



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO**

**MEMORIA HISTÓRICA: PROPUESTA DE CONSTRUCCIÓN DE LOS  
DERECHOS HUMANOS**

**TESIS QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAESTRÍA EN DERECHO**

**PRESENTA:  
ROBERTO ZAPATA PÉREZ**

**TUTOR  
DR. ARTURO BERUMEN CAMPOS  
FACULTAD DE DERECHO**

**MÉXICO, D.F., ENERO DE 2015**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## **Agradecimientos**

La historia de esta tesis sumamente compleja. Mi voluntad simplemente no habría sido suficiente para llevarla a su fin. Por ello, este trabajo le pertenece a aquellas personas que, incluso sin saberlo, contribuyeron con su invaluable presencia durante estos años.

Este texto se ha visto enormemente beneficiado con extraordinarios maestros, de aula y de lectura, que me han dejado la convicción de que la figura magisterial, encarnada en una vocación, puede transformar el mundo.

Agradezco enfáticamente al Dr. Arturo Berumen Campos por haber aceptado ser mi asesor, así como por la orientación y las sugerencias que me brindó; el profesor sabe de su influencia en mi pensamiento y seguramente la ha reconocido en varios puntos de la tesis. Adicionalmente, quisiera expresar todo mi reconocimiento y gratitud a los integrantes de mi jurado, cuyas observaciones, críticas y correcciones han sido sumamente formativas y estimulantes. Apreciaré siempre su generosidad.

La formación y el apoyo brindados por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, así como la beca del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología los tendré siempre presentes. Debo decir que buena parte de las inquietudes expresadas en este trabajo, así como el surgimiento de posibles caminos de comprensión han surgido durante mi experiencia vital en las aulas de la Facultad de Filosofía y Letras.

Finalmente, quisiera señalar que cada momento vivido durante la realización de este trabajo se lo entrego íntegramente a tres promesas que me han cambiado el mundo: Valentina, Fernanda y Jimena. Mi madre, Esperanza Pérez Molina, es copártcipe en el esfuerzo y el cansancio que laten en cada línea. Seré siempre deudor de los recuerdos compartidos con Sonia, Carlos y Víctor. El invaluable soporte e interés de Andrés Hernández fueron esenciales para la culminación del proyecto. También quiero mencionar el apoyo vivencial e intelectual de aquellas personas que me han brindado su extraordinaria amistad. A todos ustedes, insisto, les pertenece esta tesis.

Roberto Zapata Pérez

<b>Contenido</b>	<b>Página</b>
Introducción	5
Capítulo 1. Derechos humanos y filosofía de la historia	13
1.1 Idea de derechos humanos	13
1.1.1 Iuspositivismo	16
1.1.2 Realismo Jurídico	27
1.1.3 Iusnaturalismo	43
1.2 Filosofía de la historia de Kant	55
1.2.1 Antecedentes	55
1.2.2 Idea de la historia en el pensamiento kantiano	57
1.2.3 Derechos humanos y filosofía de la historia de Kant	66
1.3 Filosofía de la historia de Marx	73
1.3.1 Derechos humanos ante la idea marxista de la historia	83
Capítulo 2. Memoria histórica y Justicia	90
2.1 Idea de memoria histórica	91
2.1.1 Memoria histórica. Entre memoria e historia	101
2.1.2 Memoria y Barbarie	113
2.1.3 Idea de la historia en Walter Benjamin	122
2.2 La memoria en Tzvetan Todorov	135
2.2.1 La memoria intransitiva	138
2.2.2 La memoria ejemplar	142
2.3 Memoria y otredad	146
2.3.1 Creación de identidades	150
2.3.2 Creación de estigmas	156
Capítulo 3. Memoria histórica, derechos humanos y derecho	162
3.1 Construcción de los derechos humanos	162
3.1.1 Replanteando el pasado	168
3.1.2 Olvido y perdón	174
3.1.3 Justicia y pasado	179

3.2 Derechos humanos, creación de la norma y recuperación del pasado	184
3.2.1 Derechos humanos y ley	190
3.2.2 Derechos humanos y constitución	198
3.3 Derechos humanos: diálogo pasado-futuro	214
Conclusiones	222
Fuentes	238

## **Introducción**

El origen de este trabajo data de la tesis que sobre el rasgo de universalidad de los derechos humanos realicé para obtener el título de licenciado en derecho. Desde entonces ha operado en mi forma de comprender los derechos humanos un cambio que resulta substancial.

Aquél trabajo estaba imbuido en supuestos claramente iusnaturalistas. Además, el argumento central respiraba cierta actitud idealista, y agregaría, optimista. En este trabajo, me parece, hay ya una distancia con aquellos supuestos y cierta reserva con estas actitudes.

No puedo afirmar un momento específico en el que operó dicho cambio. Si puedo señalar, en cambio, que fue durante el proceso de escritura del actual trabajo en el que tomé conciencia de que para abordar el estudio de los derechos humanos, más que partir de una idea de dignidad intrínseca a los seres humanos, habría que tener presente que estos derechos, entendidos como discurso, como valores, como creación normativa, e incluso, como ideología, han tomado forma a partir de actos que difícilmente legitiman la idea de “dignidad” en sus autores. Me di cuenta entonces que cualquier idea de dignidad humana que pueda latir en los derechos humanos (y cualquiera que sea el contenido que a ella le atribuyan) había surgido como consecuencia de actos que podrían ser calificados como “de barbarie”. Y éstos, naturalmente, habían sido realizados por seres humanos.

En otras palabras, llegué a la idea de que los derechos humanos *existen* porque hubo, previamente, quien *no creyó* en ellos. Y más aún, que ese agente que *no creyó* en ellos, no tenía por qué creer en una noción que, dada su historicidad, no tenía mayor realidad objetiva. Ello me condujo a la convicción de que los derechos humanos eran una construcción humana. Una construcción sujeta a una movilidad temporal de la que se podía tomar conciencia en un ejercicio memorístico.

He aquí uno de los supuestos de este trabajo: la memoria histórica como mecanismo para tomar conciencia no sólo de cómo ha sido el devenir de los derechos humanos, sino también, de cómo puede resultar ser un elemento catalizador de la construcción de éstos.

Lo anterior anuncia ya cuál es el alcance –o la limitación- de este escrito. En él no hago el análisis específico de un caso particular del que se pueda afirmar que constituye una violación a los derechos humanos. Ciertamente he acudido intermitentemente a algunos de ellos para intentar dar forma al argumento, pero mi objetivo no es analizarlos a cabalidad. Tampoco es un trabajo en el que se proponga una reforma constitucional o legal que dé solución a un problema que incida en la eficacia de dichos derechos. Aunque también es cierto que algunas de las ideas que subyacen en el argumento pueden invadir la esfera de aquellos autores que impulsan alguna reforma jurídica concreta.

La naturaleza de este trabajo encuentra su raíz en el ámbito especulativo. Esto es, mira al ámbito de la fundamentación de los derechos humanos. Una fundamentación particular ciertamente, ya que no pretendo que las líneas que siguen constituyan “la” fundamentación única. Aspiro en todo caso a que coexista con otros ejercicios fundantes. Tal vez porque en el fondo tengo la idea –por supuesto aún pendiente de desarrollo- de que difícilmente se puede hablar de fundamentaciones únicas cuando se trata de explicar fenómenos sociales.

La dirección que he tomado para proponer un ejercicio de fundamentación de los derechos humanos vira, como he sugerido, a la mirada retrospectiva que se ha hecho hacia un pasado al que se le dota de una significación desde el presente, es decir, una mirada que asigna una interpretación relevante y consciente en la medida en que es el agente que despliega la memoria el que dota de coherencia y da sentido a eso, perdido e inaccesible, que llamamos “pasado”.

Es así que me vi en la necesidad de dar forma a una noción central en el trabajo: la de *memoria histórica*. Ni memoria entendida como apreciación imbuida de subjetividad de un pasado inmediato, ni historia entendida como disciplina que estudia o da forma a un pasado con un proceder metodológico y/o con aspiraciones científicas. La noción que propongo es, si se me permite la expresión, híbrida. Con lo anterior quiero significar que tomo elementos valorativos de una e integrativos de una narrativa crítico-comprensiva de la otra, para generar una noción en la que subyace un elemento pragmático: la construcción de ciertos valores, principios y/o normas significativos en un discurso que la doctrina contemporánea ha llamado desde hace algún tiempo, derechos humanos.

He aquí pues, cómo es que esta noción de memoria histórica, que permite la construcción de los derechos humanos, despliega dos perspectivas sumamente interesantes. Una mira al pasado en la forma de ejercicio histórico-memorístico. La otra mira al futuro en la forma de promesa. El pasado como sedimento que da forma lenta y tortuosamente a una promesa en continua reinención. El ejercicio memorístico que al trascenderse a sí mismo abre la puerta a una generalidad que resulta ser uno de los rasgos característicos que la modernidad ha atribuido al derecho.

Para que dicho aserto no resultara ambiguo o enigmático es que, en la realización de este trabajo, opté por seguir un camino un tanto largo. Como se verá, primero refiero los ejercicios intelectuales que han tratado de fundamentar –o de negar alguna posible fundamentación- de los derechos humanos. Ello tal vez aluda lo que ya señalé líneas arriba: que la naturaleza de este trabajo es de carácter especulativo y se centra en la exploración de una posible fundamentación de los derechos humanos.

Posteriormente, me refiero a dos enfoques histórico-filosóficos: el de Kant y el de Marx. Ambas propuestas buscan dar un sentido al pasado que me parece significativo para entender la idea moderna de los derechos humanos. Considero que en la concepción que actualmente se muestra como dominante en los estudios sobre los derechos humanos late una idea de progresividad que es una expresión particular de la noción de progreso que subyace en la idea de la historia de ambos autores.

Enseguida, busco poner en entredicho la concepción que, me parece, la modernidad ha construido de los derechos humanos. Ello supuso cuestionar la referida noción de progreso que se puede advertir en las propuestas filosóficas mencionadas, y dar paso, a una idea de la historia que da cuenta del otro lado de la moneda. Benjamin es el autor que me permite sustentar una idea de historia escéptica al discurso del progreso, y por tanto, que aporta elementos para tomar con reservas cualquier intento de ver el despliegue de los derechos humanos como un proceso histórico optimistamente inevitable. Con este autor pretendo advertir que el futuro promisorio no está garantizado, y que las expresiones de barbarie no son patrimonio exclusivo del pasado.



La problematización de la idea de la historia en el campo filosófico, me condujo a la necesidad de clarificar las nociones de memoria, historia y el concepto híbrido que he denominado *memoria histórica*. Con esta clarificación, busco establecer, no sólo los elementos o rasgos propios de estas nociones, sino también advertir la distancia que guarda la memoria histórica con otras formas de abordar el pasado que, aunque constituyen los cimientos que dan forma a uno de mis conceptos base, tienen otros objetivos, parten de diferentes supuestos, y tienen otras formas de ejercerse y de experimentarse.

A efecto de definir de forma más cabal los contornos de la noción de memoria histórica es que dedico algunos puntos a las propuestas de Walter Benjamin y de Tzvetan Todorov. Del primero destaco su idea de la historia ya que considero que permite incorporar versiones que del pasado se pueden forjar desde el referente de las víctimas de dinámicas humanas caracterizadas no sólo por la racionalidad, sino también por la barbarie. De Todorov retomo las categorías de memoria intransitiva y ejemplar, como base para dotar de sentido práctico a la memoria histórica a partir de la superación de la singularidad inherente en la memoria intransitiva mediante un proceso de generalización (primer rasgo de la normatividad jurídica) que permita proyectar hacia el futuro el contenido memorístico. En cierta forma, estos puntos me permiten anunciar implícitamente, a la recuperación memorística como una promesa a la que restaría dotarla de juridicidad.

El siguiente punto, pudiera pensarse que constituye una digresión cuya pertinencia en el trabajo puede resultar cuestionable. Decidí mantener el tema sobre la memoria y la otredad porque pude advertir que, en realidad, esa primera impresión resultaba errónea. Es justamente la reflexión sobre la otredad la que me permite abordar, así sea implícitamente, el tema de la posible universalidad de lo humano. Esto es importante, dado que uno de los puntos que se pone en cuestión a lo largo del trabajo es la imagen abstracta del hombre construida desde la Ilustración tomando como base una supuesta razón inherente y trascendente al tiempo y al espacio. En efecto, si esta característica -considerada esencial al ser humano en buena parte del pensamiento moderno- es puesta en duda desde el momento en que se afirma ese otro rasgo antitético que es la barbarie humana,

entonces surge la necesidad de explorar el fundamento de la universalidad en otro lado. En ese sentido, me permitió reflexionar y argumentar que la memoria, como sustento de una identidad en un proceso siempre inacabado, reivindica una diversidad humana que, en oposición a la homogeneidad abstracta de la idea iluminista de hombre, demanda el reconocimiento, más que de una esencia humana, el de la indeterminación que opera en la misma idea de devenir. Es decir, en este punto busco tensar la aspiración a eternizar una idea de naturaleza humana con aquella otra que afirma lo humano como agente cuya naturaleza está en movimiento histórico, diverso y vivo.

En el tercer capítulo busco establecer los puentes centrales entre las nociones de memoria histórica, los derechos humanos y el mundo jurídico. Para ello, parto de advertir la historicidad misma del momento fundante del orden jurídico, un momento que no se da en un vacío hipotético, sino, en el devenir que necesariamente toma como referente el orden previo. Busco tensar el argumento del momento fundante de ese orden, ya como ruptura, ya como continuidad, pero siempre en el marco de lo histórico significativo en oposición al recurso que supone derivar el momento fundante de hipótesis cuya pertinencia empírica es cuestionable.

Enseguida, como una manera de continuar con este tránsito de la reflexión histórico memorística al campo de lo jurídico y de los derechos humanos, refiero una de las figuras jurídico-políticas más interesantes del siglo XX: las comisiones de la verdad. El análisis de ésta me permite dar cuenta de que el replanteamiento del pasado ha tenido implicaciones concretas en diversas esferas sociales. Su aparente debilidad jurídica, puede ocultar el potencial que guarda, por ejemplo, en la conformación de nuevas narrativas legitimadoras, de líneas inéditas de investigación o como paso necesario para posteriores cambios en el sistema jurídico. Todos estos objetivos, suponen, un replanteamiento de lo pretérito, con el objeto de generar consecuencias en el presente y/o futuro. La comisión de la verdad (aunque también refiero el reconocimiento de la vulnerabilidad que ciertos grupos sociales han experimentado) permite la reivindicación de versiones que sobre el pasado no se encuentran explicitadas en las versiones oficiales de la época. Sugiero, hacia el final de dicho punto que, al ser el ejercicio histórico-

memorístico un acto humano, con rasgos definidos desde el ángulo de un sujeto, en realidad el *pasado* es, más que la clarificación de una verdad pretérita, una *construcción* y una *reinterpretación* constante hecha desde el presente, cuyas consecuencias, pueden tener implicaciones en lo jurídico.

El siguiente punto de este tránsito lo desarrollo en el marco de la relación entre memoria y perdón, entendiendo a éste como una modalidad que busca romper el círculo del pasado en aras de un nuevo comienzo, refiero entonces el argumento que establece la necesidad de conocer la verdad como paso previo para el perdón, así como el controvertido recurso de las leyes de amnistía y al discurso de reconciliación nacional como eventual instrumentalización para inducir el perdón y evitar la justicia.

El tercer puente que establezco entre memoria histórica, derechos humanos y derecho es desarrollado en la reflexión que, en torno a la recuperación de lo pretérito, surge al juzgar hechos o crímenes del pasado cuando no hay aún una hipótesis normativa de los mismos, esto es, la controvertida solución que planteaba la creación de tribunales *ad hoc* y una breve referencia al actuar del juez como guardián de la promesa jurídica expresada en un eventual derecho que ha recuperado el pasado, tornándose con ello en neutralizador de la memoria singular. En este capítulo toma forma una argumentación que tiene como base la afirmación de François Ost: “La ley para el futuro, el juicio para el pasado”.

Hacia el final de este trabajo, centro mi atención en la generación de normas jurídicas como expresión dual: primero, como recuperación memorística, y segundo, como promesa hacia el futuro. Para ello, parto del aserto de que en ambas expresiones hay un contenido que no es otro sino una especie de construcción de los derechos humanos que encuentra en la recuperación o reconstrucción del mundo concreto de lo pasado, un sustento que dota de firmeza a su fundamentación expresada en forma jurídico normativa. Señalo los límites de la concepción del Estado de derecho en relación a los derechos humanos y enfatizo la necesidad de reconocer la importancia del contenido en relación a la forma, sobre todo tratándose de los citados derechos.

Cierro el trabajo refiriendo el paralelismo entre el surgimiento del constitucionalismo moderno y la noción de derechos humanos. Este camino,

sostengo, partía de la convicción de un contenido valorativo que, en tanto expresión de la racionalidad, era invariable, universal y ahistórico. Doy cuenta –no sin cierto sentido paradójico- de una cierta similitud de supuestos que, en relación al momento fundacional expresado en documentos constitucionales, guardaron las actitudes revolucionarias y contrarrevolucionarias, destacando en ambos casos su posible nostalgia de la eternidad. Señalo esa misma nostalgia en el intento de ver un *sustratum* invariable en la materialidad inherente a los derechos humanos que entra en colisión con la reivindicación del devenir histórico. Afirmando, finalmente, la necesidad de ver en el documento constitucional un continente que incorpora la experiencia y las narrativas que del pasado singular hemos hecho a partir de la memoria histórica, que lo dota de generalidad y erige una promesa sujeta a la revisión que permitiría imprimir dinamismo histórico al discurso de lo que hemos denominado, derechos humanos. Entiendo este dinamismo, como un proceso de construcción inacabado e indeterminado cuyo horizonte cambia mientras tenemos la sensación -tal vez sólo eso, la *sensación*- de caminar hacia él.

Quisiera cerrar estas líneas introductorias señalando las influencias intelectuales que subyacen en este trabajo, y por supuesto, en mi forma de abordar el tema de los derechos humanos. Constituyen en términos generales, las lecturas eje del mismo.

En el tema de la memoria, sin duda, mi deuda es con Tzvetan Todorov. Me atrevo a señalar que, incluso en el tema de la otredad, y aunque no lo consideré de forma explícita cuando desarrollé ese tópico, es uno de los autores que ha sido fundamental en la conformación de mis ideas relativas a la alteridad.

Mi noción filosófica de la *historia* entendida aquí como el sentido de un devenir identificado bajo la etiqueta de *lo pasado*, debe buena parte de su escepticismo a las tesis de Walter Benjamin. Fue este autor marginal y la invaluable formación historiográfica que he tenido la fortuna de tener los que me han permitido relativizar la ambiciosa aspiración de *inmovilizar* la historia y tomar con cautela los discursos que buscan explicar (e incluso *poseer*) el pasado.

En cuanto a mis influencias en torno a la comprensión del fenómeno jurídico destaco tres: François Ost, Gustavo Zagrebelsky y Arturo Berumen Campos. Me parece que los tres abrevan de una tradición de pensamiento que pone el énfasis

en el dinamismo jurídico más que en la aspiración a eternizar de forma apodíctica la comprensión de *lo jurídico*: la temporalización del derecho, la ductibilidad jurídico-histórica y la noción de redeterminación son categorías intelectualmente generosas que me han permitido ver la disciplina jurídica y, por supuesto, los derechos humanos desde la marea, desde el otro lado que no es, por supuesto, el puerto seguro.

Roberto Zapata Pérez  
Enero, 2015

## **Capítulo 1. Derechos humanos y filosofía de la historia**

### **1.1 Idea de derechos humanos**

La palabra “fundamento” viene del latín *fundamentum*, ‘fundamento; cimiento’, de *fundare* ‘fundar’ y *mentum* ‘resultado; lugar’, es decir, lugar que sirve de base o apoyo.<sup>1</sup> En este sentido, cuando buscamos una fundamentación, en realidad, lo que pedimos es que se nos de razón de lo que se dice. Justamente, al pedirse razón de lo afirmado, vamos en contra del fundamentalismo y/o dogmatismo.

La fundamentación de los derechos humanos ha sido profundamente controvertida. Se ha dicho, por ejemplo, que cada concepción de la persona humana, implica una forma diferente de los derechos humanos.

