía alimentaria, las defensas de las semillas no transgénicas o el cultivo agroecológico. Si bien no tiene carácter vincu-

8 Cinep, “Quinto informe de verificación de la implementación del Acuerdo Final de Paz en Colombia para los Verificadores Internacionales Felipe González y José Mujica” (A.F. 6.3.2), Bogotá, febrero 2019, pp. 1-36.

9 Morales Juan Carlos y Fuentes Adriana, “El campesinado en el Acuerdo de Paz y en el Plan Nacional de Desarrollo”, en el evento *Foro: Declaración de la ONU sobre derechos del campesinado: Propuestas y desafíos en Colombia*, Universidad Nacional, Bogotá, 4 de abril de 2019.

10 Impulsado por la Vía Campesina, la Cumbre Agraria, Campesina, Étnica y Popular, la Alianza por la Agrobiodiversidad, la Red Nacional de Agricultura Familiar –RENAF, la Federación Nacional Sindical Unitaria Agropecuaria– Fensuagro y FIAN Colombia, del foro antes citado ha surgido un manifiesto de compromiso de difusión y defensa de la Declaración de organizaciones sociales, ambientales y campesinas, firmado por el momento por unas 67 entidades. <https://www.cumbreadraria.org/manifiesto-de-las-organizaciones-campesinas-y-sociales-reunidas-en-el-foro-declaracion-de-la-onu-sobre-los-derechos-del-campesinado-propuestas-y-desafios/>

11 Edelman, Marc, *Estudios agrarios críticos: tierras, semillas, soberanía alimentaria y derechos de las y los campesinos*, IAEN, Quito, 2016, p. 92.

lante, podría ser aplicada directamente o incorporada al bloque de constitucionalidad por la Corte Constitucional, tal como ha sucedido con otra normativa “soft law”, como por ejemplo la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas o los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos¹². Además, la Corte Constitucional ya ha declarado en su jurisprudencia el derecho al territorio campesino, la preservación de tradiciones en la producción de alimentos, o la identidad campesina y su especial relación con la tierra y el territorio (lazos económicos, sociales y culturales del campesino con su entorno). Así, la Declaración permitiría reforzar el contenido del punto 1, concretamente en los aspectos de la democratización de la tierra, la participación activa del campesinado y su papel desde la soberanía alimentaria, la defensa de las semillas no transgénicas, el impulso de un nuevo ordenamiento del territorio y la protección ambiental, o guiar procesos organizativos en red a nivel nacional.

4. La restitución de tierras

El derecho a la restitución como derecho fundamental reconocido en la ley de víctimas, tiene como referente inicial la declaración del estado de cosas inconstitucional de millones de desplazados de la Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional, que constató el abandono de las víctimas del conflicto por el Estado. Actualmente, si bien la política de restitución de tierras no ha logrado solventar la mayoría de las peticiones y tiene muchas dificultades para lograr sus objetivos, independientemente del limitado resultado a nivel cuantitativo de esta experiencia, un análisis cualitativo de los pronunciamientos de los jueces y magistrados indica que es un aporte importante para el posterior desarrollo de la jurisdicción agraria o el mecanismo que finalmente resuelva los conflictos de tierras, por el precedente que sienta al dejar de lado la interpretación de propiedad como simple categoría jurídica, y aportar la visión de que es un elemento reconfigurador de ciertas relaciones sociales en el campo y del ser humano con la naturaleza, historizando el concepto, y mostrando la necesaria complementación o ajuste del

12 Tacha, Viviana, “Naturaleza jurídica y política de la Declaración, límites y posibilidades”, en el evento *Foro: Declaración de la ONU sobre derechos del campesinado: Propuestas y desafíos en Colombia*, Universidad Nacional, Bogotá, 4 de abril de 2019.

derecho de propiedad con otros derechos, o la importancia de la flexibilización del procedimiento al resolver sobre derechos de propiedad, teniendo en cuenta el carácter prioritario de los derechos de las víctimas, así como aclarando los límites del derecho de propiedad, frente a valores y principios constitucionales; en el marco de una cultura jurídica históricamente formalista¹³.