De acuerdo con Labrada Rubio, tenemos por un lado, que el problema de la indeterminación de los derechos humanos tiene su origen en la imprecisión del lenguaje jurídico, y agrega que otra forma de ver dicha problemática es que “la indefinición terminológica responda a una indefinición conceptual de fondo que incide en último término en el concepto mismo de persona humana.”<sup>2</sup>

Así, en cuanto a la fundamentación filosófica de los derechos humanos tenemos dos vertientes principales. La primera señala que no hay que fundamentar filosóficamente tales derechos, porque es imposible una fundamentación absoluta, es decir, todas las fundamentaciones habrán de ser parciales y por lo tanto insuficientes. La otra postura básica es la que sostiene que sí se pueden fundamentar filosóficamente los derechos humanos, ya con una fundamentación última o absoluta, ya con una fundamentación parcial. En general, cualquiera de las anteriores posturas pueden integrarse en algunas corrientes de pensamiento jurídico centrales; las principales, objeto de estudio en este punto, son la iuspositivista, la iusrealista y la iusnaturalista.

Algunos de los autores que rechazan la fundamentación de los derechos humanos son referidos por el profesor Mauricio Beuchot en su obra *Filosofía y derechos humanos*.<sup>3</sup> En un primer momento hace referencia a Victoria Camps, la

---

<sup>1</sup> Gómez de Silva, Guido, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica-Colegio de México, 2001, p. 314.

<sup>2</sup> Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la teoría de los derechos humanos*, 1ª ed., Madrid, Ed. Civitas, 1998, p. 33.

<sup>3</sup> Beuchot, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos*, 4ª ed., México, Siglo XXI, 2001, pp. 24 y 25.

cual considera que tratar de fundamentar los derechos humanos no conduciría a gran cosa y agrega que es preferible buscar un consenso fáctico, es decir, pragmático más que teórico. No obstante lo anterior, La autora afirma que la fundamentación de los derechos humanos es un intento de enriquecer la idea de dignidad humana, con lo cual no puede eludir la idea clásica de fundamentación, pues hacer referencia a la noción de dignidad humana supone en el fondo algo inherente al hombre. Camps no invalida en definitiva la posibilidad de fundamentar.

Posteriormente, Beuchot cita a Carlos Thiebaut, Julio Seoane y Ángel Rivero, quienes plantean que la crítica a la modernidad ha mostrado como incumplibles los ideales de fundamentación en todos los campos. Para estos autores los metadiscursos fundantes se han mostrado inoperantes, lo que ha llevado a un cierto escepticismo y negativismo en lo referente a la fundamentación a la que hacemos referencia. Sin embargo, también sostienen que la vigencia de los derechos humanos es necesaria en las democracias actuales, por lo que, si bien niegan la pretensión de fundamentación absoluta, afirman por lo menos, la posibilidad de algunos intentos de fundamentación parcial, aunque sólida y suficiente. No se trata de obtener un consenso absoluto de los derechos humanos, sino suficiente, pues el consenso en sí no es el que confiere universalidad a los mismos.

Otro autor -citado por Beuchot- que rechaza la posibilidad de fundamentar los derechos humanos es Eduardo Rabossi, quien plantea que no existe un autentico problema filosófico de fundamentación de los derechos humanos, ya que dicho problema, de existir, habría sido suprimido al emitirse la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* en 1948; dicha declaración expresaría positivamente un acuerdo universal acerca de un ideal común de la humanidad. Así, Rabossi plantea que el problema que nos ocupa no existe porque los derechos humanos han sido positivados o están en camino de serlo. Sin embargo, a pesar de lo expresado por este autor, queda pendiente saber si hay algo objetivo que respalda un acuerdo intersubjetivo, es decir, un cimiento metajurídico.

En la misma línea de Rabossi tenemos a Norberto Bobbio quien también sostiene como resuelto el problema que nos ocupa desde la declaración de 1948.

Bobbio escribe: “El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico [...] No se trata de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cual es su naturaleza y fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro de garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados.”<sup>4</sup> De hecho, asocia la búsqueda de la fundamentación filosófica de los derechos humanos con el iusnaturalismo, cuando lo urgente –según el propio autor- es que, por medio de la positivación se logre proteger a los derechos humanos.

Bobbio apunta cuatro razones para negar la existencia de un fundamento absoluto de los derechos humanos. La primera es la vaguedad de la expresión y del mismo concepto de derechos humanos. La segunda, es la variabilidad histórica de los mismos, pues nos dice que lo que parece fundamental en una época histórica o en una civilización determinada, no lo es en otras épocas y culturas. La tercera, es la heterogeneidad, esto es la diversidad de contenido entre unos y otros derechos fundamentales. Y la cuarta, las antinomias o contradicciones entre estos derechos.

Afirma Bobbio que incluso aceptando un posible fundamento de los derechos humanos, eso no nos haría reconocer y realizar más pronto tales derechos, pues la historia ha desmentido dicha pretensión –concretamente en su expresión iusnaturalista. A pesar de lo anterior, Bobbio usa la falacia naturalista que él mismo critica, cuando pasa de lo fáctico a lo axiológico, en palabras de Beuchot “[...] se pasa de negar el cumplimiento fáctico de un derecho a negar su fundamento axiológico”.<sup>5</sup>

De esta forma, tenemos ya un panorama general sobre la problemática que gira en torno al fundamento de los derechos humanos. Hemos hecho un diagnóstico general sobre la problemática de la fundamentación de los derechos humanos que ha conducido a algunos autores a dudar que ésta sea posible.

Pero la dificultad para acercarnos a una noción de los derechos humanos es más compleja aún. En el intento de encontrar una fundamentación filosófica de

---

<sup>4</sup> Citado en Sebastián Ríos, Ángel Miguel, *Introducción al estudio de los derechos humanos*, 1ª ed. México, Centro de Investigación, Consultoría y Docencia en Guerrero, A.C., 1996, p. 16.

<sup>5</sup> Beuchot, Mauricio, *op. cit.* p.158.



los derechos humanos, a lo largo de la historia del pensamiento han surgido varias posiciones. La búsqueda de la justificación teórica que da vida a los derechos que nos ocupan ha revestido múltiples corrientes. En el siguiente punto abordé de manera general la posición de las principales corrientes iusfilosóficas en torno al fundamento de estos derechos. Sin pretender agotarlas, serán referidas de manera casi esquemática, y nos centraremos en las tres corrientes jurídicas tradicionalmente consideradas como dominantes: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y el realismo jurídico, aceptando de antemano que las citadas corrientes han adoptado diversos rostros a lo largo de la historia. Igualmente, es importante plantear, que las distintas posiciones tienden a mezclarse, por lo que es difícil, si no imposible sobre todo en la doctrina jurídica actual encontrar pensamientos o corrientes puras.

### **1.1.1 Iuspositivismo**

A mediados del siglo XIX se produjo un movimiento contrario a las tendencias metafísicas de los siglos precedentes. Comenzó a hablarse de positivismo jurídico, término con el que se buscaba la exclusión de toda especulación metafísica del derecho natural ya que, se pensaba, sólo el derecho positivo era el objeto legítimo de la ciencia jurídica.

La aplicación de la metodología positivista a los estudios jurídicos produjo un importante desarrollo de la ciencia jurídica, hecho que aportó respuestas a problemas jurídicos –como explicar la esencia y la existencia del derecho- desde el derecho vigente. La creencia generalizada en la ciencia diluyó el paradigma del derecho natural por *insuficiencia* científica.

Respecto del iuspositivismo, Celso Lafer sostiene que con dicha perspectiva jurídica la idea de *sistema* pasó a tener características de una estructura lógico-demostrativa, con lo que fue perdiendo significado la idea de *otro* derecho que no fuera el derecho del código o la constitución. En ese sentido, este autor señala que, “[...] el fundamento del derecho dejó de ser buscado en los dictados de la razón y pasó a afirmarse como la voluntad del legislador, independientemente de cualquier juicio sobre la conformidad de esa voluntad con la razón.” Agrega el profesor brasileño que es con Hegel donde se explica la

disolución del dualismo entre derecho natural y derecho positivo a través de la identificación de lo real y lo racional, es decir, la ley será racional por el hecho de ser ley, la autoridad hace la ley porque es sabiduría (razón). Esta identificación entre lo real y lo racional condujo a la ontologización del derecho positivo, con lo que la ley dictada por el Estado se fue convirtiendo en la fuente exclusiva del derecho.<sup>6</sup>

La postura de Celso Lafer bien puede matizarse si atendemos (como lo haremos más adelante) a la crítica que hace Norbert Hoerster a la llamada *tesis de la ley*, la cual ha sido imputada tradicionalmente a los iuspositivistas y que señala que el concepto de derecho tiene que ser definido a partir de la ley.

En la misma línea, se ha afirmado que el positivismo jurídico no admite principios racionales de validez universal y necesaria. Así, el positivismo argumenta, en respuesta al iusnaturalismo, que no puede haber derechos ni antes ni fuera del Estado. Recaséns Siches caracteriza este rasgo del positivismo jurídico de la siguiente forma:

Interpretando [los positivistas] la expresión “derechos del hombre” como un conjunto de derechos subjetivos, argüían que no puede haber propiamente “derechos subjetivos” ni antes ni fuera del Estado, es decir, ni antes ni fuera de un “orden jurídico establecido”. Hay un “derecho subjetivo” cuando una norma de Derecho objetivo positivo lo establece, proveyendo además, los medios para hacerlo efectivo, es decir, proveyendo una medida coercitiva para el otro sujeto que, con su conducta, desconozca o infrinja el derecho subjetivo de una persona [...] esto puede darse única y exclusivamente dentro del marco de un orden jurídico positivo, y no con anterioridad e independencia de él.<sup>7</sup>

Más adelante, el propio Recaséns Siches nos dice que “quienes así argüían habían malinterpretado el sentido que la palabra *derechos* tiene en la expresión “derechos del hombre”, pues aquí, la palabra *derecho* no es empleada en el sentido de “derechos subjetivo.”

Por su parte, Eduardo García Máynez señala que positivista es aquel “que adopta frente al derecho, una actitud no valoradora o aestimativa, y para distinguir

---

<sup>6</sup> Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, 1ª ed., trad Stella Masttrangelo, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 44.

<sup>7</sup> Recaséns Siches, Luis, *Filosofía del derecho*, 16ª ed., México, Porrúa, 2002, p.552.

un precepto jurídico de otro no jurídico se basa, exclusivamente, en datos verificables”, es decir, la mentalidad positivista no incluye consideraciones teleológicas ni axiológicas.<sup>8</sup>

De acuerdo a lo expuesto, podríamos identificar, junto con Carlos Massini, al positivismo jurídico como “aquella concepción que sostiene que toda norma, deber o derecho es puesto originariamente por una autoridad estatal o social.”<sup>9</sup> Esto es, el iuspositivismo, en oposición al iusnaturalismo, se expresa como una corriente monista, pues para los juristas influenciados por dicho enfoque no existe otra dimensión jurídica que la estrictamente positiva.

Uno de los íconos de la tradición iuspositivista es Hans Kelsen quien al inicio de su obra *Teoría Pura del Derecho* sostiene que ésta “constituye una teoría sobre el derecho positivo”. En tanto teoría pretende distinguir su objeto, es decir, busca responder a la pregunta sobre qué es el derecho o cómo es, pero no cómo *debe ser*. Así, el objeto específico de la ciencia jurídica, para Kelsen, es el derecho positivo o *real*, en contraposición con un derecho ideal. Con ello buscaba evitar que la teoría del derecho derivara en metafísica.<sup>10</sup>

Cuando Kelsen caracteriza su teoría como una doctrina *pura* lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, es decir, se trata de una teoría pura porque metodológicamente “desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico [...] quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños”, y evitar un sincretismo metódico que, en opinión de Kelsen, ha oscurecido la esencia de la ciencia jurídica.<sup>11</sup>

Líneas más adelante, Kelsen señala que lo que imprime a un hecho o acontecimiento fáctico su significación jurídica, no es su propia naturaleza, sino una norma jurídica que juega como *esquema de explicitación conceptual*. La calificación jurídica, no puede derivar de una fuente distinta del derecho mismo.

---

<sup>8</sup> García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*, 4ªed., México, Fontamara, 2002, p.12.

<sup>9</sup> Massini Correas, Carlos I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 207.

<sup>10</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 15ª ed., trad. Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2007, p. 15.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 15.

Adicionalmente, la norma que “otorga al acto el significado de un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es ella misma producida por un acto de derecho que, por su lado, nuevamente recibe su significación jurídica de otra norma”. Así las cosas, el conocimiento jurídico se dirige hacia normas que otorgan a ciertos acontecimientos el carácter de actos conforme a derecho. En consecuencia, el derecho será “una ordenación normativa del comportamiento humano” que otorga a ciertos acontecimientos el calificativo de conforme o contrario a derecho.<sup>12</sup>

Hans Kelsen considera que lo que da unidad al orden jurídico es una norma fundante básica presupuesta la cual establecerá las pautas de creación de las normas que constituyen un orden jurídico determinado. Para que una norma pertenezca a este último su producción debe ser conforme a la norma fundante básica. De esta forma, el derecho positivo queda justificado por una norma hipotética independientemente de que su contenido sea justo o injusto. El autor vienés comenta: “El contenido de un orden jurídico positivo es enteramente independiente de su norma fundante básica. Puesto que [...] de la norma fundante cabe derivar solamente la validez, pero no el contenido del orden jurídico [...]. No se puede negar validez a ningún orden jurídico positivo por el contenido de sus normas.”<sup>13</sup>

Lo dicho anteriormente es sumamente importante porque me parece que entra en claro conflicto con los intentos de fundamentación de los derechos humanos. Es así en virtud de los siguientes aspectos. Primero, metodológicamente, la intención de pureza metódica de Kelsen se esfuerza en explicar al derecho desde el derecho mismo. Sin embargo, la literatura de los derechos humanos, cuya naturaleza es compleja y discutida, suele recurrir a argumentaciones de otras disciplinas (filosofía, política, sociológica, etc.) lo cuál, en opinión de Kelsen va en detrimento del afán científico de la jurisprudencia. En segundo lugar, tenemos la cuestión del contenido de los derechos humanos, cuya validez depende primordialmente del contenido, más que de la manera formal de creación. Más allá de los debates, dilemas y discusiones en torno a los derechos humanos, para éstos, el contenido no es independiente, como lo sería para la

---

<sup>12</sup> *Ibidem* p. 18.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 228.

teoría del derecho positivo de Kelsen. Finalmente, vinculada con la anterior consideración, tenemos el fundamento de las normas jurídicas: mientras que para el derecho positivo kelseniano las normas de un orden jurídico encuentran su fundamento y unidad en la norma fundante básica presupuesta, por su parte los derechos humanos, al menos en principio, encuentran su fundamento no en una norma hipotética que imponga un deber de cumplimiento del derecho independientemente de sus contenidos, sino en contenidos derivados de conceptos o categorías no necesariamente jurídicos, tal como resultan ser las ideas de dignidad humana, de razón, de la infinitud del ser humano, etc. Los contenidos de los derechos humanos y del derecho positivo pueden coincidir pero mientras para aquéllos dicho contenido es fundamental para conformar su esencia, para éste no es condición de validez.

De esta forma, la teoría pura del derecho, al girar en torno al derecho positivo, no parte de ningún criterio de justicia o injusticia. Con ello, el propio Kelsen tiene conciencia que al no cumplir ninguna justificación ético política se tacharía a la teoría pura como una teoría insatisfactoria, pues lo que los críticos iusnaturalistas suelen buscar es un criterio para evaluar el derecho positivo como justo o injusto, y como tal criterio sólo puede obtenerse con una postura iusnaturalista –partiendo del supuesto de que las normas de derecho natural poseen o pretenden poseer validez absoluta- excluyen la posibilidad de un derecho positivo que explique su validez a partir de sí mismo.

Siguiendo a Norberto Bobbio se puede afirmar que el positivismo jurídico ha sido atacado desde dos posturas: 1) desde la vertiente iusnaturalista se le contraponen al derecho positivo un *derecho superior* que le proporciona criterios de valoración, es decir, al ser la teoría del derecho natural una teoría que lo define a partir de su contenido o finalidad, era lógico que entrara en conflicto con una teoría que define el derecho a partir únicamente del proceso de creación. 2) Desde la perspectiva realista se afirma que el derecho positivo se coloca al lado de un derecho diverso que emana directamente del comportamiento de los sujetos, con lo cual se explicita una crítica a las teorías formales de las fuentes del derecho.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2007, pp. 41-42.

Otra de las aportaciones más emblemáticas de Bobbio es la distinción de tres aspectos distintos e independientes del positivismo jurídico, con lo cual imprimiría una mayor complejidad al debate entre iusnaturalistas y iuspositivistas. Sintéticamente, dichos aspectos del positivismo son:

1) *Como un modo de acercarse al estudio del derecho.* Se trata de la delimitación del objeto de la investigación, que parte de la distinción entre el derecho real o como hecho (el derecho que es) y el derecho ideal o como valor (el derecho que *debe ser*). Para que haya un acercamiento “científico” al derecho, la postura iuspositivista sostiene que se debe referir al derecho real mediante un proceso ajeno a juicios de valor, absteniéndose de tomar posición frente a la realidad observada, y por tanto, asumiendo ante el derecho una actitud a-valorativa o éticamente neutra. Quienes aceptan esta postura del positivismo jurídico no niegan la existencia de un derecho ideal o natural, sino que niegan que sea derecho en el mismo sentido que lo es el derecho positivo, ya que a diferencia de este último, el derecho natural no es vigente, y consecuentemente, no es de interés de la investigación científica. Partir del derecho *tal como es* sirve mejor al objeto de la ciencia jurídica pues proporciona un esquema de derecho vigente.

En este sentido, este primer enfoque del positivismo jurídico, podría reconocer la existencia de derechos humanos, solo en la medida en que son parte del derecho positivo, único susceptible de ser objeto de un estudio científico. Por tanto, el estudio de los derechos humanos, sólo será relevante si su formalización coincide con el derecho vigente, con el derecho que es. El contenido de los derechos humanos resultaría subordinado al hecho de ser derecho vigente. Así, aunque estos derechos pueden ser reconocidos por los iuspositivistas que adoptan este enfoque, su naturaleza reconocida –como derecho valor- no es susceptible de un estudio desde la ciencia del derecho.

2) *El iuspositivismo como teoría.* Bobbio caracteriza este aspecto como aquella concepción del derecho que lo vincula a la formación del poder soberano encargado de la producción y el ejercicio monopólico del derecho. Se identifica con la teoría estatal del derecho. En cuanto teoría, parte de la fórmula que establece como tácticamente verdadero que el derecho vigente es un conjunto de reglas de conducta aplicadas por el Estado.

A este segundo aspecto Bobbio le vincula teorías que, a menudo, son consideradas como características del positivismo jurídico: a) la teoría de la coactividad para la cual el derecho es un conjunto de normas que se aplican por la fuerza; b) la teoría imperativa según la cual las normas jurídicas son mandatos; c) la teoría de la supremacía de la ley como fuente central del derecho; d) la consideración del orden jurídico como sistema pleno y coherente, con ausencia de lagunas; la consideración de que la actividad del juez es fundamentalmente lógica.

Como se observa, esta línea vinculada al positivismo es cercana a la existencia del Estado. Esto tiene implicaciones importantes al momento de analizar los derechos humanos a la luz del positivismo, principalmente, si aludimos a la común afirmación que caracteriza a los derechos humanos como una realidad de análisis anterior, superior o paralela al Estado. Si aceptamos este último aserto, estamos en posición tensa con el positivismo jurídico como teoría, ya que éste solo se comprende con la presencia de la entidad política estatal.

3) *Positivismo jurídico como ideología*. Esta postura considera que el derecho es un valor positivo a partir de dos formas de argumentación: a) por el solo hecho de ser positivo, el derecho es justo; b) el derecho, al constituir un conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza, sirve, por su propia existencia -independientemente del valor moral de sus reglas- para obtener ciertos fines considerados habitualmente como deseables: orden, paz, certeza y justicia legal. Para ambas posiciones las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, constituyendo dicha obediencia un deber moral, en contraposición a la obligación externa o por temor a la sanción. El derecho, tan sólo por ser tal, y más allá de su contenido, tiene por sí un valor positivo y por tanto hay que prestar obediencia incondicionada a sus prescripciones independientemente de su correspondencia con el derecho ideal.<sup>15</sup>

El iuspositivismo ideológico ha sido el destinatario de acusaciones referentes a la responsabilidad que ha tenido en la implementación de algunos órdenes totalitaristas. Sin embargo, Bobbio afirma que es falsa la afirmación de la obligación moral de obedecer las leyes positivas. En todo caso, dicha teoría de la

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 41 y ss.

obediencia ha sido afirmada por las posturas iusnaturalistas. Esto evidencia que la postura de la obligación moral, más allá de ser patrimonio de alguna vertiente iusfilosófica, busca un elemento de obediencia que trascienda el mero temor a la sanción.