A nuestro modo de ver, los contenidos desarrollados en el ámbito judicial concuerdan con el enfoque del punto 1 de los Acuerdos y con el contenido de la Declaración de los derechos de los campesinos, lo cual permite reforzar la idea holística del derecho a la tierra y el territorio como espacios de relaciones sociales y culturales que merecen ser protegidos, frente a la tradicional y limitada apuesta de formalizar la propiedad que –según algunos autores han apuntado–, defienden algunos sectores con el objetivo de mantener a la tierra como mero objeto del mercado de tierras, atendiendo a fines puramente especulativos y de desarrollo agroindustrial y extractivista¹⁴. La experiencia de restitución aspira a generar oportunidades de desarrollo vital para los restituidos, a diferencia de otras experiencias de justicia transicional¹⁵, y se encuadra dentro de diversas concepciones de la justicia bajo la novedosa idea de “reparación transformadora”, que busca reparar integralmente a las víctimas a través del acceso a la justicia, la democratización de la propiedad y la garantía del ejercicio pleno de los derechos por parte de los campesinos, en aras de construir el camino hacia la paz. Así, la idea es que no basta con otorgar un título de propiedad o restituir, como se ha entendido con anterioridad en otros procesos, sino que deben garantizarse los derechos sociales y reconocer al campesino como sujeto de derechos. El artículo 25 de la ley 1448 expresa que la reparación integral de las víctimas del conflicto armado debe cumplir un papel transformador. Se

13 López Medina, Diego, *Teoría impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Ed. Legis, Bogotá, 2004.

14 Intervención de René Urueña en el panel “Colonialismo y la construcción del concepto de propiedad privada: Aproximaciones para iluminar la reflexión desde Latinoamérica”, día jueves 18 de mayo de 2017 en Bogotá. Seminario *El debate sobre la propiedad en la transición hacia la paz*, organizado por la Universidad de El Rosario y la Universidad del Norte.

15 Uprimny, R. y Sánchez, N. Camilo, “Propuestas para una restitución de tierras transformadora”, en *Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*, CIJT, Bogotá, pp. 193-268.

supera así el enfoque neoliberal de la restitución, descontextualizado, por el que se devolvía al estado inicial a la persona que había sufrido el daño, restaurándole únicamente los derechos de propiedad en el entendido de que ello derivaba automáticamente en una mayor eficiencia, derechos humanos y desarrollo económico¹⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷ aportó una propuesta contextualizada para reparar de forma transformadora en sociedades desiguales y excluyentes. Esta ha sido adaptada en Colombia para lograr la transición del conflicto armado a la paz con medidas transformadoras que otorguen derechos a las víctimas pobres que carecían y carecen de ellos, en lugar de devolverlos como “propietarios” a la situación de negación de derechos previa al desplazamiento. Esta vocación transformadora, se plasmaría en la etapa judicial del proceso principalmente a través de 4 elementos¹⁸:

- Acordar medidas adicionales además de la restitución o formalización de la propiedad. El juez o magistrado dicta en la sentencia una serie de órdenes encaminados a garantizar el ejercicio de derechos sociales de las víctimas, como el acceso al trabajo a través de la puesta en marcha de proyectos productivos, la reparación o construcción de una vivienda digna, el acceso al sistema de salud y de educación, atención psicosocial, reconstrucción de vías y prestación del servicio de alcantarillado, agua potable o energía eléctrica, medidas que exceden con mucho lo establecido en la ley. Así, ello supone visibilizar la histórica negación de los derechos humanos en el campo, situación que —como dice David Sánchez evocando a I. Ellacuría—, es fruto de un despojo múltiple y diferenciado, (no solo de la tierra) sociohistóricamente producido¹⁹.

16 Sánchez Nelson Camilo, *Tierra en transición. Justicia transicional, restitución de tierras y política agraria en Colombia*, Dejusticia, Bogotá, 2017, p. 75.

17 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2009. Caso González y otras (Campo algodonero) vs. México. pp. 114, 129, 152.

18 Análisis de las sentencias publicadas, con corte agosto de 2018, del Departamento de Santander, del municipio de San Alberto, Departamento de Cesar y de los municipios de El Dorado y Mapiripán del Departamento del Meta.

19 Sánchez Rubio, David. “Derechos humanos constituyentes, luchas sociales y cotidianas e historización.” Revista del Cisen *Tramas/Maepova* n° 3, Universidad Nacional de Salta, 2014.