Otro autor contemporáneo que ha abordado la cuestión del derecho positivo es el jurista alemán Norbert Hoester. Dicho autor critica a las posturas que tienden a reducir posiciones diversas en la categoría *positivismo jurídico*, desconociendo con ello, las enormes diferencias que subyacen en todas ellas, y que las hacen lógicamente independientes unas de otras. De hecho, señala, algunas de las tesis habitualmente imputadas a los iuspositivistas son insostenibles. Las cinco tesis que caracteriza son:<sup>16</sup>

1) *La tesis de la ley*. ésta plantea que para obtener el concepto de derecho hay que partir de la noción de ley. Naturalmente, afirma, el concepto de derecho debe integrar no solo al derecho legal, sino también al derecho consuetudinario y el derecho judicial. Reconoce, por tanto, que dicha tesis ya no suele ser imputada al positivismo.

2) *La tesis de la neutralidad*. La cuál parte de la idea de que el concepto de derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido. Es decir, para el iuspositivista es necesario definir al derecho a partir de criterios puramente formales o neutros respecto al contenido, con lo cuál separa la atribución de la validez jurídica de la formulación de valoraciones ético normativas. Así, normas adjetivadas como injustas o inmorales serán derecho siempre que satisfagan los criterios internos de validez, y concretamente, la constitución de una determinada sociedad.

Para Hoester, la segunda tesis es central para el pensamiento iuspositivista ya que, según los juristas que adoptan esta vertiente iusfilosófica, sólo un concepto del derecho materialmente neutral, es decir, ajeno a cualquier valoración, reconocerá de mejor forma los fenómenos o elementos necesarios y susceptibles de descripción desde la ciencia jurídica. Los fenómenos a describir, continúa, son normas sociales que: a) han sido creadas en el marco de una

---

<sup>16</sup> Para el análisis de este autor me baso en Hoester Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, Trad. de Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 9-27.



constitución eficaz; b) forman parte de un orden normativo que prevé la aplicación de la coacción física, y c) quién se niegue a obedecer dichas normas debe contar con las consecuencias de amenaza. Todas las normas que posean dichas características pueden ser incluidas en el concepto de derecho.

Señala que podría argumentarse que la tesis que se comenta es falsa porque quien aplica el derecho no puede, de forma necesaria, prescindir en todos los casos de valoraciones. Hoerster señala que la tesis que plantea que el concepto de derecho debe ser definido neutralmente respecto a su contenido no significa que el creador del derecho prescinda de valoraciones substanciales. El autor de las normas jurídicas generales *valora* al momento de legislar. Distinta situación de aquel que desea simplemente describir el derecho vigente, acción que podrá hacer sin recurrir a sus propias valoraciones. “Crear o aplicar derecho, por una parte y tomar conocimiento y describir el derecho, por otra, son dos actividades fundamentalmente diferentes [...]. Justamente el iuspositivista concede de esta manera el mayor campo posible de valoración y conformación al creador del derecho.”<sup>17</sup> Esta conclusión guarda una gran relevancia para el tema de los derechos humanos. En efecto, desde la perspectiva de este autor puede darse el caso de que ciertos legisladores mediante un ejercicio de valoración busquen materializar en un orden jurídico concreto los contenidos de los derechos humanos, y que sin embargo, al momento que estos mismos legisladores adopten el rol de estudiosos del derecho, esto es, de científicos del derecho, asuman la tesis 2 de neutralidad con pretensiones, precisamente, científicas.

3) *La tesis de la subsunción.* Con esta tesis se establece que la aplicación del derecho se lleva a cabo mediante una subsunción libre de valoraciones, esto es, que quien aplica el derecho actúa como un tipo de autómatas de la subsunción que mediante medios lógicos encuentra el derecho aplicable al caso concreto. Al igual que la tesis 1, la de la subsunción ha sido ya refutada aun cuando los adversarios del positivismo se lo siguen atribuyendo.

4) *La tesis del subjetivismo.* Supone que los criterios de derecho recto son de naturaleza subjetiva, rechazando con ello, una posible objetividad axiológica

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 14.

que afirmarí­a la existencia de pautas objetivamente v­alidas que deben constituir el concepto del derecho. Los iuspositivistas rechazan esta ­ltima afirmaci3n.

Es importante se­­alar que, para Hoerster, la tesis del subjetivismo, a diferencia de la tesis de la neutralidad, no tiene car­cter central en el positivismo jur­dico, pues hay partidarios de la tesis de la neutralidad que rechazan la tesis del subjetivismo. Por tanto, tesis de neutralidad y la del subjetivismo son l3gicamente independientes, tal como ocurre, afirma Hoerster, en el caso de Jonh Austin.

As­­ las cosas, para los partidarios de los derechos humanos, que ven en el contenido de los mismos un *substratum* pretendidamente v­alido de manera objetiva (ah­­ se sustenta el rasgo de universalidad que se les suele atribuir), rechazar­n consecuentemente la citada tesis 4.

5) *La tesis del legalismo*. Afirma que las normas del derecho deben ser obedecidas en todas las circunstancias. A los iuspositivistas se les suele imputar no solo que califican como derecho sistemas normativos con cualquier contenido, sino adem­­s, que consideran que las normas que ellos han calificado como derecho son obligatorias y deben ser obedecidas en cualquier circunstancia. Sin embargo, Hoerster plantea que es justamente el iuspositivista quien, al ser partidario de la tesis de la neutralidad –que no impone al concepto de derecho limitaci3n alguna de contenido-, tiene la posibilidad de “dejar abierta la cuesti3n de la obligatoriedad de las normas jur­dicas respectivamente vigentes.” S3lo para ellos, es posible que una norma jur­dicamente v­alida y vinculante pueda ser, simult­neamente, rechazada “debido a su violaci3n de exigencias morales de la justicia y de los derechos humanos”. Esto es as­­, porque el iuspositivismo permite una estricta separaci3n entre la atribuci3n de la validez jur­dica y la formaci3n de deberes 3tico-normativos. Por tanto, contin­a Hoerster, dicha tesis es rechazada por los iuspositivistas modernos.<sup>18</sup>

De esta forma, se puede afirmar que en tanto el positivismo rechaza las especulaciones aprior­sticas y metafísicas y, en cambio, afirma los datos de la experiencia, el ­mbito jur­dico se reduce al derecho positivo. Bajo esta premisa cualquier fundamento metajur­dico de los derechos humanos carecer­ de

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 17.

efectividad en tanto no formen parte del derecho positivo, pues es éste el que, por medio de la ley, les da existencia real como auténticos derechos.

Una muestra de lo dicho es el rasgo de universalidad de los derechos humanos que afirma que estos se adscriben a todos los seres humanos y supone que se haga caso omiso de circunstancias, condiciones o contextos, tal como resulta ser el pertenecer a un Estado determinado o estar sometido a un orden jurídico específico. Pero para el iuspositivismo, la primera consideración que esto sugiere, es que tendrían que sacar los derechos humanos fuera del ámbito del sistema jurídico positivo. Francisco Laporta lo explica en los siguientes términos: “Hay una imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que los derechos humanos son universales y que son producto del orden jurídico positivo, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de universalidad de que se habla”<sup>19</sup>. A no ser, claro está, que estemos dispuestos a argumentar la posible existencia de un sistema jurídico positivo cuyas normas sean universales en el sentido ya mencionado.

Aquí podemos apelar a una distinción señalada por Javier de Lucas que permite separar los derechos del hombre de los del ciudadano, distinción que supone, entre otras consecuencias, que los derechos fundamentales –recordemos que el término “fundamentales” es usado por algunos partidarios del iuspositivismo- carecen de la nota de universalidad. O bien, haciendo laxa la propuesta de Javier de Lucas, en un mismo contexto iuspositivista los “derechos del hombre” serían derechos universales, pero *estrictamente* en el marco del sistema jurídico de que se trate: “derechos que la Constitución refiere no sólo a los ciudadanos, sino a todos los hombres a los que es aplicable dicho sistema”. Continúa diciendo que *a sensu contrario*, habrá derechos fundamentales no universales, en el sentido que se reservan sólo al que reúne la condición de ciudadanía. No hay que olvidar, sin embargo, que esta distinción de derechos fundamentales se desarrolla en la esfera jurídica positiva en sentido estricto. Hay una amplia literatura que sostiene que los derechos humanos, por su parte, como exigencias ético-jurídicas no se subordinan a la pertenencia o no de un Estado o a

---

<sup>19</sup> Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, en *Doxa*, Alicante, España, 1987, núm. 4, p.33.

la condición de ser o no ciudadano.<sup>20</sup> Estamos frente a dos ámbitos de discusión distintos, pero no excluyentes: el estrictamente jurídico y el axiológico valorativo.

Se puede concluir que para el iuspositivismo los derechos fundamentales son aquellos derechos que son reconocidos como tales en un ordenamiento jurídico. Al ser las leyes la principal fuente del derecho, serán éstas las que determinen los derechos de las personas. Dicha determinación, será en principio irrelevante para dotar el carácter de jurídico al orden normativo en cuestión, esto en virtud de que lo relevante para categorizar un orden jurídico, no es, para los iuspositivistas, el contenido, sino la validez derivada de su proceso de creación. Por ello, se habla más de derechos fundamentales, que de derechos humanos, estos últimos, inscritos tradicionalmente en el horizonte de la doctrina iusnaturalista.

### **1.1.2 Realismo Jurídico**

El denominado “realismo jurídico” irrumpió con particular fuerza en el horizonte jurídico norteamericano durante la primera mitad del siglo XX. A decir de Brian H. Bix, bajo dicha denominación son incorporados varios autores entre los que “existe poco acuerdo entre sus puntos de vista, valores, temas o metodología”. Esto dificulta establecer un único sentido del movimiento realista norteamericano.<sup>21</sup>

Fue el juez norteamericano Oliver Wendell Holmes Jr. quien sostuvo la equivalencia del derecho con la experiencia práctica, esto es, con los hechos concretos que resultan ser, en su opinión, un reflejo de la eficacia del derecho. Así, para este autor, la ciencia jurídica no tiene únicamente un perfil normativo-formalista, sino que, respondiendo a las demandas de una ciencia social, también tiene como objeto analizar *cómo* opera el orden jurídico en los tribunales. El propio Brian Bix, da cabida a una larga cita de la obra *The Common Law*, en la que Holmes escribió:

La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia. Las necesidades conscientes del momento, las teorías morales y políticas prevaletes,

---

<sup>20</sup> Cfr. De Lucas, Javier, “¿Derechos sin fronteras?”, en Sauca, José María (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, 1ª ed., Madrid, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, 1994, p. 451.

<sup>21</sup> Bix, Brian H., *Filosofía del derecho: ubicación de sus problemas en su contexto*, trad. de Imer B. Flores, et al., 3ª ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 223.

intuiciones sobre políticas públicas, conscientes o inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus colegas, han tenido más importancia que el silogismo al determinar las normas por las que el hombre debe gobernarse.<sup>22</sup>

Las anteriores palabras enfatizan varias expresiones singulares de la vida jurídica fáctica estableciendo, simultáneamente, distancia en relación a las propuestas formalistas e iusnaturalistas. De esta forma, Holmes se interesa en el *derecho en acción* tomando como base la experiencia concretizada en el precedente jurídico. Lo real, y por tanto, lo valioso para el estudio del derecho no es un sistema normativo que abrigue en sí la mayor cantidad de supuestos jurídicos posibles, sino una actividad judicial que resuelva los asuntos o problemas reales, concretos, y no tanto, hipotéticos. Es en este sentido que se debe entender la afirmación de Holmes: “La vida del derecho no ha sido la lógica: ésta ha sido la experiencia”.<sup>23</sup>

En opinión de Holmes la actividad del juez es más que una simple aplicación mecánica o silogística de una norma abstracta o general. Abiertamente habla de una falacia consistente en identificar a la lógica como la única fuerza operante en el desarrollo del derecho. Explicita su preocupación en los siguientes términos:

La preparación de los abogados es preparación en Lógica. Los procesos de analogía, especificación y deducción hacen al ambiente intelectual del jurista. El lenguaje de las sentencias judiciales es, sobre todo, el lenguaje de la Lógica [...]. Pero generalmente la certidumbre no es más que ilusión [...]. Detrás de la forma lógica yace un juicio acerca del valor [...], un juicio que permanece generalmente inarticulado e inconsciente, es verdad, pero que no por ello deja de ser raíz y nervio de todo proceso.<sup>24</sup>

Holmes advierte que, en cualquier expresión concreta del derecho –por ejemplo, un contrato o una resolución judicial– corre, sincrónicamente al despliegue lógico, una condición implícita que no es sino la manifestación de las prácticas de la comunidad. Para él, comprender cabalmente el actuar judicial implica referir las apreciaciones subjetivas de los jueces al momento de justificar

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 224

<sup>23</sup> Citado en Flores Mendoza, Imer Benjamín, “La concepción del derecho en las corrientes de la Filosofía Jurídica”, en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, México, Nueva Serie, Año XXX, No. 90, Septiembre-Diciembre de 1997, pág. 1022.

<sup>24</sup> Holmes, Oliver Wendell Jr., *La senda del derecho*, trad. de Carlos A. Garber, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1959, p. 26.

sus decisiones. En dicha justificación el juez toma en cuenta consideraciones sociales de las que no puede sustraerse, que constituyen “fundamentos ocultos” cuya influencia es determinante y real para el juez. Evidenciar este otro fundamento, puede, a juicio de Holmes, desestructurar al abogado formado tradicionalmente:

Me parece que los mismos jueces han omitido reconocer adecuadamente su deber de apreciar las consideraciones de ventaja social [...], si la preparación de los abogados los acostumbrara a considerar en forma más definida y explícita las ventajas de orden social que deben fundar las reglas que formulan, vacilarían a veces, donde hoy, más seguros se sienten.<sup>25</sup>

La base argumental de Holmes, lo conduce a afirmar que el derecho será entonces la suma de las predicciones de lo que han hecho y harán los tribunales. De ahí que advierta que “si queremos saber por qué una regla de derecho ha adoptado su particular perfil, y, en última instancia, si queremos saber por qué ella en el fondo existe, recurrimos a la tradición.”<sup>26</sup> En cierta forma, lo que aquí está señalando Holmes es que la base de la predicción de lo que harán los tribunales radica en lo que han decidido en el pasado.<sup>27</sup>

Holmes destaca la perspectiva que del derecho tendría eventualmente la persona que lo viola, es decir, el hombre malo (*bad man*), para quien lo interesante es descubrir el derecho tal como *efectivamente* rige en la sociedad, el derecho en acción o vivo que es el que aplican los tribunales. De hecho, es la figura del hombre malo, la que le permite a Holmes evidenciar la falacia que confunde entre Derecho y Moral (particularmente en el lenguaje). Al hombre malo no le interesan los axiomas éticos o las deducciones lógicas, sino la exposición general y sistemática del actuar judicial probable a partir de casos concretos, para lo cual, hay que moverse en el contexto proporcionado por la experiencia, de modo que los principios extraídos de dicha experiencia se basan en la realidad del hombre en la sociedad.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>27</sup> Aquí la frase que ha trascendido como ícono del realismo jurídico norteamericano: “Yo entiendo por “Derecho” las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos.” Véase, *Ibidem*, p. 19.

<sup>28</sup> *Idem*.

Labarca Prieto considera que para Holmes poder predecir la manera como los jueces decidirán un caso dentro de circunstancias específicas implica recurrir a su historia. Así, conocer el significado de la predicción es conocer el desenvolvimiento histórico de la norma. No obstante, Labarca acota esta afirmación al señalar que Holmes no encierra el derecho en marcos historicistas rígidos. Según la crítica, un fundamento exclusivamente historicista no es admisible para Holmes, pues dicha postura (al igual que si optáramos por un fundamento silogístico) podría pasar por alto valoraciones prácticas de principios contrapuestos en un momento determinado.<sup>29</sup>

Como se observa, la postura realista de Holmes no hace girar su reflexión en posibles supuestos éticos o axiomas morales. Al contrario, su posición es una reacción o una respuesta tanto al formalismo positivista, como al iusnaturalismo, para lo cual, adopta una perspectiva que busca aterrizar lo jurídico en el mundo fáctico, en la realidad social. Pero la suma de predicciones de lo que han hecho o de lo que harán los tribunales no necesariamente comulga con el discurso de los derechos humanos. De hecho, el sentido pragmático inherente a este enfoque jurídico podría conducir a confirmar como predecible una determinada decisión judicial que se muestra de acuerdo a cierta realidad social, pero poco concordante con alguna concepción de la justicia o principios jurídico-éticos de pretensión universal.

En la misma línea, puede suceder que el contenido que tradicionalmente se atribuye a los derechos humanos coincida con la apreciación subjetiva que el juez tiene al momento de decidir, sin embargo, de ello no deriva, necesariamente, que así sea siempre. Esta circunstancia parece tornarse accidental o secundaria para Holmes, pues para él, el punto axial no es el contenido valorativo de la sentencia *per se*, sino si forma parte de una línea de precedentes que permiten predecir el sentido de la misma. Por otro lado, es cierto que el juez al justificar sus decisiones tomará en cuenta las necesidades y consideraciones de utilidad social, pero ello tampoco supone de manera lógica la coincidencia con valores o principios

---

<sup>29</sup> Véase Labarca Prieto, Domingo, *Breve visión del Realismo Jurídico norteamericano*, Maracaibo, Venezuela, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Universidad de Zulia, Cuadernos de Trabajo no. 8, 1975, p. 16.

identificados como derechos humanos. En todo caso, dicha fundamentación es instrumental y presenta un perfil pragmático que está en función de resolver un asunto concreto atendiendo a la realidad social –una realidad social que, hay que decirlo, puede establecer condiciones de desventaja para un sector de la población, o bien, responder a intereses que, interiorizados como justos por la mayoría de la población, no lo son necesariamente para una minoría en desventaja-, y no, a la obtención de valores superiores, como suelen ser identificados los derechos humanos.

Otro autor de la escuela realista norteamericana es Roscoe Pound, quien es parte de la corriente de pensamiento que critica el proceder mecánico-judicial sustentado en la inviable convicción que entiende a las resoluciones judiciales como una derivación lógica de conceptos y normas generales, y que pasa por alto las condiciones del mundo real.<sup>30</sup> En la misma línea, Pound se caracteriza por establecer distancia con el iusnaturalismo: “Para hacer justicia, tal como tratamos de administrarla en los tribunales debemos tener en cuenta algo más de lo que nos dicta la moral y el derecho natural”.<sup>31</sup> El propio autor señala que el juez, al aplicar el derecho, debe entender al sistema jurídico a partir de una base que no es otra sino la de un sentido de realidad. Como crítica al iusnaturalismo señala: “Cada bando en muchas de las más enconadas controversias alega con toda convicción que su causa descansa en los eternos principios del derecho y la justicia. Cada uno identifica sus demandas con los irrecusables dictados de la moral”.<sup>32</sup> De ahí que, desde su perspectiva, la actividad judicial suponga la compleja tarea de valorar diversidad de intereses que sólo pueden converger en la demanda de protección jurídica.

Resulta significativo que para Pound el derecho puede ser entendido como un régimen de control social donde los impulsos divergentes y razonamientos inherentes al individuo deben “dominarse”. De ahí, señala en su obra *Justicia conforme a derecho*, la importancia de la prevención de conflictos, proceder jurídico donde la conducta “ha de ser canalizada, el hábito y la expectativa deben

---

<sup>30</sup> Bix, Brian, *op. cit.*, p. 226.

<sup>31</sup> Pound, Roscoe, *Justicia conforme a derecho*, s.t, México, Fontamara, 2005, p. 20

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 21.



moldearse de modo que se evite y se reduzca el desarrollo de conflictos, a medida que nuevas situaciones de hecho dan origen a expectativas divergentes”.<sup>33</sup> Más adelante, cuando aborda el problema del fin del derecho, sugiere que su idea de justicia es una noción alejada del iusnaturalismo, pues está sustentada en un control social cuya dinámica es marcada por la reconciliación y ajuste de deseos, necesidades y expectativas individuales, hasta el límite posible la totalidad de los mismos.<sup>34</sup> Para construir la noción justicia, Pound mira a la realidad humana, más que a principios universales.

Roscoe Pound dirige una aguda crítica a los juristas que, en su opinión, exageran el elemento subjetivo, personal y arbitrario que puede expresarse en las decisiones judiciales. Afirma que si bien es cierto que la personalidad del juez afecta la interpretación y la aplicación que hace de una norma jurídica, también lo es que ha sido formado en la tradición del derecho, esto es, comparte con sus colegas una formación y la necesidad de decidir cuestiones cuya relevancia está en función de sus implicaciones públicas. De ello, Pound concluye que “de los jueces impregnados de esta tradición podemos esperar obtener, y la experiencia nos enseña que de verdad obtenemos, sustancialmente la misma técnica de leer e interpretar un precepto y de aplicarlo”.<sup>35</sup> Esta conclusión resulta significativa en tanto revela que para Pound la formación común de los jueces en una misma tradición implica que los antecedentes individuales, sociales, e incluso, temperamentales de éstos sean neutralizados en una lectura de preceptos jurídicos que tiende a la homogeneización de interpretación y aplicación.

Resulta pertinente recordar que Imer B. Flores Mendoza ha señalado que para Pound el derecho es un instrumento para la vida social que busca realizar los fines humanos en el marco del cambio histórico. Agrega que, para Pound, la justificación de la libertad del juez para buscar la solución *más justa* (la cursiva es nuestra), supone trascender la voluntad del legislador y las glorias del pasado, que

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 40.

suelen obstaculizar el cambio social, así como la regulación de nuevas realidades sociales.<sup>36</sup>

El profesor Flores Mendoza nos da un elemento interesante para comprender el pensamiento de Pound al confrontarlo con la cuestión de los derechos humanos. En efecto, por un lado, nos dice que el juez debe ser libre para buscar la solución más justa, y lo justo, parece sugerir, no coincide siempre con la voluntad del legislador o con la tradición jurídica pasada.<sup>37</sup> Hay que tener presente, sin embargo, que el argumento de Pound puede ser invertido, pues en la realidad social, también puede suceder, y ha sucedido, que es el juez quien, al interpretar o aplicar el derecho, resulta ser el obstáculo del cambio. Esto es significativo dada la tendencia a la homogeneización de interpretación y aplicación de los preceptos jurídicos que líneas arriba advertimos en el argumento de Pound.

Llama la atención que Pound otorga al juez un papel fundamental en el devenir histórico: el de detonar, en ciertos casos, el cambio social. No obstante, surge la cuestión del elemento detonante de este cambio, es decir, cuál es el fin último de una decisión judicial en el marco de la historia. Imer Flores Mendoza nos dice que para Pound el juez debe ser libre para buscar la solución más justa, pero lo justo para dicho autor no está en el dogmatismo o en la exégesis lógica deductiva, sino en reconocer y proteger eficazmente los diferentes intereses que operan en la sociedad. Sin embargo, Pound no parece centrar su análisis en el contenido de esos intereses. En todo caso parece delegar dicha prerrogativa en un juez ideal capaz de reconocer el amplio crisol de intereses y resolver, a partir de dicho reconocimiento, de forma eficaz. Sin embargo, también es cierto que no hay garantías de que ese juez exista en la realidad.

Al interior de la corriente realista norteamericana hubo también diversidad de posiciones. Jerome Frank, magistrado del Tribunal de Apelaciones de Nueva York y pionero del llamado realismo psicológico, matizó las afirmaciones de varios autores realistas sin salir de la zona de influencia de esta corriente iusfilosófica. En principio, Frank cuestiona la certeza de autores como Holmes, y particularmente, Félix S. Cohen en torno a la posibilidad de predecir con exactitud el sentido de una

---

<sup>36</sup> Flores Mendoza, Imer Benjamin, *op. cit.*, p. 1023.

<sup>37</sup> *Idem.*

decisión judicial. Es en su obra *Derecho e incertidumbre*, donde Frank desarrolla la crítica a las premisas básicas de las que parte la convicción de predecir las sentencias en los pleitos futuros.<sup>38</sup> Opone, en cambio, un alto rango de incertidumbre en virtud de multitud de factores que aquellos autores pasan por alto.

En opinión de Frank, dicha problemática deriva en buena medida de que la mayoría de los litigios *disputan sobre hechos*, unos hechos que, al momento en que son controvertibles en el marco de un proceso, ya son pasados, y por tanto, son de imposible observación por parte del juez o jurado. En todo caso, lo que el juez o jurado pueden hacer es, apenas, formarse una creencia sobre esos hechos pasados que se forma a partir de las declaraciones de testigos que pretenden haberlos observado. El resultado es que “los hechos, a los fines de la sentencia, no son necesariamente los hechos reales. Ellos son, en el mejor de los casos, las creencias del juez de primera instancia o del jurado sobre esos hechos reales pasados”.<sup>39</sup>

Lo anterior es significativo porque, según Frank, para los fines prácticos de la sentencia de un tribunal, importa más *la creencia* sobre hechos reales (que depende en buena medida en el mayor grado de fe que merecen unos testigos sobre otros), que los hechos reales *en sí*. Esto es importante ya que, la falibilidad de los testigos sobre los acontecimientos pasados deriva en una falibilidad-espejo que toma forma cuando los jueces determinan o conjeturan cuál de los testigos discrepantes ha relatado los hechos reales. Lo anterior, constituye uno de los factores que interfieren en la predicción de las sentencias judiciales futuras.<sup>40</sup>

Resulta interesante la respuesta que Frank da a Cohen cuando éste enfatiza los aspectos homogéneos del funcionario judicial que dan sustento a la posibilidad de la predicción. Según Cohen, las creencias personales, respecto de la conveniencia o no de una norma o resolución tiene su verificación primaria en el sentimiento del juez de que “su función le impone un deber hacia el orden jurídico como tal, cualquiera sea su contenido.” En realidad, Cohen destaca un “espíritu

---

<sup>38</sup> Frank, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, trad. de Carlos M. Bidegain, México, Fontamara, 2012, p. 31.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 27.

profesional” que se expresa en la “lealtad a los colegas y las tradiciones del oficio”. Esta es la base o supuesto a partir del cual se construye la tesis de la predicción.<sup>41</sup>

Ante esto, Frank responde que la mayoría de los pleitos son “sobre hechos”, y por tanto, las decisiones, más que depender de la base homogénea explicitada por Cohen, dependen de las creencias de los jueces de primera instancia sobre acontecimientos pasados disputados. Así, “la predicción de las sentencias futuras en los “pleitos sobre hechos” que todavía no se han iniciado, significa la predicción de estas futuras creencias de los jueces y jurados sobre los hechos pasados”.<sup>42</sup> Significativo que la tarea de determinar definitivamente los hechos corresponda al tribunal de primera instancia cuando, afirma Frank, la base argumentativa de la predicción, en autores como Cohen y Holmes, son los tribunales superiores.

En efecto, si los testigos de los hechos están sometidos a poca fiabilidad, los jueces de primera instancia “como testigos de testigos” pueden cometer equivocaciones similares a las de aquellos testigos originarios. Es decir, los jueces –o jurados- también están influidos por idiosincrasias y prejuicios, generalmente subyacentes, que condicionan sus estándares valorativos. Ante esto, es imposible sostener “una identidad sustantiva de creencias sobre los hechos de los casos ni, por lo tanto, uniformidades pronosticables en las sentencias de los tribunales de primera instancia”.<sup>43</sup> Incluso, sostiene el autor, el apelar a las normas jurídicas no garantiza algo semejante a regularidades en las sentencias. Esto está en razón de la falta de certeza en los hechos aceptados por el tribunal de primera instancia, dado que la determinación de la creencia en ellos está atravesada por estándares subjetivos generalmente inconscientes. Ninguna norma jurídica excluye totalmente la discrecionalidad en materia de determinación de los hechos.<sup>44</sup>

Según Frank, dado que los tribunales superiores no revisan generalmente la selección de creencias hecha por el juez de primera instancia o jurado, su discrecionalidad en cuanto a los hechos está sumamente acotada. Sólo el tribunal de primera instancia es el que observa, valora y selecciona la información

---

<sup>41</sup> *Apud* en *Ibidem*, p. 32.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 71.

derivada de la conducta de los testigos. Como la labor de los tribunales superiores suele ser la determinación y aplicación de normas jurídicas sobre hechos cuya valoración jurídica escapa a su discreción, surge la impresión de una predictibilidad mayor de las sentencias que deriva, justamente, de pasar por alto la selección de hechos previamente realizada por los tribunales de primera instancia.<sup>45</sup>

En realidad, lo que hace Frank, es invertir el argumento de la predicción, enfatizando la incertidumbre consustancial a la labor del tribunal de primera instancia, en tanto tribunal “de hechos”, y relativiza, al tiempo, la labor del tribunal superior, el “de derecho”, que es, ésta última, la materia-objeto de análisis por autores que aceptan la posibilidad de la predictibilidad de las sentencias.

De la postura de Jerome Frank difícilmente podemos sacar elementos que permitan reflexionar en torno a una posible fundamentación de los derechos humanos. Aún cuando Frank valora, tal como lo hicieron Holmes y Pound, la actividad del juez, sugiere un papel más relevante al legislador, en tanto la ley constituye el objeto de interpretación al momento de presentarse hechos o sucesos susceptibles de ser conocidos en la instancia judicial. Ciertamente no centra su atención en un posible contenido objetivo-valorativo de esa ley. Su perspectiva es más bien descriptiva del actuar del juez y de cómo pueden operar o tensar ciertos elementos subjetivos, en relación al sentido que el legislador pretendió otorgar a una norma jurídica. Resulta difícil, por tanto, armonizar esta posición con valores o estándares identificados con los derechos humanos, sobre todo si partimos de otro hecho indiscutible: no todos los derechos humanos están positivados en una ley. Frank no parece detenerse en la cuestión de si de hechos concretos que se le someten al conocimiento del juez, puede derivarse, en virtud de su capacidad de enriquecer el derecho, la posibilidad de dar forma a un derecho humano con aspiraciones universalistas.

La otra vertiente del realismo es la denominada *Realismo Jurídico Escandinavo*, uno de cuyos representantes es el jurista sueco Alf Ross, autor para el que el estudio del derecho debe desarrollarse atendiendo a principios empiristas

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 79.

y exigencias metodológicas que sigan patrones de observación y verificación. Este postulado, separa este enfoque jurídico-epistemológico de las tradiciones iusnaturalista y positivista.

Ross está consciente de que la expresión “principios empiristas” puede ser interpretada de varias maneras. En un primer enfoque, se suele afirmar que esa expresión refiere la tesis positivista que niega estatus jurídico a la creencia en el derecho natural pues parte de cuestionar que los principios o juicios éticos sean la expresión de verdades objetivas susceptibles de ser descubiertas mediante algún proceso de conocimiento. Una segunda tesis afirma que “es posible establecer la existencia y describir el contenido del derecho de un determinado país en un momento determinado en términos puramente fácticos, empíricos, basados en la observación e interpretación de hechos sociales”, lo cual, continúa, se aplica perfectamente a la noción de *validez*, en tanto elemento vinculante que constriñe a los súbditos.<sup>46</sup>

En principio, el propio Ross señala que la validez, al menos en la tradición iusnaturalista, está constituida como una idea apriorística que no puede ser reducida a términos empíricos sustentados en hechos observables.<sup>47</sup> Ello no quiere decir que para dicho autor los hechos jurídicos observables (reglas jurídicas) y la moral no mantengan relaciones diversas entre sí, por ejemplo, en la conocida incorporación al derecho de valoraciones morales en forma de estándares jurídicos.<sup>48</sup>

Al tratar de explicar que es lo que se entiende por “derecho natural”, Ross advierte que a pesar de todas las divergencias, hay una idea común a todas las escuelas iusnaturalistas: “la creencia en que existen algunos principios universalmente validos que gobiernan la vida del hombre en sociedad, principios que no han sido creados por el hombre sino que son descubiertos, principios

---

<sup>46</sup> Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. Genaro R. Carrió, México, Fontamara, 2001, p. 9.

<sup>47</sup> Esto explica que autores como Recaséns Siches, al comentar la escuela de Uppsala, mencionen que para ésta las nociones jurídicas fundamentales deben “ser interpretadas como concepciones sobre la realidad social, sobre la conducta del hombre en sociedad y no como expresiones de una *validez* específica *a priori* que coloca al derecho por encima del mundo de los hechos. Véase, Recaséns Siches, Luis, *Estudios de Filosofía del Derecho*, México, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, p. 308.

<sup>48</sup> Ross, Alf, *op.cit.*, p. 11.

verdaderos”. Agrega que la “verdad” de los mismos no puede ser establecida por los métodos de la ciencia empírica, en todo caso, presupone una “interpretación metafísica de la naturaleza del hombre.”<sup>49</sup>

Problema interesante para Ross es saber si hay o no conflicto entre las doctrinas del derecho natural y la tesis que entiende al orden jurídico como un hecho social que puede ser descrito en términos puramente empíricos. Ross relativiza la posibilidad de que así sea. Para sustentar este aserto retoma su análisis sobre la noción de “validez” o “fuerza obligatoria” que, según afirma, expresa la idea de que hay un deber de obedecer el derecho. Lo anterior lo conduce a sostener que dicha obligación “no prescribe ninguna conducta que no esté ya prescrita en el derecho mismo” y que, en todo caso, el deber de obedecer el derecho es equiparable a un deber moral hacia el sistema jurídico. Esto derivaría en una paradoja pues significaría que la validez o fuerza obligatoria no es realmente una cualidad inherente al sistema jurídico sino algo derivado de principios equivalentes a los del derecho natural. Ross salta esta paradoja señalando que, dicha problemática pertenece más a una argumentación de la filosofía moral que a un modelo explicativo del orden jurídico. Prefiere, en cambio, un sistema conceptual basado en la conveniencia científica y no en consideraciones morales.<sup>50</sup>

En la misma línea, Ross considera que un filósofo iusnaturalista, en cuanto tal, no tiene razón para negar que el derecho es un hecho social que puede ser descrito en términos puramente empíricos. Dicho filósofo iusnaturalista se ocuparía de una rama de la filosofía moral. Cuando el filósofo en cuestión habla de la *validez* de un cierto orden fáctico, se ocupa especialmente de la cuestión de si es o no un deber *moral* cumplir con las reglas de este orden, pero en ningún momento, niega, ni puede negar, que los hechos sociales, al igual que otros fenómenos de la realidad pueden ser objeto de conocimiento empírico.<sup>51</sup>

Ross señala que cuando el positivista niega que la validez del derecho positivo proviene del derecho natural, se ve en la necesidad de admitir que dicha

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 16 y 17.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 19.

validez es, por tanto, inherente al derecho positivo como tal. Esta afirmación es, sin embargo, un error, pues al usar aquí el término *validez*, se le está dotando del mismo campo semántico al que apelaría un filósofo iusnaturalista. Usado de esta manera, resulta que dicho término designa un reclamo moral de obediencia, independiente de todo reconocimiento por parte de los súbditos.<sup>52</sup>

No obstante, continúa nuestro autor, si partimos de otro supuesto, por ejemplo, que el término *validez* tiene una significación ajena a cualquier doctrina que afirme verdades éticas, tendremos que la *validez* se referirá a “una cuestión de aceptación personal, subjetiva, de valores y *standars*.”<sup>53</sup> Esta es una derivación necesaria si no se sustenta el argumento en principios morales universales. De lo dicho anteriormente se desprende que si la palabra *validez* es usada para indicar que

una regla o sistema de reglas es una realidad (y no sólo un proyecto o algo imaginado) la palabra, de acuerdo con principios empíricos, debe ser considerada como que se refiere a hechos sociales observables y no a otra cosa [...], en términos generales la existencia (*validez*) de una norma es lo mismo que su eficacia. Afirmar que una regla o sistema de reglas existe es lo mismo que afirmar la ocurrencia de hechos sociales, entendiendo “hechos sociales” en un sentido amplio que incluye también condiciones psicológicas.<sup>54</sup>

Lo anterior permite comprender la afirmación de Ross en torno a que los hechos sociales que se erigen como fenómenos jurídicos susceptibles de conocimiento son las acciones humanas reguladas por las normas jurídicas que no son más que las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza estatal. A partir de esto, Ross define un orden jurídico nacional –considerado como sistema vigente de normas-, como “el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece”.<sup>55</sup>

La *validez* en sentido normativo no cumple ninguna función en la descripción y explicación de la realidad.<sup>56</sup> Su función es diferente. Consiste en

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>55</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Argentina, Editorial Eudeba, 1963, p. 34.

<sup>56</sup> De ahí que Javier Pérez Esquivel señala que Ross rechaza el conocimiento jurídico entendido como normativo “por basarse en la distinción entre ciencias del ser y ciencias del deber ser,



reforzar el orden jurídico al proclamar que las obligaciones jurídicas de ese orden no son meras obligaciones jurídicas, respaldadas por sanciones, sino también deberes morales. La idea de un deber de obedecer el derecho sólo tiene sentido si suponemos que el deber aludido es un verdadero deber moral que corresponde a la “fuerza obligatoria” inherente al derecho.<sup>57</sup>

En contraste, si el término “validez” es usado para designar la existencia o realidad de una norma o sistema de normas, debe ser entendida como referencia abreviada a un complejo de hechos sociales que en la ciencia del derecho son considerados necesarios para verificar una proposición relativa a la existencia de la regla o sistema de reglas. Ross ha tratado de demostrar (y a ello dedica su obra *Sobre el Derecho y la Justicia*) que dicha verificación se refiere, en última instancia a la conducta futura de los jueces en ciertas condiciones. Tal predicción solo es posible sobre la base de un complejo conjunto de hechos sociales que incluye hechos psicológicos, conductas y actitudes.<sup>58</sup>

Por último, el problema que para los derechos humanos se torna neurálgico es que el contenido que clásicamente se ha otorgado a los mismos no coincide de manera necesaria con normas jurídicas vinculadas a hechos sociales. Como mencionamos, la propuesta de Ross, y de los realistas en general, busca eliminar juicios de valor en el derecho ya que, afirman, cuando la discusión gira en torno a ellos, no es científica porque no parte de bases empíricas. Imer Flores Mendoza señala que para Ross, toda la filosofía de los valores es ideología pura que justifica intereses particulares al interior de una sociedad. Los valores arraigan en lo emotivo e irracional, y por tanto, no se puede hablar, con un criterio fundado en la realidad de que algo sea justo o injusto.

Es importante tener presente que los autores de la tradición realista tanto en su vertiente norteamericana como en la nórdica incorporan a su vez, una multiplicidad de problemas o cuestiones que justifican un estudio independiente y

---

argumentando que desde una perspectiva empirista moderna tal distinción no tiene ya cabida, por lo cual, la ciencia del derecho es una ciencia social empírica que tiene por objeto órdenes jurídicos determinados.” En la propuesta de Ross, la conceptualización del término *norma* participa de un ángulo empírico y verificable. Véase, Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross. Formalismo y realismo en la teoría del Derecho*, México, UNAM, 1980, pp. 27 y ss.

<sup>57</sup> Ross, Alf, *El concepto...*, *cit.*, p. 25.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 27.

que trasciende en mucho el objetivo de este trabajo. Por ejemplo, tenemos el caso de Karl Olivecrona quien en su estudio *Lenguaje jurídico y realidad*, hace objeto de su estudio conceptos clave en el lenguaje jurídico, tal como el de derechos (subjetivos) y deberes. Primero, trata de decirnos qué son realmente estos conceptos, lo cual es problemático dado que manifiestamente se separa del enfoque metafísico.<sup>59</sup> Emprende, entonces un análisis a partir de las respuestas que a dicha problemática ofrecen las posturas “naturalistas”, es decir, realistas propiamente. Refiere sistemáticamente autores como Austin, Cohen, Holmes y, muy particularmente a Hägerström, de quien destaca su interés en dichos conceptos pero no como hechos propiamente dichos, sino como ideas susceptibles de ser consideradas críticamente desde “afuera”, incluso, como nociones que pueden abordarse desde enfoques psicológicos (en tanto ilusión de los poderes y vínculos místicos con trasfondo emocional) e históricos (en tanto derivaciones de ideas primitivas de poderes y vínculos).<sup>60</sup> Olivecrona comparte con Hägerström la conclusión de que no es posible encontrar una base fáctica a ideas como la de derecho subjetivo o deber, por ello, habría que abandonar el intento de identificarlos con hechos reales.<sup>61</sup> Vira entonces su análisis a un nuevo camino, el del lenguaje como elemento que encarna multitud de usos con claras implicaciones en el mundo jurídico, específicamente, por su sentido emotivo, técnico y particularmente realizativo. El lenguaje jurídico, concluye, “refleja una realidad”, pero no una realidad arraigada en el mundo empírico, como hecho, sino una “realidad de un orden superior” que busca, “plasmarse a la realidad”. Para Olivecrona el lenguaje jurídico no describe la realidad en el sentido de constatar, sino que trata de ajustarla mediante el poder de palabras clave.<sup>62</sup>

Como comentario final a este punto, se puede señalar que el enfoque iusrealista no tiene como interés central establecer una postura en torno al fundamento de los derechos humanos. Como señalé en el desarrollo de este apartado, la postura de Holmes no gira en torno a supuestos éticos o axiomas

---

<sup>59</sup> Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, trad. de Ernesto Garzón Valdéz, México, Fontamara, 2007, p. 11.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>62</sup> *Ibidem*, pp. 31 y 67.

morales de pretensión universal, inherentes al ser humano. Al contrario, su posición es una reacción tanto al formalismo positivista, como al iusnaturalismo, para lo cual, adopta una perspectiva que busca encontrar lo jurídico en la realidad social. Adicionalmente, las predicciones de lo que harán los tribunales no necesariamente coincide con el contenido del discurso de los derechos humanos. De hecho, este enfoque jurídico podría conducir a confirmar como predecible una decisión judicial que se muestra de acuerdo a cierta realidad social, pero que resulta poco o nada concordante con alguna concepción de la justicia o principios jurídico-éticos identificados con los derechos humanos. En la misma línea, puede suceder que el contenido que tradicionalmente se atribuye a los derechos humanos coincida con la apreciación subjetiva del juez al momento de decidir, sin embargo, de ello no deriva que deba ser así de manera necesaria en todos los casos. Por otro lado, es cierto que el juez al justificar sus decisiones tomará en cuenta las necesidades y consideraciones de utilidad social, pero ello tampoco supone de manera lógica la coincidencia con el contenido axiológico de los derechos humanos.