- Flexibilización de requisitos y procedimientos en adjudicaciones de bienes baldíos. Los asuntos de tierras versan tanto de despojos o abandonos de predios particulares como de baldíos, esto es, casos que generalmente están sometidos a la jurisdicción civil ordinaria o la administrativa. La paz y los derechos humanos son invocados para legitimar y justificar la intervención de esta rama especial sobre ambas jurisdicciones y superar su rigidez y excesivo formalismo, en virtud del principio de igualdad material, lo cual lleva a flexibilizar los requisitos y procedimientos de las normas administrativas, relacionadas con la extensión de tierra requerida o el tiempo de ocupación, para la adjudicación de un baldío.
- El Estado presume la buena fe de las víctimas atendiendo a los estándares internacionales, así como flexibiliza la carga de la prueba exigible a las mismas. Así, ante dicha presunción, se exige buena fe cualificada en el opositor, para recibir una compensación en su caso. Si el opositor o actual propietario del predio, no es también una víctima o persona vulnerable, debe probar que adquirió el bien de buena fe con una diligencia o cuidado especial, demostrando que desconocía el contexto de violencia del terreno o que no se valió de dicho contexto para comprar la propiedad, ya que hay ciertas transacciones, que se presumen ilegales automáticamente. Por otro lado, se invierte la carga de la prueba, recayendo en el opositor la labor de demostrar que lo que aduce el solicitante de restitución no es cierto. Así, a la víctima únicamente le corresponde en un principio probar de forma sumaria su calidad de víctima y la relación jurídica con el predio.
- Derecho propiedad versus derecho ambiental. Respecto a la armonización de estos dos derechos, algunos juzgados y tribunales apelan al concepto de desarrollo sostenible y la función ecológica de la propiedad, como elemento de conciliación entre el derecho a explotar la tierra por el campesino, por un lado, y por el otro el derecho del medio ambiente a ser protegido, proponiendo la posibilidad de incluir a los restituidos en el programa de familias guardabosques o educarlos en materia ambiental. Así, se recuerda que la Corte ha establecido que el artículo 80 de la Constitución debe superar su

perspectiva puramente conservacionista, armonizando el derecho al desarrollo con las restricciones normativas de protección al medio ambiente, para finalmente apelar a la necesaria interpretación finalista de la ley 1448, que pretende garantizar la restitución a comunidades desplazadas como mecanismo de estabilización socioeconómica. Las propuestas de conciliación de ambos derechos son variadas, como ordenar al órgano competente en materia ambiental que diseñe planes de manejo integral de conservaciones de bosques y cobertura vegetal para estos predios, y si lo considera necesario sustraiga una parte del predio o restrinja el derecho de propiedad de los restituidos o sus obligaciones, en virtud de la función ecológica de esta. En otros casos se ha llegado a compensar con otro bien, por cuestiones ambientales y la existencia de títulos mineros del predio a restituir. Algún tribunal ha manifestado la necesidad de superar el enfoque tradicional antropocéntrico en el que el hombre y la naturaleza son opuestos, contextualizando la ocupación de territorio ambientalmente protegido por desplazados y víctimas de despojo de tierras.

Podemos concluir que, en primer lugar, se contextualiza el problema de la tierra como una cuestión compleja que va más allá del conflicto armado y no se formaliza únicamente la propiedad, sino que se garantiza el ejercicio de derechos sociales –individuales generalmente– con el fin de dignificar a las víctimas. Convendría reforzar estos pasos desde una perspectiva más comunitaria y políticas sociales inclusivas de desarrollo rural, lo cual podría desarrollarse desde los PDET del punto 1. Lo cierto es que este abordaje, junto con las aspiraciones del punto 1 de los Acuerdos y la Declaración, impulsada por los movimientos sociales, puede reforzar los espacios de reconocimiento de los derechos humanos que van más allá del estrecho concepto liberal y occidental de los mismos, pues aluden a la idea de J. Herrera de los derechos humanos como procesos de lucha por abrir y consolidar espacios de dignidad y libertad humana²⁰ o modelos de desarrollo alternativos; en segundo lugar, en la jurisprudencia hay una conciliación entre el derecho ambiental y el derecho a la tierra y al territorio del campesino, que

20 Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, Atrapasueños, Sevilla 2008; *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000.

supera el horizonte antropocéntrico y dualista individuo versus naturaleza, fruto de la modernidad, donde la tierra se convirtió en mercado²¹; en tercer lugar, se supera el formalismo jurídico al interpretar de forma flexible y con un horizonte teleológico las normas ordinarias y extraordinarias relativas a la adjudicación de tierras, así como las rígidas reglas procesales de los procedimientos civiles ordinarios, en aras de un efectivo acceso a la justicia.