En el caso de Pound el juez debe ser libre para buscar la solución más justa, pero lo justo para dicho autor está en reconocer y proteger eficazmente los diferentes intereses que operan en la sociedad. Sin embargo, Pound no parece centrar su análisis en el contenido de esos intereses, mismos que pueden o no coincidir con los derechos humanos. Destaca la importancia que otorga al juez como elemento que posibilita en cambio a la luz de la historia, aunque no parece reconocer que también puede ir en el sentido inverso, es decir, como factor de no cambio. Una concepción de los derechos humanos insertos en la historia, no puede dejar de lado cualquiera de las dos posibilidades.

Frank parece otorgar un papel importante al legislador, sin embargo, no centra en lo fundamental su atención en el contenido valorativo de la ley generada. Su perspectiva es más bien descriptiva del actuar del juez y de cómo pueden operar ciertos elementos subjetivos del propio juez en relación al sentido que el legislador pretendió otorgar a una norma jurídica. Es difícil armonizar esta posición con valores o estándares identificados con los derechos humanos, sobre todo si partimos del supuesto de que no todos los derechos humanos están positivados

en una ley. Frank no se detiene en la cuestión de si de hechos concretos sometidos al conocimiento del juez, puede derivarse, en virtud de su capacidad de enriquecer el derecho, la posibilidad de dar forma a un derecho humano con aspiraciones universalistas.

En cuanto a Ross podemos decir que los derechos humanos no entran en su eje de análisis, ya que el contenido que clásicamente se ha otorgado a los mismos no coincide necesariamente con normas jurídicas vinculadas a hechos sociales. Tal como ha quedado referido, la propuesta de Ross en particular, y de los realistas en general, busca relativizar los juicios de valor en el conocimiento del derecho, y centrarse en una base empírica concreta que le imprima, según Ross, cientificidad a la realidad jurídica. Los derechos humanos, en cambio, parecen no estar desvinculados de contenidos valorativos.

### **1.1.3 *Iusnaturalismo***

Para la corriente de pensamiento denominada *iusnaturalismo* el fundamento de los derechos humanos radica en algún principio, norma y/o fundamento cuyo origen es diferente a la sanción estatal, y en algunos casos, superior a ésta. En este sentido, no son pocos sistemas de pensamiento que encuentran dicha fuente en una de la amplia gama de posturas que van desde aquellas que están sustentadas en alguna idea de naturaleza del hombre, hasta las que se basan en alguna noción de razón humana, o bien, en un orden normativo diverso al de la ley positiva.

Una de las cuestiones, que viene de forma inmediata a la mente cuando se pretende abordar el *iusnaturalismo*, es la persistente tensión entre éste y la postura *iuspositivista* cuyo origen se inscribe en la controversia que supone la existencia de normas jurídicas injustas producidas por las entidades que poseen el poder de establecerlas. En este caso, afirman los defensores del *iusnaturalismo*, la validez formal del derecho no corresponde con la validez material o contenido valorativo.

Para algunos autores es en *Antígona*, tragedia escrita por Sófocles, donde encontramos una de las primeras expresiones de la tensión citada. La aplicación

sin cuestionamiento mayor de los imperativos legales por parte de Creonte se opone a la aceptación de leyes *no escritas* por parte de Antígona, con lo cual reconoce un orden dirigido a la conducta del hombre que no es puesto necesariamente por él mismo, ni es derivado del consenso vigente.<sup>63</sup>

Para Norberto Bobbio el iusnaturalismo es “aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo”, en tanto que el positivismo jurídico no admite tal distinción. “Más brevemente –agrega- por iusnaturalismo entiendo la teoría de la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo.”<sup>64</sup> Derivado de lo anterior es que se puede hablar de un *dualismo* en las corrientes iusnaturalistas, ya que estas, más que negar la existencia del derecho positivo, lo dimensionan en un ámbito secundario en relación a un supuesto derecho natural que es el que le daría el sentido de *auténtico derecho*.

El sentido dual del iusnaturalismo ha sido analizado también por Celso Lafer en la obra *La reconstrucción de los derechos humanos*, en la cual ha expresado que:

En la elaboración doctrinaria del derecho natural pueden distinguirse dos planos: el ontológico y el deontológico. En el primero se identifica el *derecho* como *derecho natural*. En el segundo el derecho natural aparece como un sistema universal e inmutable de valores. La primera acepción incluye a la segunda, pues en este caso el ser del derecho (ontología) se constituye como *deber ser del derecho positivo* (deontología) [...]. La segunda acepción, en cambio, no engloba a la primera, porque al admitir la existencia de valores universales e inmutables no se niega la presencia de otros factores, como los sociales, políticos y económicos, que influyen en la realidad jurídica. *El sistema de valores del derecho natural existe, sin embargo, para ejercer una función de control en relación con el derecho positivo. De ahí la posibilidad de un dualismo entre el respeto a la justicia y el respeto a la ley.*<sup>65</sup>

Una distinción similar ha sido sostenida por Carlos Santiago Nino, para quien la doctrina iusnaturalista se sostiene fundamentalmente en dos tesis iusfilosóficas:<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Véase por ejemplo, García-Huidoro, Joaquín, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 5 y ss.

<sup>64</sup> Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo...*, cit., p. 167.

<sup>65</sup> Lafer, Celso, *op. cit.*, pp. 40-41.

<sup>66</sup> Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 7ª ed., Barcelona, Ariel, 1996, p. 28.

1) La primera afirma la existencia de principios morales y de justicia válidos universalmente y asequibles a la razón humana.

2) La segunda tesis señala que un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados como “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia, es decir, si contradicen la primera tesis.

De lo señalado, tenemos que hay fundamentalmente dos vertientes que tradicionalmente han tomado los iusnaturalistas. En primer lugar están los llamados *iusnaturalistas ontológicos* que son aquéllos que aceptan las dos tesis de Nino, es decir, se caracterizan por sostener la existencia de un *derecho natural* en tanto conjunto de principios de justicia cuya validez se pretende universal, y que justo por esta circunstancia, deben ser suscritos por el derecho positivo a efecto de que éste mantenga su *estatus* jurídico. En palabras llanas: el Derecho positivo, para ser tal, debe contener en sí, al Derecho Natural. No es casual que autores como Mario Álvarez Ledesma sostengan que para los iusnaturalistas ontológicos el Derecho natural es lo jurídico por antonomasia.<sup>67</sup>

La segunda vertiente es el llamado *iusnaturalismo deontológico*, el cual está integrado por los doctrinarios que aceptan la primera tesis de Carlos Santiago Nino, es decir, la existencia de principios morales y de justicia caracterizados como universalmente válidos, susceptibles de ser descubiertos por la razón humana y que constituyen parámetros para el derecho positivo. No obstante, este Derecho natural únicamente se limita a establecer la justicia o no de un determinado sistema jurídico, sin entrar en el cuestionamiento de si es o no derecho, es decir, no le niega el carácter jurídico al Derecho positivo, aun cuando viole los principios que conforman la tesis.

Como se observa, no podemos hablar de que hay *una* doctrina homogénea del iusnaturalismo. Bajo esta denominación pueden ser consideradas varias corrientes de pensamiento jurídico. Asimismo, esta postura iusfilosófica se ha visto sometida a la historicidad misma. Desde la antigüedad clásica grecolatina toman expresión posiciones intelectuales que sugieren sistemas de pensamiento

---

<sup>67</sup> Álvarez Ledesma, Mario I., *Introducción al Derecho*, México, McGraw Hill, 2006, p. 81.

cercanos al iusnaturalismo, hasta el surgimiento de la modernidad, pasando, desde luego, por el pensamiento cristiano-medieval.<sup>68</sup>

Con la lenta aparición de la modernidad comenzaba también el proceso de separación entre la filosofía política y la teología, cuya unión había caracterizado en buena medida la cosmovisión medieval. Dicha secularización trajo consigo conceptos que, aunque ya venían de tiempo atrás, retomaron nuevos sentidos, tal es el caso de términos como el de soberanía, autoridad y razón de Estado. El papel de la Reforma protestante fue central en estos cambios que llevaron a la búsqueda de un fundamento para el derecho independiente del discurso teológico. El recurso fue la *razón natural*, que se convirtió en el fundamento autónomo y laico para el derecho. En ese sentido es que Celso Lafer señala:

El recurso a la razón natural tenía como meta, en la elaboración contractualista, llegar a una justificación del Estado y del derecho que tuviera su base en la acción de los hombres y no en el irresistible poder de Dios. [...] Derechos innatos, estados de naturaleza y contrato social fueron los conceptos que, aunque utilizados con acepciones variadas, permitieron la elaboración de una doctrina del derecho y del Estado a partir de la concepción individualista de la sociedad y de la historia que señala la aparición del mundo moderno. Estos conceptos caracterizan el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII, que llegó a su apogeo en la Ilustración.<sup>69</sup>

Con el siglo XIX irrumpió una tendencia al positivismo en el ámbito jurídico, y con ella, un consecuente repliegue del iusnaturalismo y de la creencia en todo orden de carácter dualista u objetivo que estuviera por encima del derecho positivo. No obstante, ya en el siglo XX hubo una reacción que dio nuevo impulso al iusnaturalismo. Surgieron varias corrientes que intentaban justificar el Derecho desde un orden superior.

---

<sup>68</sup> Ha quedado ya referida la tragedia Antígona como pieza literaria que consagra el añejo conflicto entre las posturas iusnaturalista e iuspositivista. En el caso del pensamiento filosófico, hay quien reconoce en Heráclito (535 a.C.- 484 a.C), uno de los antecedentes más remotos del iusnaturalismo, particularmente, cuando afirma “aunque esta razón [se refiere a la razón común y divina] existe siempre, los hombres se tornan incapaces de comprenderla, tanto antes de oírla, como una vez que la han oído.” Heráclito, “texto 640”, en *Los filósofos presocráticos, Obras*, trad. Conrado Eggers Lan et al., Madrid, Ed. Gredos, 2006, tomo I, p. 229. También en el fragmento, “La armonía invisible vale más que la visible”, en *Ibidem*, “texto 648”, p. 231. Aunque la discusión permanece abierta, este pensador marcaría el inicio de una tradición tan amplia como diversa, que recorre la antigüedad grecolatina, el cristianismo, la Edad media y, por supuesto, buena parte de la modernidad, tradición en la cual, los iusnaturalistas más disímboles buscan encontrar una línea que marque su genealogía. Cfr. Sabine, George H., *Historia de la teoría política*, 3ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, pp. 95 y ss.; Lafer, Celso, *op. cit.*, p. 39.

<sup>69</sup> Lafer, Celso, *op. cit.*, p.43.

Así, el resurgir del iusnaturalismo se desenvuelve en varias corrientes filosóficas. Según Eduardo García Máynez, las distintas posiciones iusnaturalistas se caracterizan por la afirmación de que “el derecho vale y, consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas en su contenido”.<sup>70</sup> Algunos autores pusieron bajo la denominación de *objetivismo jurídico* las distintas doctrinas que tienen en común esa característica; con dicho término se pretendía expresar que no se trataba de un determinado iusnaturalismo, sino que en el siglo XX surgieron doctrinas que procedían de diversas vertientes de reflexión, cuyo objetivo común era la búsqueda del fundamento del derecho fuera del derecho positivo. En este punto sigo la exposición de Recacéns Siches.<sup>71</sup>

Stammler fue uno de los primeros autores que cuestionó el postulado positivista desde una perspectiva neokantiana. Decía que el derecho positivo tiene que ser un Derecho justo, afirmación que impulsó el regreso de la axiología del derecho. Asimismo, se refirió a las exigencias de la dignidad humana, estableciendo el principio del respeto mutuo.

Edmud Husserl, por su parte, explicó las *esencias ideales* como algo dado o revelado a la conciencia, con lo que se opuso al empirismo, que consideraba que esas esencias ideales tenían su origen en las sensaciones.

Dentro de lo que es propiamente la filosofía de los valores, tenemos la doctrina de Max Scheler y Nicolai Hartmann, quienes justifican la existencia de los valores en sí mismos, con identidad propia e independiente de las esencias. Dan primacía a los valores morales sobre los materiales.

Por su parte, Del Vecchio estableció la idea de la justicia como regente del Derecho, en función del principio de la dignidad individual de la persona humana y del principio de igualdad. Igualmente dice que toda persona tiene una dotación jurídica básica por el hecho de pertenecer a la especie humana, lo cual constituye la base de la defensa de los derechos humanos.

---

<sup>70</sup> García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, p. 130.

<sup>71</sup> Recacéns Siches, Luis, *op. cit.*, pp. 453 y ss.



Quisiera agregar a esta lista a Gustavo Radbruch, jurista que abandonó, después de la segunda guerra mundial, su positivismo original, para afirmar que el primer elemento del concepto de Derecho es la justicia. El derrumbamiento del Estado nazi, afirma este autor, colocó a los juristas ante una serie de preguntas que el positivismo, sostenía, no podría haber contestado. Por ejemplo, ¿seguirían teniendo validez jurídica los actos de confiscación de las propiedades de los judíos realizadas al amparo del Derecho vigente en el Estado nazi? ¿Qué valor tendrían las disposiciones por las que Hitler desencadenó el asesinato en masa? Radbruch responde que las leyes deben responder, por su contenido, “a un derecho superior a la ley, supralegal, cualquiera que sea la concepción que de este Derecho tengamos en lo particular, ya lo concibamos como un derecho divino, como un derecho de la naturaleza o como un derecho de la razón.” Adicionalmente agrega que este Derecho superior se constituye en “rasero con el que medir las mismas leyes positivitas”.<sup>72</sup>

Como se puede apreciar, el iusnaturalismo no es unívoco. Sus expresiones varían en el tiempo y dependen del perfil filosófico del autor que se trate. Desde las tesis de la antigüedad hasta las clásicas, desde la escolástica hasta los autores de principios del siglo XX, el iusnaturalismo se expresa como una corriente dualista ya que coloca a la par o sobre el Derecho positivo un orden normativo que se constituye en referente de aquel. Las críticas no han sido pocas, pero fueron especialmente incisivas a partir del surgimiento del positivismo. Dichas críticas, no sólo cuestionaron –y cuestionan- al iusnaturalismo en sí, sino a todo lo que implica (derechos naturales, derechos humanos, derechos innatos, etc.).

Así, para los autores iusnaturalistas, el origen de los derechos humanos no está en la ley positiva, sino en la naturaleza del hombre, en su razón o en otra realidad normativa superior o paralela a la ley positiva humana. En este sentido, siguiendo a Labrada Rubio, se presentan algunas posturas iusnaturalistas donde

---

<sup>72</sup> Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del Derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 178 y ss.

hacen radicar la dignidad humana en elementos ajenos al Derecho positivo y que refieren, implícita o explícitamente, a los derechos humanos.<sup>73</sup>

I. Messner afirma que los derechos naturales son los que tienen su fundamento en la misma naturaleza humana y sirven de base a su vez de los derechos que integran la esfera de libertad social. Dicho autor plantea también una división entre derecho natural primario u originario que comprende principios evidentes, absolutos e inmutables y un derecho natural aplicado constituido por los preceptos que resultan de aplicar los principios evidentes a circunstancias concretas, históricas, variando en razón de lugar y tiempo.<sup>74</sup>

Castán Tobeñas sostiene que los derechos del hombre son aquellos derechos fundamentales de la persona humana que corresponden a ésta por razón de su propia naturaleza, y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva.<sup>75</sup>

El profesor Antonio Fernández Galiano afirma que se entiende por derechos fundamentales aquellos derechos de los que es titular el hombre no por concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independencia de ellas, por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana.<sup>76</sup>

Pero el iusnaturalismo no ha estado ajeno a críticas agudas, algunas dirigidas directamente a sus supuestos fundamentales. Veamos el caso de Hans Kelsen. El autor de la *Teoría Pura del Derecho* señala que la norma fundante básica establecida, en teoría no puede dar una fundamentación ético-política al Derecho positivo, esto es, que a partir de dicha norma hipotética no se puede juzgar a un orden jurídico positivo como justo o injusto, y por tanto, como válido o inválido axiológicamente. Para Kelsen, el Derecho positivo sólo puede ser justificado por una norma, y por tanto, el contenido material puede o no corresponder con una idea de justicia. Esa norma fundamental es condición de validez objetiva del derecho instaurado por actos humanos. El contenido de un

---

<sup>73</sup> Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la teoría de los derechos humanos*, 1ª ed. Madrid, Ed. Civitas, 1998, pp. 22 y ss.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>76</sup> *Idem*.

orden jurídico es independiente de su norma fundante básica. “No se puede negar validez a ningún orden jurídico positivo por el contenido de sus normas”.<sup>77</sup>

Kelsen sostiene que una doctrina iusnaturalista se diferencia de una doctrina positivista en el hecho de que busca el fundamento de validez del derecho positivo en un derecho natural distinto, y por tanto, en una norma u orden normativo con el cual el derecho positivo puede o no corresponder en cuanto al contenido. Si esta correspondencia no opera, los iusnaturalistas pretenderán que el orden coactivo positivo sea carente de validez.

Sin embargo, señala el autor vienés, la historia de la doctrina iusnaturalista ha mostrado ciertas limitantes, por ejemplo, al pretender determinar el contenido de las normas deducidas de la naturaleza encuentra fuertes oposiciones. “Sus representantes no proclaman un derecho natural, sino varios muy diferentes, entre sí contradictorios”.<sup>78</sup> Por ejemplo, para algunos, solo es “natural” la propiedad privada”, mientras que para otros, solo lo es la “propiedad” colectiva. Los códigos de conducta varían de un lugar y tiempo a otro.

La principal crítica al iusnaturalismo, señala el autor comentado, resulta en la explicitación de un error en el que la tradición iusnaturalista busca que se sustente el fundamento de validez del derecho positivo. Ese fundamento no está en una comunidad humana, sino que se pretende sustentada en una autoridad naturalmente suprema, el derecho natural resulta ser, igual que el Derecho positivo, un derecho impuesto. En la misma línea, una doctrina iusnaturalista puede sostener que la naturaleza ordena que los hombres se comporten de determinada forma. Pero *un hecho no puede ser fundamento de validez de una norma*. Kelsen concluye que para la ciencia,

...la naturaleza es un sistema de elementos determinados por leyes causales. La naturaleza carece de voluntad, y mal puede, por ende, instaurar normas. Las normas sólo pueden ser supuestas como inmanentes a la naturaleza, cuando se supone que en la naturaleza se da la voluntad de dios. Que dios, en la naturaleza como manifestación de su voluntad ordene a los hombres comportarse de determinada manera, es un supuesto metafísico que no

---

<sup>77</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto Vernengo, 15ª ed. México, Porrúa, 2007, pp. 228 y ss.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 230.

puede ser admitido por la ciencia en general y, en especial, por la ciencia jurídica.<sup>79</sup>

Lo que subyace en la crítica citada es la ilegitimidad de la denominada falacia naturalista en virtud de una deducción no procedente: el hecho de derivar, tal como lo hace la doctrina iusnaturalista, un *deber ser* del *ser*. Una norma de un *factum*. A las creencias normativas, ya morales, ya jurídicas, no se puede llegar a través de la experiencia científica. En palabras de D.D. Raphael, la posición axiológica naturalista se basa en hechos, más que en valores cuya naturaleza es distinta a la de aquellos.<sup>80</sup>

Otro autor que no ha pasado por alto las relaciones entre Derecho positivo y el iusnaturalismo es Hart. En la parte final de *El Concepto de Derecho*, concretamente en el capítulo intitulado “Las normas jurídicas y la moral”, este autor señala que el hecho de que el derecho haya estado influido en la historia por morales convencionales o ideales de grupo social, o bien, por formas de crítica moral esclarecida no autoriza que se afirme de manera categórica que un sistema jurídico tiene que expresar concordancia específica con la moral o con la justicia, o tiene que apoyarse en la convicción de que hay una obligación moral de obedecerlo. Aunque esta proposición puede ser real, ello no supone que los criterios de validez tengan que incluir una referencia a la moral.<sup>81</sup>

Enseguida reconoce que esta posición es rechazada por las posturas clásicas del Derecho Natural que señalan que hay principios de la conducta humana susceptibles de ser descubiertos por la razón y con los que el derecho debe concordar para ser válido. Hart señala que el Derecho Natural parece haber surgido de una confusión. En efecto, para sus críticos la pretensión de que las normas o leyes de conducta correcta puedan ser descubiertas mediante la razón humana descansa en la ambigüedad de la palabra “ley”. Esto fue evidenciado por Stuart Mill quien, al comentar a Montesquieu, señala que éste confundió ingenuamente las leyes de la naturaleza con las leyes humanas. Las primeras son “descriptivas” y corresponde al científico descubrirlas, mientras que las leyes

---

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 232.

<sup>80</sup> Raphael, D. D., *Filosofía moral*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 37.

<sup>81</sup> Hart, H.L.A., “Las normas jurídicas y la moral”, en *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, pp. 229 y ss.

humanas son prescriptivas, lo que conduce a que aún cuando puedan ser transgredidas, siguen siendo leyes.

Otra vertiente del Derecho Natural, que analiza Hart, es la teleológica misma que afirma que cada cosa existente, sea o no humana, no solo tiende a mantenerse en existencia, sino también se *dirige* a un “estado óptimo que es el bien específico”, o el fin que le es apropiado.<sup>82</sup> Esto es que en la naturaleza hay niveles de excelencia que cada cosa realiza. Así, lo que acontece puede ser explicado y valorado como bueno a partir de criterios que el propio fin de la cosa en cuestión marca. A esta postura, continúa el autor, se le critica porque reduce al mínimo las diferencias entre los enunciados de lo que regularmente acaece y los enunciados de lo que debe acaecer. Asimismo, reduce la distinción entre los seres humanos con su propósito personal. El hombre es concebido como “tendiente hacia un estado específico óptimo” que ha sido establecido para él.

No obstante, no deja de sorprender un presupuesto que no suele ser destacado en la doctrina que ha comentado a Hart. En efecto, suele pasarse por alto su afirmación de que se puede, en cambio, sostener que los hombres efectivamente desean la supervivencia. La supervivencia posee, en su opinión, un estatus especial en relación con la conducta humana. Aceptar la supervivencia como una meta es relevante para la discusión del derecho y la moral, pues al plantear cualquier cuestión referente a cómo deben convivir los hombres se presupone un elemento básico: vivir.

De esta forma, continúa Hart, hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que comprender para que sea viable. Dichas reglas son el elemento común entre el derecho y la moral convencional. “Tales principios de conducta universalmente reconocidos tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural, y a sus propósitos, pueden ser considerados como el *contenido mínimo del Derecho Natural*”.<sup>83</sup> Sin tal contenido los hombres no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente alguna regla. Se requiere un mínimo de cooperación voluntaria. Así, Hart distingue puntos de conexión en donde converge el contenido de las

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, pp. 234 y 235.

<sup>83</sup> *Ibidem*, pp. 238 y 239.

reglas jurídicas y morales y que se expresan, entre otros, en puntos dirigidos a evitar la vulnerabilidad humana, garantizar una igualdad aproximada, recursos limitados, entre otros.<sup>84</sup>

Como se observa, el iusnaturalismo echa raíces en multiplicidad de campos, desde la teoría política, hasta la filosofía moral, pasando por el derecho. Su relación con los derechos humanos parece evidente sobre todo si se reconoce una dificultad clara en fundar a éstos en el derecho positivo o en el marco del realismo jurídico. No obstante, ese vínculo evidente entre iusnaturalismo y derechos humanos adquiere una gran complejidad cuando se presentan las evaluaciones críticas a los fundamentos o supuestos que los doctrinarios iusnaturalistas dan por aceptados.

Podemos cerrar este punto insistiendo en que para los autores iusnaturalistas, el origen de los derechos humanos no está en la ley positiva, sino en la naturaleza del hombre, en su razón o en otra realidad normativa superior o paralela a la ley positiva humana. Desde esta perspectiva, es posible sostener algunos rasgos que suelen atribuirse a los derechos humanos: universalidad, inalienabilidad, intemporalidad, etc. Sin embargo, la crítica central es que el costo de afirmar dichos rasgos, es un alejamiento de la realidad humana, y el hecho de basarse en supuestos metafísicos.

Es oportuno recordar, sin embargo, que el iusnaturalismo ha legado una reflexión tan amplia como profunda en la discusión filosófica de los derechos humanos. Esto es particularmente claro si partimos del hecho de que estos derechos son herederos de una tradición filosófica que toma forma en buena medida en la atmósfera intelectual moderna, nutrida de forma particular en el periodo histórico convencionalmente llamado: Ilustración.

La unión entre la idea de derechos humanos y el pensamiento occidental surgido en Europa en el siglo XVIII es incuestionable. Ese vínculo se muestra evidente y significativo si nos referimos a la idea de la historia típica de la

---

<sup>84</sup> La igualdad aproximada parte del hecho de las diferencias en fuerza física, agilidad y capacidad intelectual que caracterizan a los hombres. Así, la igualdad aproximada evidencia la necesidad de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas, base tanto de las obligaciones jurídicas como de las obligaciones morales. La importancia de la igualdad aproximada es cardinal en opinión de Hart. Véase, *Ibidem*, pp. 240 y ss.

Ilustración, pues me parece, nutre en buena medida el sustento de los derechos humanos que tradicionalmente se ha expresado en la modernidad.

## **1.2 Filosofía de la historia de Kant**

La referencia a la noción de la historia de Kant en un trabajo sobre derechos humanos, me parece oportuna, ya que se erige como una filosofía que supone una idea de *hombre en la historia*. Esta idea me parece singular, no sólo por constituirse como un concepto paradigma que ha nutrido el pensamiento occidental hasta nuestros días, sino porque constituye una actitud esencialista que, me parece, ha sido usada como sustento para la idea predominante de derechos humanos.

En este capítulo, trataré de establecer los antecedentes y los rasgos básicos de la filosofía de la historia kantiana, así como definir, en la medida de lo posible, esa particular relación con la noción moderna de los derechos humanos.

### **1.2.1 Antecedentes**

Ya hemos señalado que la filosofía kantiana está inserta en ese período histórico que, entonces como ahora, es conocido como Ilustración. Los estudios en torno a *las Luces* han sido abundantes y de una diversidad interpretativa tal que aún hoy se discute sobre los elementos que le dieron forma, así como los matices que, sin duda adoptó en diferentes puntos geográficos del orbe, así como en el periodo que se suele identificar bajo su influencia, el siglo XVIII.<sup>85</sup>

La referencia a la filosofía de la historia kantiana me parece necesaria ya que es bajo su signo que se ha venido desarrollando una idea de los derechos humanos que considero ha sido dominante. Dicha postura puede ser caracterizada, ya de principio, con la convicción de que hablar del proceso histórico es equivalente a sostener una idea de progreso. Esta equivalencia, resulta ser un supuesto en los desarrollos teóricos que algunos autores han realizado al momento de abordar el discurso de los derechos humanos,

---

<sup>85</sup> En el siglo XX, las visiones interpretativas de la Ilustración se apoyaron en igual número de perspectivas. Dorinda Outram hace un amplio recorrido que va desde las visiones sintéticas de Peter Gay en los años sesentas, hasta los estudios que mostraban las “paradojas” de la ilustración, como el clásico *Dialéctica de la Ilustración* de Horkheimer y Adorno, pasando por los análisis de Habermas y Foucault que buscaban comprender su presente a partir de periodo del iluminismo. Véase, Outram, Dorinda, *La Ilustración*, trad. de Victoria Schussheim, México, Siglo XXI, 2009, *passim*.



particularmente, porque éstos son entendidos como una expresión, o bien, una prueba del mencionado progreso. Pero vayamos por partes.

Para los efectos de este trabajo, basta de momento señalar que fue con la Ilustración que la noción de *conocimiento* supuso un rompimiento con la concepción medieval, más bien escolástica de *sabiduría*. Aquella se centró primordialmente en comprender al hombre y al mundo natural, sólo que ahora con una aspiración adicional: liberarse de los mitos y de la magia. Se le reconoció una jurisdicción propia a la religión, aunque claramente distinta de la que correspondía al nuevo elemento constituido en juez del mundo desmitificado: la razón.<sup>86</sup>

Evidentemente, la noción que se tenía de ser humano cambió. La idea de naturaleza humana quedó entonces ensamblada en conceptos, ideas, categorías y teorías que le dieron un nuevo lugar en la comprensión de la realidad. A manera de ejemplo tenemos los profundos cambios en la relación ser humano-entidad política moderna, las nuevas modalidades de legitimidad política, los criterios de validación del conocimiento, entre otros.

En este marco, resulta significativa la relación entre la idea de la historia y los derechos humanos. Esto es así porque se consideró que el ser humano se encontraba inserto en una entidad política cuya legitimidad radicaba, en buena medida, en el reconocimiento de derechos previos a la organización estatal. Históricamente, el hombre orbitaba en un devenir lineal en el que subyacía la concepción de un sentido ya no teológico, sino de progresiva consolidación de la razón.

En dicha etapa, Emmanuel Kant no fue el único en especular filosóficamente, en torno a la historia. Otros autores lo habían estado haciendo. Voltaire, Hume, Rousseau, Herder (aunque es importante recordar que estos dos últimos anunciaban el romanticismo). Pero fue la influencia kantiana la que mejor refleja los elementos característicos de la Ilustración en una idea particular del devenir histórico: el ser humano como centro del mundo, la razón, el estado de naturaleza en oposición a la sociabilidad, el progreso.

---

<sup>86</sup> Max Horkheimer y Theodor W. Adorno, *Dialéctica de la Ilustración*, trad. de Juan José Sánchez, 4ª ed., España, Trotta, 2001, pp. 59 y ss.

La importancia de Kant para el discurso sobre los derechos humanos es indiscutible. Dato curioso si recordamos que no fue historiador, ni jurista. Pero las ideas que yacen en su filosofía moral, y sobre todo, en su filosofía de la historia dan una imagen del ser humano cuya proyección a la esfera de los derechos humanos es sorprendente. Ciertamente que la realidad histórica de Francia y de Prusia era distinta hacia finales del siglo XVII, pero difícilmente podrá negarse que la Revolución Francesa y la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789) respiraron la misma atmósfera intelectual que los escritos kantianos que contienen su filosofía de la historia. Obsérvese la cercanía temporal: *¿Qué es la Ilustración?*, escrita en 1784; *Idea de una historia universal en clave cosmopolita*, de 1784; *Sobre el libro Ideas para una filosofía de la historia de la humanidad de J. G. Herder*, fechada en 1785; *Comienzo presunto de la historia humana*, publicado en 1786; *Sobre la paz perpetua*, salida a la luz en 1795; *Si el género humano se halla en progreso contante hacia lo mejor*, que data de 1798.

Es por lo anterior que en el siguiente punto me centraré en la filosofía de la historia de Kant. Concretamente pondré atención en algunos elementos que, a mi juicio, constituyen las raíces de la construcción teórica que de los derechos humanos se formaría lentamente en esa época. Cabe insistir que parto de un hecho incuestionable, Kant no era jurista, ni tenía por objeto teorizar en torno a los derechos humanos. Pretenderlo nos haría caer en claros anacronismos. No obstante, es indudable que es un referente único para el tema objeto de nuestro estudio.

En principio, conviene ver, así sea esquemáticamente, los puntos centrales de su filosofía de la historia, para posteriormente, referir su impacto en algunas ideas de los derechos humanos, persistentes, incluso, en nuestros días.

### **1.2.2 Idea de la historia en el pensamiento kantiano**

Me parece importante recordar en primer lugar que para Kant, hay en el mundo factores que impulsan la incapacidad del hombre para servirse de su propia inteligencia, obstaculizando con ello, el proceso de liberación. Se refiere expresamente a la pereza y la cobardía. Y es que no estar emancipado tiene su

lado de comodidad; después de todo, continúa, los tutores, es decir, los que guían a la mayoría, cuidan que los hombres consideren el paso hacia la emancipación como peligroso y difícil.<sup>87</sup>

Kant está convencido de que a pesar de que los hombres encuentran difícil salir de esa *incapacidad* -que se torna prácticamente en una segunda naturaleza- siempre habrá algunos que, con su propio esfuerzo, rescatarán la vocación del ser humano a pensar por sí mismo. Ello no implica que Kant considerará que una revolución condujera necesariamente al gobierno de la razón y de la libertad, pues podía ocurrir, por el contrario, que no se consiguiera una auténtica reforma en la manera de pensar, estableciendo en cambio, la consolidación de nuevos prejuicios útiles también para conducir a la mayoría.

Kant consideraba que la liberación del hombre requería solo una cosa: la libertad de hacer *uso público* de la razón, un uso que debía estar permitido a todo el mundo, pues ello impulsaría la *marcha* de la ilustración misma. Ir en contra de esta marcha, era ir en contra del destino natural de ser humano que es, precisamente, el *progreso*.

Adicionalmente, el filósofo de Königsberg, señala que, así como un pueblo no puede acordar algo *en contra de sí mismo*, tampoco puede hacerlo un monarca en nombre de aquél. Con ello, sugería una especie de reconocimiento de derechos anteriores a la organización política, cuya raíz resultaba ser una razón liberadora que se desarrollaba a lo largo de la historia. Para Kant la autoridad legisladora de un monarca descansaba, justamente, en que asumía la voluntad entera del pueblo en la suya propia, lo cual conducía a afirmar que dicho soberano debía permitir a sus súbditos disponer de sí mismos en aquello que consideraran necesario para la salvación de sus almas. El monarca, por tanto, no podría intervenir en lo que no le incumbe, que era, precisamente en el ámbito de libertad del sujeto. Si podría, en cambio, evitar que unos a otros se impidieran violentamente buscar aquella salvación, situación que quedaría en la esfera pública. En este último caso estaríamos ante un príncipe ilustrado. Resumiendo, el criterio que posea un jefe de Estado al favorecer la libertad, comprende la

---

<sup>87</sup> Kant, Emmanuel, "¿Qué es la Ilustración?", en *Filosofía de la historia*, Trad. de Eugenio Ímaz, 2ª ed, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 31 y ss

ausencia de peligro para los súbditos al hacer uso público de su razón, los cuales podrán entonces exponer libremente sus ideas al mundo, incluso, haciendo una franca crítica de las ideas existentes.<sup>88</sup>

Es curioso que Kant, al referirse a su contexto histórico, afirmara que éste no era ilustrado pues los hombres en conjunto aun no se hallaban en situación de servirse de su propia razón. No obstante, reconocía que esa época era el momento en el que se había abierto el campo para trabajar en la disminución de los obstáculos y alcanzar, en cambio, la tutela de la Ilustración.

Kant sostenía que la historia, que es la disciplina que narra los fenómenos que son reflejo de la liberación de la voluntad, permite abrigar la esperanza de que al contemplar la libertad humana *en grande*, también se pueda observar un curso regular y continuo de consolidación de la misma. Agrega que los hombres particulares no pueden comprender que, al perseguir su propio propósito, siguen un hilo conductor que es, justamente, la *intención* de la Naturaleza. Las anteriores ideas, son tratadas en el texto *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita*<sup>89</sup>, pequeño gran libro en el que Kant nos da el perfil de su idea de la historia en nueve principios. Veamos brevemente cuales son.

*Primer principio.* Se refiere a que todas las disposiciones naturales de una criatura *están destinadas* a desarrollarse algún día completa y adecuadamente. En ese sentido, Kant sostiene que algo que no alcanza su fin, esto es, sus disposiciones naturales, es una contradicción.<sup>90</sup>

*Segundo principio.* Aquí se establece que las disposiciones naturales de los hombres apuntan al uso de su *razón inherente*, por tanto, se deben desarrollar completamente pero con una particularidad: dicho desarrollo es en la especie, y no, en los individuos. Esto es así porque el ejercicio de la razón implica un progreso lento, de un peldaño a otro, lo que genera que la vida de un individuo, resulte insuficiente para poder aprender cómo ha de usar a la perfección todas sus disposiciones naturales. Así, se requiere una serie incontable de generaciones que se trasmitan una a otra sus conocimientos, logrando con ello que el germen que

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>89</sup> Kant, Emmanuel, "Idea de una historia universal en sentido cosmopolita", en *Filosofía de...*, *cit.*, pp. 39 y ss.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 42.

lleva escondida la especie humana llegue a la etapa de desarrollo que corresponde al *plan oculto* de la naturaleza.<sup>91</sup>

*Tercer principio.* La Naturaleza, nos dice Kant, ha querido que el hombre logre completamente trascender el ordenamiento mecánico típico de su animalidad y que no participe de ninguna otra felicidad que la que él mismo, libre del instinto, se procure por la razón. La Naturaleza dotó al hombre de razón, y con ello, de la voluntad de la libertad. No le proveyó de mecanismos físicos de defensa como a los animales. Kant ve en esto una señal de que la Naturaleza hace que hasta la obtención de la felicidad sea por mérito del hombre.<sup>92</sup>

En otro escrito, Kant afirma que el hombre ha tenido que desarrollar sus habilidades por su propia mano, a partir de la toma de conciencia de que la razón era la facultad que le permitiría traspasar los límites en que se mantienen todos los animales. Descubrió que la manera de vivir quedaba dentro de su esfera de elección, con lo cual le era ya imposible volver a la subordinación ante el instinto. Superar el instinto condujo a otro paso de la razón: la reflexiva expectación del futuro, esto es, desarrollar la capacidad de sentir no solo la vida presente, sino de hacer también presente el tiempo por venir. El ser humano, continúa Kant, tras el cuadro de esa vida penosa anticipó algo de lo que los animales no tienen conciencia: la muerte. Saberse mortal y tener conciencia del tiempo futuro, colocó al hombre en el umbral de su sentido histórico.<sup>93</sup>

*Cuarto principio.* El medio usado por la Naturaleza para lograr el desarrollo de las disposiciones humanas es el antagonismo de las mismas en sociedad, en la medida en que ese antagonismo se convierte a la postre en la causa de un orden legal. En cierta forma, Kant refiere en este punto, el motor que hace que los hombres busquen entrar en sociedad: sólo en tal estado se sienten partícipes en

---

<sup>91</sup> *Ibidem*, pp. 42 y 43.

<sup>92</sup> En ese sentido Collingwood observa que para Kant el propósito de la Naturaleza al crear cualquiera de sus criaturas no es solamente la existencia de dicha criatura, sino la *realización de su esencia*. Como la esencia del hombre es la misma razón, éste aspira a la plena realización racional que en el estado de naturaleza no tiene. Así, la salida de este estado es el comienzo de la historia de la humanidad. El desarrollo pleno de las potencialidades humanas requiere de un proceso histórico. He aquí un elemento central del pensamiento ilustrado: la historia es un progreso hacia la racionalidad. Collingwood, R. G. *Idea de la Historia*, trad. Edmundo O Gorman, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 169

<sup>93</sup> Kant, Emmanuel, "Comienzo presunto de la historia humana", en *Filosofía de...*, cit, pp. 74 y ss.

el desarrollo de sus disposiciones naturales. No obstante, también reconoce que el hombre tiene una gran tendencia a aislarse, ya que continuamente tropieza con una cualidad *insocial*: querer disponer de todo según le place. Para Kant, un estado de naturaleza permanente enterraría las facultades humanas sin posibilidad de uso. Así, a la pregunta: ¿Qué fuerza impulsa a los hombres a dejar atrás dicho estado, y tomar el difícil camino del progreso? Kant responde que dicha fuerza es nada menos que la *maldad* humana, esto es, el elemento irracional que hace imposible que una sociedad continúe ajena al movimiento histórico. Ello explica el conflicto entre las dos fuerzas que dan forma a la conducta del hombre: el deseo de una vida social, y el otro, el deseo de dominar y explotar al otro.