Bibliografía

- Benjamin, Walter, *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*, Bolívar Echeverría (editor y traductor), Ediciones Desde Abajo, Bogotá, 2013.
- CINEP, “Quinto informe de verificación de la implementación del Acuerdo Final de Paz en Colombia para los Verificadores Internacionales Felipe González y José Mujica” (A.F. 6.3.2), Bogotá, febrero 2019, pp. 1-36.
- DEJUSTICIA, “Un estado de cosas inconstitucional en la gobernanza de la tierra”, 9 de abril 2019. <https://www.dejusticia.org/un-estado-de-cosas-inconstitucional-en-la-gobernanza-de-la-tierra/>
- Edelman, Marc, *Estudios agrarios críticos: tierras, semillas, soberanía alimentaria y derechos de las y los campesinos*, IAEN, Quito, 2016.
- Fundación Heinrich Böll, “Informe Especial de Derechos Humanos”, Ideas Verdes, n.8, Junio2018.http://www.indepaz.org.co/wpcontent/uploads/2018/07/20180629_ideas_verdes_8_web.ok_.pdf
- Herrera Flores, Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*. Atrapasueños, Sevilla, 2008.
- Herrera Flores, Joaquín (Ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos Humanos y crítica de la razón liberal*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000.
- López Medina Diego, *Teoría impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Ed. Legis, Bogotá, 2004.
- Manifiesto de las organizaciones campesinas y sociales reunidas en el Foro: “Declaración de la ONU sobre los derechos del campesinado: propuestas y desafíos”. <https://www.cumbreagraria.org/manifiesto-de-las-organizaciones-campesinas-y-sociales-reunidas-en-el-foro-declaracion-de-la-onu-sobre-los-derechos-del-campesinado-propuestas-y-desafios/>

21 Senent de Frutos, Juan Antonio, “La tierra y la naturaleza en el horizonte de la subjetividad moderna”, en *Revista de Fomento Social*, 2010, n.65, pp. 33-56.

- Medici Alejandro, *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*, Edulp, La Plata, 2011.
- OXFAM, “Radiografía de la desigualdad: lo que nos dice el último censo agropecuario sobre la distribución de la tierra en Colombia”, julio 2017.
- Morales, Juan Carlos y Fuentes, Adriana, “El campesinado en el Acuerdo de Paz y en el Plan Nacional de Desarrollo”, en el evento *Foro: Declaración de la ONU sobre derechos del campesinado: Propuestas y desafíos en Colombia*. 4 de abril de 2019, Universidad Nacional, Bogotá.
- Plan Nacional de Desarrollo (2018-2022).
- Sánchez Rubio, David, “Derechos humanos constituyentes, luchas sociales y cotidianas e historización.” *Revista del Cisen Tramas/Maepova* N° 3, Universidad Nacional de Salta, 2014.
- Sánchez Nelson, Camilo, *Tierra en transición. Justicia transicional, restitución de tierras y política agraria en Colombia*, Dejusticia, Bogotá, 2017.
- Senent de Frutos, Juan Antonio, “La tierra y la naturaleza en el horizonte de la subjetividad moderna”, en *Revista de Fomento Social*, 65, 2010, pp. 33-56.
- Tacha, Viviana, “Naturaleza jurídica y política de la Declaración, límites y posibilidades”, en el evento *Foro: Declaración de la ONU sobre derechos del campesinado: Propuestas y desafíos en Colombia*. 4 de abril de 2019, Universidad Nacional, Bogotá.
- Uprimny, Rodrigo y Sánchez N., Camilo, “Propuestas para una restitución de tierras transformadora”, en *Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*. Bogotá, CIJT, 2010, pp. 193-268.
- Urueña, René, “Colonialismo y la construcción del concepto de propiedad privada: Aproximaciones para iluminar la reflexión desde Latinoamérica”, día jueves 18 de mayo de 2017 en Bogotá, en el Seminario *El debate sobre la propiedad en la transición hacia la paz*, organizado por la Universidad de El Rosario y la Universidad del Norte.

Normativa y jurisprudencia

- Declaración sobre los Derechos de los Campesinos y Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales, ONU. Resolución 73/165 de 17 de diciembre de 2018.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2009, Caso González y otras (Campo algodonero) vs. México.

Acuerdo Final de Paz entre el gobierno de Colombia y las FARC, noviembre 2016.

Ley 1448/2011 de 10 de junio “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.”

Corte Constitucional, T-025 de 2004 de 22 de enero y T-488 de 2014.

Jurisprudencia restitución de tierras. <https://www.restituciondetierras.gov.co/sentencias-por-departamento>

El arte a (des)hacer mundos. Estudios en torno al pensamiento de Joaquín Herrera Flores, coordinado por Alejandro Medici, Alejandro Rosillo Martínez y David Sánchez Rubio, se terminó de imprimir durante el mes de diciembre de 2020, en los talleres de Printego, en la ciudad de San Luis Potosí.
Tuvo un tiraje de 500 ejemplares.