*Quinto principio.* El principal problema del género humano, a cuya solución lo constriñe la Naturaleza, consiste en formar una sociedad civil que administre el derecho en general. Este punto resulta relevante pues en él, Kant deja ver su convicción de la necesidad de la inserción del hombre en una sociedad a efecto de que en su seno pueda desarrollar todas sus disposiciones, una sociedad, agrega significativamente, en la que esté unida la máxima libertad con una constitución civil perfectamente justa. La necesidad es la que fuerza al hombre a entrar en ese estado de coerción ya que no pueden convivir en medio de su salvaje libertad.<sup>94</sup>

Este principio se relaciona estrechamente con la noción de racionalidad de ley que Kant desarrolla en *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*.<sup>95</sup> De acuerdo con Berumen Campos, para Kant el *estado de derecho* -donde las relaciones de los individuos se regulan por la racionalidad del poder-, se define por su oposición al estado de naturaleza donde dicha regulación responde a la arbitrariedad de sus intereses-. Para que el poder sea racional se requiere su sometimiento a la ley de la voluntad general de los ciudadanos.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> Es en ese sentido que Antonio Truyol y Serra, al comentar *Sobre la paz perpetua*, afirma que salir del estado de naturaleza para constituir una sociedad civil mediante el “contrato originario” es un imperativo de la razón, esto es, un deber. Truyol y Serra, Antonio, “Presentación”, en Kant, Emmanuel, *Sobre la paz perpetua*, trad. de Joaquín Abellán, Madrid, Alianza, 2006, p. 12.

<sup>95</sup> Para la referencia a este noción me baso en el análisis que sobre la redeterminación de la seguridad jurídica, y específicamente la racionalidad de la ley en el pensamiento kantiano, se encuentra en: Berumen Campos, Arturo, *Ética Jurídica como redeterminación dialéctica del Derecho Natural*, México, Cárdenas Editor, 2003, pp. 334-344.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 335.

Adicionalmente, Berumen Campos señala que para Kant la ley racional no debe ser un obstáculo a “la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno”.<sup>97</sup> Es decir, implica que los intereses particulares estén sometidos a la racionalidad legal común de la libertad de todos.

Parece entonces procedente deducir que en caso de haber contradicción entre la voluntad general y la voluntad individual puede deberse a que, o bien aquella no es realmente racional en cuyo caso no sería moralmente obligatoria, o la voluntad individual es en realidad un interés irracional y por tanto ilegítimo. El profesor Berumen Campos señala que Kant sólo centra su análisis en el segundo caso, por lo que, continúa, el *a priori* de la razón práctica es la ley y no la autonomía de la voluntad, lo cual devendría en una incongruencia con su propia filosofía moral pues es, la autonomía misma, la que le permite a Kant constituir el estado de derecho mediante el abandono del estado de naturaleza.<sup>98</sup>

Berumen sugiere que posiblemente esta incongruencia se deba al aserto kantiano de que en el tránsito al estado de derecho se deben reconocer, así sea provisionalmente, las adquisiciones que se hicieron durante el estado de naturaleza: “Si antes de entrar en el estado civil no se quisiese reconocer ninguna adquisición como legítima ni aun provisionalmente, este estado sería a su vez imposible”.<sup>99</sup> Sin embargo, continúa Berumen, en este proceso, Kant *hace abstracción* del hecho de que en el estado de naturaleza predomina la arbitrariedad de los intereses, pasando por alto que lo más probable es que las adquisiciones hechas bajo su vigencia fueran arbitrarias y, por ende, debieran desconocerse aunque fuera provisionalmente. Este hecho, oculta, bajo la etiqueta del *estado de derecho* el origen arbitrario de la propiedad capitalista, ocultando una injusticia originaria que bien puede ser consubstancial en varias instituciones jurídico-positivas.<sup>100</sup>

Me parece que la pertinencia de incorporar en este punto la noción kantiana de estado jurídico que conserva provisionalmente dichas arbitrariedades responde al hecho de que ese pasar por alto al origen arbitrario de la propiedad capitalista,

---

<sup>97</sup> Emmanuel Kant *apud* en Berumen Campos, Arturo, *Ética Jurídica...*, *cit.*, p. 337.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 339.

<sup>99</sup> Emmanuel Kant, *apud* en *Ibidem*, p. 340.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 341.

podría equivaler a una forma de olvido generada en un orden institucional fundado, a su vez, en una memoria selectiva materializada en la generación de una norma general que oculta una injusticia de raíz. Regresaremos sobre el punto más adelante.<sup>101</sup>

*Sexto principio.* Aquí Kant señala que uno de los problemas o dificultades a resolver por la especie humana es que el hombre es un animal que, al vivir con sus semejantes, necesita de un señor que le ponga límites a la libertad de todos y que lo obligue a obedecer una voluntad valedera para todos, en virtud de garantizar la libertad para todos. Dicho jefe debe ser justo por sí mismo, y no obstante, un hombre. He aquí la tarea más difícil de todas.

Este principio va de la mano con la idea también kantiana de que otro paso de la razón consistió en que el hombre comprendió que él mismo constituía el genuino *fin de la Naturaleza*, esto es, que gozaba de un privilegio que le colocaba por encima de todos los animales, considerados, ya no como compañeros en la creación, sino como medios puestos a disposición de su voluntad para el logro de sus propósitos. Dicha conciencia supuso una idea fundamental para comprender la imagen del ser humano en el marco de la ilustración. Se trata de la idea de que el hombre no puede, ni debe dar un trato instrumental a sus semejantes, todo lo contrario, debe considerarlos como copartícipes de los dones de la naturaleza. Esta igualdad de los seres humanos, sería tal que, aun los seres con mayores dotes, ninguno de ellos podría pretender, por este hecho, poseer el derecho de mandar caprichosamente.<sup>102</sup>

*Séptimo principio.* El problema de la institución de una constitución civil perfecta, depende, a su vez, del problema de una legal relación exterior entre los Estados, y no puede ser resuelto sin este último. La misma insociabilidad que obligó a los hombres a entrar en comunidad, causa también que cada comunidad, en las relaciones exteriores, es decir, como Estado en relación con otros Estados en una situación similar a la que impulsó y obligó a los individuos a entrar en una situación civil legal. Los Estados deben buscar escapar del estado sin ley

---

<sup>101</sup> Véase, particularmente, los puntos 2.2.1 La memoria intransitiva, 2.2.2 La memoria ejemplar y el 3.2 Derechos humanos, creación de la norma y recuperación del pasado.

<sup>102</sup> *Ibidem*, pp. 75 y ss.



característico de los salvajes y entrar en una unión de naciones, donde cada Estado pueda esperar su propia seguridad, concretizada en una gran federación mundial.

*Principio octavo.* En este principio se plantea que la historia de la especie humana puede ser considerada en su conjunto como *la ejecución de un secreto plan de la Naturaleza*, para la realización de una constitución estatal bajo la cual se puedan desenvolver plenamente todas las disposiciones de la humanidad. Ante la cuestión de si en la experiencia hay algo que descubra el curso del propósito de la Naturaleza, Kant responde que muy poco. Los Estados se hallan entre sí en una delicada relación, sus ambiciones de gloria bastan para asegurar el mantenimiento del fin de la Naturaleza. Para él, las múltiples revoluciones transformadoras son las que dan esperanza de que ese fin supremo de la Naturaleza, esto es, un estado de ciudadanía mundial o cosmopolita, sea una realidad.

Según Robin G. Collingwood, para Kant es tan legítimo hablar de un plan de la naturaleza revelado en los fenómenos estudiados por el historiador, como lo es hablar de leyes de la naturaleza reveladas en los estudios científicos. Lo que las leyes de la ciencia son para el científico, el plan de la naturaleza lo es para el historiador. Ahora bien, cuando el historiador habla de un plan de la naturaleza que se desarrolla en la historia, Kant no entiende la existencia de una mente real llamada, justamente, naturaleza, que de manera consciente realice ese plan; se refiere más bien a que la historia procede *como si existiera* tal mente.<sup>103</sup>

*Noveno principio.* Kant afirma que un ensayo filosófico que trate de construir la historia universal con arreglo a un plan de la Naturaleza que tienda a la asociación ciudadana completa de la especie humana, no solo debe considerarse posible, sino que es menester pensar en su efecto propulsor. Se puede marcar una perspectiva consoladora del futuro en la que se represente a la especie humana en un proceso de desarrollo completo y necesario.

En este principio queda de manifiesto un elemento más de la filosofía de la historia kantiana: el *progreso*. Kant considera que el destino de la especie humana no es otro sino progresar hacia la perfección. La tentativa para llegar a esa meta

---

<sup>103</sup> Collingwood, R.G., *op. cit.*, pp. 165 y 166.

requiere la sucesión de una larga serie de generaciones. Esta marcha hacia lo mejor, que para la especie en su conjunto es un progreso, no resulta igual para el individuo, quien al dejar la animalidad, vio nacer los males y vicios que en su estado de inocencia no percibía.

En cierta forma, estamos ante una concepción que destaca una contradicción entre la cultura y la naturaleza. De esta última, nacen los males que pesan sobre el ser humano. Kant sabía de la necesidad de que esta idea de progreso anclara en alguna clase de experiencia, un hecho que refiriera la existencia de una causa que permitiera concluir que esa marcha va *hacia adelante*. Una señal histórica que demostrara la tendencia moral del género humano en dicho devenir. Kant encuentra dicha señal en la actitud de los espectadores de las grandes transformaciones que, encierran en sí enfrentamientos de partidos o bandos. Los espectadores toman partido a pesar del riesgo que esto les puede acarrear. Ello evidencia un carácter del género humano en conjunto, un carácter moral que se manifiesta en la generación de esperanzas en el progreso, y que, como un peldaño inserto en la marcha, constituye parte del progreso mismo. Es una especie de participación del bien, de un entusiasmo que refiere a lo ideal, esto es, a lo moral puro.<sup>104</sup>

Es por lo anterior que los comentaristas de Kant, señalan que éste interpretaba la idea de la historia como el desarrollo de la humanidad hasta llegar a la plenitud de la libertad humana. El propósito de la naturaleza de dotar al hombre de razón es darle la capacidad de que llegue a convertirse en auténtico agente moral, esto es, el desarrollo de la libertad moral.<sup>105</sup> La historia para Kant, y en general para los pensadores ilustrados, era una secuencia progresiva de sucesos.

En cierta forma, Kant señaló que, dado que la historia es un proceso en el que el hombre se vuelve racional, no puede ser que haya sido racional desde el principio. Aquí regresamos al principio cuarto ya mencionado. La fuerza resorte no puede ser la razón humana, sino su opuesto, esto es, la pasión, la expresión de la

---

<sup>104</sup> Kant, Emmanuel, "Si el género humano se halla en progreso constante hacia mejor", en *Filosofía de...*, *cit.*, pp. 101 y ss.

<sup>105</sup> Véase, Collingwod, R. G., *op. cit.*, p. 168.

*no moral*. La historia es la lucha progresiva contra esta fuerza. Por tanto, para Kant, la historia no acaba en el presente, sino en un esperanzador futuro que encarna una época en que el hombre sea plenamente racional, en el que las fuerzas pasionales sean dominadas, dando lugar a un reino de paz perpetua mediante la creación de un sistema político racional con expresión nacional e internacional. De lo anterior deriva la significación de la cita:

Los Estados con relaciones recíprocas entre sí no tienen otro medio, según la razón, para salir de la situación sin leyes, que conduce a la guerra, que el de consentir leyes públicas coactivas, de la misma manera que los individuos entregan su libertad salvaje (sin leyes), y formar un Estado de pueblos (*civitas gentium*) que (siempre, por supuesto, en aumento) abarcaría finalmente a todos los pueblos de la tierra.<sup>106</sup>

En tanto no se llegue a este Estado cosmopolita o federación de la paz, el derecho de gentes será sólo un derecho de gentes “provisional”. Solo se convertirá en un Estado de paz perpetua con la unión de Estados que dará lugar a un derecho cosmopolita, que no se conformará con reducir las guerras, sino acabar definitivamente con ellas.

Esta es, en términos generales, la herencia que Kant legó al pensamiento contemporáneo, concretamente, a la filosofía de la historia. Un pensamiento que a todas luces refleja los cimientos que perfilaron la manera de entender los derechos humanos en el entramado complejo del devenir histórico.

### **1.2.3 Derechos humanos y filosofía de la historia de Kant**

Es claro que no todos los teóricos de los derechos humanos declaran una filiación expresa en las ideas kantianas de la historia o con la o las ideas de la historia que florecieron en la Ilustración. En realidad, cada jurista o iusfilósofo que hace de los derechos humanos su objeto de estudio podría declararse heredero de una gran diversidad de corrientes filosóficas. Sin embargo, en la manera de entender los derechos humanos hoy en día, me parece, persisten elementos de dicha concepción sobre sentido kantiano de la historia. Si bien, hay un claro pluralismo al tratar el tema de los derechos humanos, su papel en el devenir histórico suele

---

<sup>106</sup> Kant, Emmanuel, *Sobre la paz...*, cit., p. 62.

acercar la diversidad de enfoques. El lenguaje o los términos usados por algunos autores es uno de los campos donde podemos observar lo anterior.

En ese sentido, Jesús Ballesteros presenta posiciones que ameritan detenerse en ellas. En la introducción del libro *Derechos Humanos*,<sup>107</sup> reconoce la mencionada pluralidad en el tratamiento de los derechos humanos, lo cual constituye, en su opinión, una muestra del “repudio del fundamentalismo”, que puede ser explicitado de dos maneras: “todos parten [se refiere a los colaboradores del libro] del carácter subordinado de las ideas en relación con las personas, o bien, todos ellos, consideran que no cabe *Racionalidad alguna de la Historia* que se coloque por encima de la racionalidad de las historias individuales” [la cursiva es nuestra]. Esta cita, pareciera sugerir la preeminencia de la racionalidad del individuo o de la persona (o la historia individual, como la llama el propio Ballesteros) sobre la *Racionalidad de la Historia*. Pero justo en seguida, dicho autor señala que “*el momento histórico exige* ante todo no absolutizar cualquier institución u organismo que *retrase* la efectividad de iguales derechos para todos los habitantes del planeta” [las cursivas son mías]. Aquí, quisiera insistir en los términos en cursivas, particularmente la afirmación que refiere que el momento histórico *exige* que no haya elementos que *retrasen* la efectividad de los derechos humanos.

Que un momento histórico *exija* algo supone ya un criterio de discernimiento de lo deseable o no en función de una intencionalidad histórica. Esto recuerda vagamente la idea de un plan de la naturaleza que se concretiza en el devenir histórico. Que algún elemento -institución u organismo, nos dice Ballesteros- *retrase* la efectividad de los derechos humanos, justo en el momento histórico que demanda que éstos sean efectivos, nos recuerda una historia que tiene *un sentido*. De hecho, el verbo *retrasar* supone la idea de una marcha susceptible de ser acelerada o de tornarse lenta, pero siempre a partir de un criterio que se ostenta como meta de este transcurrir histórico: la efectividad de los derechos humanos para todos.

---

<sup>107</sup> Ballesteros Jesús, “Introducción”, en Ballesteros Jesús (edit.), *Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 9.

El mismo libro coordinado por Ballesteros nos da otro caso interesante. Se trata de Antonio Luis Martínez Pujalte quien en el artículo *Los derechos humanos como derechos individuales* reflexiona en torno a la historicidad de los derechos humanos. Su razonamiento es significativo porque afirma que el catálogo de derechos humanos es susceptible de ampliarse o de cambiar en atención a la evolución histórica. Incluso, la interpretación de los contenidos de cada derecho puede cambiar en respuesta al tiempo y al espacio de que se trate. Esto lo conduce a afirmar que el contenido de estos derechos es abierto y dinámico. Más adelante, sin embargo, armoniza la nota de historicidad del catálogo citado con un elemento permanente y esencial -y que por tanto, escapa al cambio histórico-: el de la dignidad humana expresada en derechos, esta vez, de carácter global.<sup>108</sup>

Al derivar de la dignidad humana, estos derechos globales, participan de la inalienabilidad de aquella. Y buscan garantizar la existencia biológica del hombre (derecho a la vida); condiciones de salud física y mental (derecho a la salud y a la integridad física); y la capacidad de autodeterminación y a no ser forzado a ejecutar la voluntad de otra persona (el derecho a las libertades personales).

Un aspecto importante para comprender el enfoque de Martínez Pujalte es su idea de la dignidad humana como “*potencialidad de ser autoconsciente y libre*” [las cursivas son mías]. Señala expresamente que para que tal potencialidad llegue a realizarse es preciso que el hombre tenga garantizados sus derechos globales.<sup>109</sup> Así, tenemos que para este autor, la dignidad humana es persistente más allá de las singularidades temporales como un referente a realizarse, esto es, como una potencialidad (y las potencialidades miran al futuro) sustentada en dos ideas con filiación claramente kantiana: la autoconciencia y la libertad.

En México, Eduardo Ferrer y Miguel Carbonell expresan una idea de la historia como trasfondo al presentar un compendio de legislación en materia de derechos humanos. Señalan expresamente:

Los derechos humanos se han convertido en un referente inexcusable de la modernidad, quizá son su signo distintivo, aquello que *da cuenta de la evolución del género humano hacia un estadio de mayor desarrollo y*

---

<sup>108</sup> Martínez Pujalte, Antonio Luis, “Los derechos humanos como derechos inalienables”, en Ballesteros, Jesús (edit.), *op. cit.*, pp. 94 y ss.

<sup>109</sup> *Ibidem.*

*bienestar, que por el momento –sin negar los avances evidentes que se han sucedido- todavía permanece inalcanzado.*<sup>110</sup>

Dicha cita muestra que para los citados autores hay un supuesto en su concepción de los derechos humanos, y es, justamente, un presupuesto histórico: *la evolución del género humano hacia un estadio de mayor desarrollo y bienestar*. Los derechos humanos, hijos de la modernidad, dan cuenta de este supuesto -o presupuesto-. En principio, el término *hacia* da la idea de una dirección de la evolución del género humano. Adicionalmente, también refieren los *avances evidentes* que parecen destacar el tramo de camino (¿acaso un camino histórico?) que hace falta recorrer para alcanzar ese estadio superior. Finalmente, pero no menos simbólico, los autores parecen no dudar: ese estado o circunstancia, que tiene a los derechos humanos como inalcanzados y al estadio de bienestar como inaccesible, es sólo *por el momento*. Sólo momentáneamente no hemos llegado, como género humano, a ese estadio mayor.<sup>111</sup> Pero hacia allá vamos, con *avances evidentes*. La idea de la historia de Ferrer y Carbonell parece expresar una clara herencia kantiana.

Veamos ahora el caso del filósofo Mauricio Beuchot quien plantea una tesis sugerente para nuestro trabajo en su libro *Derechos Humanos*.<sup>112</sup> Parte del supuesto de que los derechos humanos pueden fundarse filosóficamente en la idea de una naturaleza humana dinámica (en oposición a una naturaleza estática) que se va realizando en la concreción de la temporalidad histórica “atenta a los individuos”, a los cuales se aplicará, diferenciadamente, el contenido de dicha naturaleza, de acuerdo a las circunstancias concretas en las que se encuentre,

---

<sup>110</sup> Las cursivas son nuestras. Véase, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Carbonell, Miguel, “Presentación”, en *Compendio de Derechos Humanos. Textos, prontuario y bibliografía*, México, Porrúa-CNDH, 2007, p. IX.

<sup>111</sup> De hecho, el término estadio remite inevitablemente a las *teorías estadiales* particularmente florecientes en la ilustración escocesa, con autores como Adam Smith, David Hume, William Robertson y Adam Ferguson, las cuales cuadran perfectamente con las concepciones progresivas de la historia. Con la idea de progreso se entiende que la humanidad ha partido de una situación inicial de primitivismo o barbarie, momento que marca también el estadio primero, donde da inicio el proceso de avance. Véase, Wences, Isabel, *Hombre y sociedad en la Ilustración escocesa*, México, Fontamara, 2009, pp. 147 y ss.

<sup>112</sup> Beuchot, Mauricio, *Derechos Humanos. Historia y Filosofía*, 2ª ed., México, Fontamara, 2001, pp. 45 y ss.

pero sin renunciar a la universalidad que tienen, esto es, a su común pertenencia al género humano.

Beuchot intenta destacar el lado individual de la naturaleza humana. Pero ello no obsta para referir la universalidad de dicha naturaleza. Beuchot logra evidenciar la complejidad del entramado que supone la naturaleza humana, la cual se refleja como algo universal a los individuos pero tomando en cuenta las circunstancias que los particularizan. Finalmente, nos dice Beuchot, a partir de un iusnaturalismo clásico o tomista renovado, que la naturaleza humana no es ni puro esencialismo, ni puro historicismo. Aunque aclara que en su caso predomina el historicismo. Textualmente dice: “El cambio que se puede dar en la historia del hombre afecta la parte de los *propria* y de los *accidentia*, no de la *essentia* misma. La esencia misma encuentra un diferente modo de realizarse, a través de su existencia y relaciones.” Este último aserto no es baladí para una filosofía de la historia presupuesta por este autor. Para él, el contenido de esta esencia humana es mínimo. Y tiene un nombre: *racionalidad*. La vida racional, para Beuchot, no cambia en su naturaleza, pero “va encarnando en la historia de modos diversos: recta razón, razón estratégica, razón moral, etc.”<sup>113</sup> La razón es artífice de cultura, y aunque para Beuchot, esta razón siempre esté vinculada a la naturaleza no deja de ser el impulso vital de la historia misma.

Otro aspecto que puede servir de base para dar cuenta de la influencia que la filosofía de la historia ilustrada en general y kantiana en particular tiene en las discusiones en torno a los derechos humanos lo da el *rasgo de progresibilidad* que es persistente en gran cantidad de estudiosos del tema. Los textos de divulgación son particularmente interesantes en este sentido.

Pedro Nikken señala que los derechos humanos son inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento que de ellos haga un Estado, pues es posible extender la protección de los mencionados derechos a algunos que anteriormente no gozaban de la misma. Es así, continúa Nikken, como *han aparecido las sucesivas “generaciones” de derechos humanos*, simultáneamente, al incremento en los medios para su protección. Señala que lo

---

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 52.

jurídicamente relevante es que un determinado derecho sea inherente a la persona humana. Es por esta inherencia, y no por el hecho de figurar en el catálogo constitucional o de algún tratado internacional de derechos humanos, que los derechos deben ser considerados como “atributos inviolables que, por fuerza de la dignidad humana, deben ser objeto de protección y garantía por el Estado”. Lo anterior, nos dice inmediatamente, abre perspectivas únicas de integración del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno, que supondría una “adhesión” del Estado a la proclamación internacional de un cierto tipo de derechos que son inherentes a la persona humana.<sup>114</sup>

Nuevamente observamos el complejo entramado entre el concepto de dignidad humana que es caracterizado como permanente por varios doctrinarios y una especie de movilidad histórica que, en el caso de Nikken, se expresa con la aparición de *sucesivas generaciones* de los derechos humanos. Este punto es fundamental si atendemos a lo dicho por el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* que señala que *generación* es sucesión de descendientes en línea recta.<sup>115</sup> En el caso de la generación biológica el sentido de esa sucesión pareciera ser vertical. Pero al hacer el ejercicio de analogía con las generaciones de los derechos humanos el sentido de las mismas parece tornarse una línea ascendente insertada en una particular concepción del movimiento histórico. Es cierto que Nikken no menciona a la historia en su argumentación, pero ésta aparece como un escenario en el que opera un continuo surgimiento generacional de los derechos humanos.

Aunque Nikken no lo señala expresamente, se puede derivar de su argumentación, que esas sucesivas generaciones tienen *un sentido*: oponer la dignidad inherente del ser humano al Estado, y permitir que éste, se adhiera a “la proclamación internacional” de los derechos humanos. El sentido, pudiera decirse, de las generaciones es trascender las expresiones estatales y arribar al derecho internacional que, por ser internacional, pareciera que otorgaría garantías de protección universales. Adicionalmente, la expresión concreta de ese sentido

---

<sup>114</sup> Nikken, Pedro, “El concepto de Derechos Humanos”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, IIDH, San José, 1993, tomo I, pp. 8-9.

<sup>115</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª ed., Madrid, Espasa, 1992.



histórico, es decir, el reconocimiento de las generaciones de los derechos humanos, es “irreversible”, esto es, una vez que un derecho “ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda definitivamente integrado a la categoría de dichos derechos.”<sup>116</sup> Lo que hoy es derecho, no puede ser desconocido como tal en el futuro. Entender esta *irreversibilidad* necesariamente nos arroja a algún referente futuro, una idea preconcebida que condiciona las decisiones del presente. El sentido de nuestra acción está en ese futuro por alcanzar, en cuya esperanza de éxito tenemos una prueba: las sucesivas generaciones de los derechos humanos.

La idea de la historia ilustrada, y concretamente la idea de progreso, también está presente en los documentos más emblemáticos de la protección internacional de los derechos humanos. Veamos la siguiente cita tomada del *Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*:

La Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, *por medidas progresivas* de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los territorios colocados bajo su jurisdicción.<sup>117</sup>

Este sólo párrafo encierra las ideas más poderosas de la filosofía de la historia kantiana. Habla de un ideal común de todos los pueblos y naciones, un ideal que guía en el esfuerzo del presente, que inspira acciones concretas (como la enseñanza y la educación) en el cauce de un progreso que nos lleve al reconocimiento y aplicación universal efectiva de los derechos humanos.

Como se ha observado, los derechos humanos suelen ser vistos en el entramado histórico como un elemento inserto en una idea de progreso que conduce a la humanidad a un futuro caracterizado por haber consolidado las potencialidades humanas. La idea de dignidad humana, de acuerdo a ese escenario histórico (la historia ilustrada, debiéramos acotar), se funda en nociones

---

<sup>116</sup> Nikken, Pedro, *op. cit.*, p. 7.

<sup>117</sup> *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, aprobada por la Asamblea General de la ONU, mediante resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

tales como razón y libertad, mismas que hemos heredado, justamente, de la Ilustración.

Es cierto que la Ilustración no es el único referente histórico e intelectual en el mundo contemporáneo. Tampoco se ha afirmado que los autores o los documentos señalados se declaren kantianos en todas las bases teóricas que les dan sustento. Pero resulta claro que hay rasgos comunes en la manera en que cada uno de ellos inserta los derechos humanos en el devenir histórico. Podemos decir que, hay una tendencia en doctrinarios e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que, en el lenguaje propio en que analizan algunos aspectos de los citados derechos, manifiestan tácitamente, supuestos de la filosofía de la historia kantiana, lo cual se expresa, de manera concreta, en la idea de progreso y en el rasgo de progresividad o irreversibilidad en el reconocimiento y protección de los mismos.

No obstante lo anterior, la filosofía de la historia nacida en el siglo XVIII y consolidada en las centurias siguientes está sujeta también a los cambios en el transcurrir del tiempo. Muchos de los supuestos, teorías, conceptos, ideas y categorías de la Ilustración serían sometidos a revisión con el correr de los años. Una de las posturas más poderosas intelectualmente hablado floreció en el siglo XIX. Es una posición, además, que suele identificarse con la crítica a los derechos humanos. Su autor es objeto del siguiente punto: Karl Marx.

### ***1.3 Filosofía de la historia de Marx***

Karl Marx ha sido, sin duda, uno de los filósofos más influyentes desde el siglo XIX. Sus ideas, conceptos y críticas dieron nuevas perspectivas de comprensión de la realidad social. El pensamiento marxista constituye, además, una reacción contra las consecuencias que el capitalismo había generado en el mundo industrial decimonónico, concretamente en un sector obrero para el cual dichas consecuencias resultaban particularmente onerosas.

La filosofía de Marx es compleja, profunda, y se proyecta prácticamente a todos los ámbitos humanos: economía, política, cultura, sociedad, etc. Dada esa amplitud, surge la necesidad de acotar de manera substancial el abordaje de sus

aportaciones, limitándome a su filosofía de la historia y a su impacto en la comprensión de los derechos humanos.

En 1847 Marx y Engels recibieron el encargo de elaborar un programa para el recién fundado Partido Comunista. Al año siguiente, la redacción de dicho plan daría como resultado un documento central en la comprensión de lo que de momento nos interesa, la idea de la historia para Marx: *El Manifiesto del Partido Comunista* constituyó una síntesis de la historia humana dirigida particularmente a los trabajadores con la intención de despertar sus ánimos y derrocar un orden establecido que, a decir de los autores, no los reconocía como sujetos.

El primer párrafo de dicho documento encierra ya en su brevedad, la fortaleza de una idea de la historia sumamente influyente desde su publicación misma: “La historia de todas las sociedades hasta nuestros días es la historia de las luchas de clases.” En esa lucha Marx ve una confrontación ininterrumpida que conduce, cada cierto tiempo, a la transformación de todo el régimen económico, y por tanto en todos los ámbitos sociales previos. De esta forma, en la Antigüedad esta lucha enfrentó a esclavos y hombres libres; en la Roma antigua a plebeyos y patricios y en la sociedad feudal, siervos y señores. En la época moderna, es decir, durante el horizonte vital de Marx, la sociedad se divide, igualmente, en clases antagónicas: la burguesía y el proletariado. Concluye el párrafo de forma contundente, ese enfrentamiento ha sido entre oprimidos y opresores.<sup>118</sup>

Es también desde esas primeras líneas, donde podemos entrever, lo que para Marx constituye el motor o elemento causal en la historia: las contradicciones de clase. En efecto, las clases dominantes, son tales, precisamente por someter y explotar a las clases dominadas. Éstas, a su vez, buscarán liberarse de las condiciones económicas impuestas por aquéllas. En la época de Marx, denominada por él como “la época de la burguesía”, ésta última, poseedora de los medios de producción, se enfrentaba al proletariado.

La sociedad burguesa nació a lo largo de un lento proceso histórico, fermentado por transformaciones en el régimen de producción medieval. En dicho proceso, la burguesía desempeñó un papel ciertamente revolucionario, pues, echó

---

<sup>118</sup> Marx, Karl y Engels, Federico, “El Manifiesto Comunista”, en *Obras escogidas*, México, Servicios Bibliográficos Palomar, S.A., Edit. Progreso, 1971, Tomo I, p. 20.

por tierra las instituciones feudales, y redujo las *libertades tradicionales*, es decir, los privilegios estamentales, por la libertad ilimitada de comerciar.

La moderna sociedad burguesa, que ha salido de entre las ruinas de la sociedad feudal, no ha abolido las contradicciones de clase. Únicamente ha sustituido las viejas clases, las viejas condiciones de opresión, las viejas formas de lucha por otras nuevas.

Nuestra época, la época de la burguesía, se distingue, sin embargo, por haber simplificado las contradicciones de clase. Toda la sociedad va dividiéndose, cada vez más, en dos grandes campos enemigos, en dos grandes clases, que se enfrentan directamente: la burguesía y el proletariado.<sup>119</sup>

La aparición de la burguesía, al romper el sistema de contradicción típico de la Edad Media, en realidad, no rompió el dinamismo histórico. Al contrario, se erigió como uno de los nuevos polos en conflicto. La forma categórica en que se nos presenta esta descripción, ha llevado a varios analistas a considerar que la idea de la historia marxista se expresa en términos deterministas, pues el desarrollo, las prácticas, el devenir histórico en general, caerían siempre, dentro de este esquema de conflicto.<sup>120</sup>

Según Marx, la burguesía no puede existir si no es revolucionando continuamente los instrumentos de la producción, y con ello, todo el régimen político y social cambia.<sup>121</sup> El cambio en los medios y relaciones de producción genera pues la ruptura de ideas y creencias del sistema previo, y el surgimiento de nuevas perspectivas de comprensión política y social. Así, el matiz cosmopolita del mercado burgués, continúa el autor del *Manifiesto*, destruyó los cimientos nacionales de la industria y obligó a todas las naciones a adoptar un nuevo régimen de producción, creando un mundo a su imagen, mismo que, por corresponder a su semejanza, llamó: *civilizado*.

---

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>120</sup> Por ejemplo, Sonia Corcuera señala de forma expresa que “la práctica de las clases sociales y las formas de su lucha caen en el esquema de un complejo determinismo histórico.” Corcuera de Mancera, Sonia, *Voces y silencios en la historia. Siglos XIX y XX*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 59.

<sup>121</sup> “Cada etapa de la revolución recorrida por la burguesía ha ido acompañada del correspondiente progreso político [...], la burguesía, después del establecimiento de la gran industria y del mercado universal, conquistó finalmente la hegemonía exclusiva del poder político en el Estado representativo moderno.” Marx, Karl y Engels Federico, *op. cit.* pp. 21-22. Líneas más adelante Marx señala “La burguesía no puede existir sino a condición de revolucionar incesantemente los instrumentos de producción y, por consiguiente, las relaciones de producción, y con ello todas las relaciones sociales”, *Idem*.

Adicionalmente, la burguesía subordinó el campo a la ciudad, permitiendo con ello la aglutinación de los medios de producción en unas cuantas manos. Esta concentración es consubstancial al sistema capitalista de producción según se desprende de las siguientes situaciones: por un lado, el capitalista buscará explotar más al proletario con el objeto de bajar el precio de las mercancías. Por el otro, la necesidad de vender los productos a un precio cada vez más bajo, corresponde a todos los capitalistas, de ahí que, de éstos, sólo sobreviva el que logre los más bajos precios a costa de la explotación de los trabajadores. Los no competitivos desaparecerán. Esto lleva a que un capitalista tienda a eliminar a los demás, que se convertirán, a la postre, en parte del proletariado. Por tanto, la reducción del número de poseedores de los medios de producción, generará en consecuencia, la ampliación de la oferta de trabajadores. De esta forma, llegará el momento en que, debido a la abundancia de la mano de obra obrera (que en dicho sistema es otra mercancía)<sup>122</sup> y a la escasez de trabajo, éste no cubrirá siquiera las necesidades mínimas de los trabajadores.

Hasta hoy, toda sociedad descansó en el antagonismo entre las clases oprimidas y las clases opresoras. Mas para poder oprimir a una clase es menester asegurarle, por lo menos, las condiciones indispensables de vida, pues de otro modo se extinguiría, y con ella su esclavizamiento.<sup>123</sup>

Así, la existencia y predominio de la clase burguesa parte de la concentración de la riqueza en manos de unos cuantos, la necesidad de incremento constante de capital y la existencia de un trabajo asalariado cada vez menos valorado.

Para Marx, aunque esta contradicción impulsa el movimiento histórico en la época moderna, no puede prolongarse indefinidamente. En efecto, Marx considera que la burguesía, simultáneamente a su avance, crea a sus propios sepultureros. El proletariado, cobrando progresivamente conciencia de su situación, así como de su potencial de cambio se unirá y sublevará contra el sistema que lo oprime y

---

<sup>122</sup> En la sociedad capitalista la explotación del hombre por el hombre llega a su nivel más alto, ya que, como dice Ramón Xirau, el capital es la forma de una riqueza acumulada a base de la utilización del trabajo de los proletarios. Cita a Marx cuando dice que “El trabajador tiene la desgracia de ser un capital viviente”. Véase, Xirau, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, 12ª ed., México, UNAM, 1995, p. 321.

<sup>123</sup> Marx, Karl y Engels Federico., *op. cit.*, p. 30.

abolirá la propiedad privada de los medios de producción mediante la llamada *Dictadura del proletariado*.

Precisando, Marx señala que las relaciones de producción son las que determinan en buena medida la marcha de la historia. Si volteamos al pasado, esta marcha parte de la forma comunitaria primitiva. Viendo hacia el futuro, Marx vislumbra el comunismo. Así, la historia para Marx supone varias etapas: a) En el comienzo, el hombre vive en comunidad primitiva; b) la historia permite que los hombres salgan de su ignorancia, esto es, crea conocimiento materializado en medios de producción que crean riqueza, y que, simultáneamente, dividen a la humanidad en clases; c) el comunismo futuro permitirá restaurar la unidad original; d) finalmente, la lucha de clases, así como el antagonismo entre el hombre y la naturaleza llegan a su fin. Como señalé líneas arriba, a decir de algunos autores, la búsqueda de una explicación científica del devenir histórico le otorga un perfil determinista a la visión de Marx.<sup>124</sup>

Sin embargo, no todos los autores aceptan sin reserva esta aseveración. Charles Taylor, por ejemplo, afirma que es cierto que en la teoría marxista los seres humanos, al producir los medios para vivir, lo hacen en sociedad, no individualmente. Pero lo característico de esta sociedad, es que es en su seno donde los hombres reflexionan acerca de la forma en que trabajan sobre la naturaleza para producir los citados medios y modificar la realidad natural. Así, continúa Taylor, Marx reconoce que los hombres cambian, a partir de la reflexión, la manera en que interactúan en la naturaleza, adquieren un mayor control sobre la misma. Este proceso, que ya es un proceso histórico, es llamado por Taylor como de *autoliberación de la esclavitud de la naturaleza*. En ese sentido, Marx creía que la lucha de clases era una necesidad trágica surgida de que, al superar los hombres las primeras formas sociales, tenían que aceptar la división del trabajo. Ahora bien, Taylor acota su dicho al afirmar que cada clase está condicionada por su posición en la totalidad social, y no son capaces de entender plenamente el proceso total. De ahí que, como se señaló anteriormente, ni siquiera la clase burguesa tenga conciencia de que, sin saberlo, al impulsar su

---

<sup>124</sup> Corcuera de Mancera, Sonia, *op. cit.*, p. 62.

dinámica productiva, en realidad cava su propia tumba. El costo de la acumulación no se ve claramente.<sup>125</sup>

En la misma línea, Arturo Berumen Campos señala que el marxismo considera a la lucha de clases desde dos ángulos. Como algo objetivo cuando se ve que esta lucha se encuentra condicionada “por la situación objetiva de las clases en el proceso de producción”, y como algo subjetivo cuando se la entiende como una lucha posible de conducir, esto es, cuando se la entiende como un proceso que no es necesariamente fatal, sino como “un proceso determinado por las condiciones económicas y, a la vez, redeterminado por los resultados políticos.”<sup>126</sup>

Como se observa, la interpretación que ve la filosofía de la historia de Marx como una concepción determinista de la historia es susceptible de revisión. El propio Marx da elementos para ello. Así, cuando en *La Ideología Alemana* señala que *el primer hecho histórico* es la producción de los medios indispensables para la satisfacción de las necesidades humanas, estamos ante el reconocimiento implícito de un supuesto marxista: el hombre actúa.<sup>127</sup> En palabras de Marx, “la primera premisa de toda existencia humana y también por tanto, de toda historia, es que los hombres se hallen, para “hacer historia”, en condiciones de poder vivir [...]. El primer hecho histórico es [...] la producción de la vida material misma, y no cabe duda de que es este un hecho histórico fundamental de toda historia”, como se puede observar en esta cita, el sujeto activo, esto es, el agente que *transforma* la realidad es expresamente uno: el ser humano.<sup>128</sup>

Se puede considerar que, en el marco de la concepción marxista de la historia, los cambios en las primeras etapas de la historia están motivados por la necesidad de producir medios de vida; pero al final del proceso, las capacidades entonces desarrolladas se convierten en capacidades que los hombres desean ejercer por sí mismas. No sólo se trata de la liberación del yugo de la naturaleza,

---

<sup>125</sup> Cfr. Taylor, Charles, “La filosofía marxista”, en Magee, Bryan (coord.), *Los hombres detrás de las ideas. Algunos creadores de la filosofía contemporánea*, trad. de José A. Robles García, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 52.

<sup>126</sup> Berumen Campos, Arturo, “¿Fin de la historia o de la prehistoria humana?”, en *Fetichismo y derecho. Ejercicios de redeterminación jurídica*, México, UAM-Azcapotzalco, 2013, p. 225.

<sup>127</sup> Marx, Karl y Engels Federico, *La Ideología Alemana*, Ediciones Pueblos Unidos, Buenos Aires, 1973, p. 28.

<sup>128</sup> *Idem.*

sino de expresar la propia humanidad en el proceso. Cuando Marx habla de superar la alienación consubstancial a la sociedad burguesa, en realidad destaca otra posibilidad humana, la de la autorrealización.

Lo anterior dota de significación especial las siguientes palabras, expresadas por Marx en *La Ideología alemana*: “las circunstancias hacen al hombre en la misma medida en que éste hace a las circunstancias”.<sup>129</sup> De momento quisiera centrarme en la primera parte de la sentencia.

Parece haber consenso doctrinal en el sentido de que la historia es concebida por Marx a partir de una base estructural conformada por relaciones económicas. Todo lo demás, desde la religión hasta la cultura, pasando por la filosofía y el derecho, serían superestructuras derivadas de una estructura económica determinada.<sup>130</sup> Como vimos líneas arriba, Marx estaba convencido de que el ámbito de las ideas y la conciencia se relacionaban íntimamente con la actividad material de los hombres. Este es uno de los ejes centrales del *materialismo histórico*.

Sonia Corcuera, por su parte, afirma que la posición materialista de la historia está constituida por un conjunto de doctrinas referidas a la realidad en cuanto tal y que tienen su sustento en el reconocimiento de la prioridad de la naturaleza sobre el espíritu, esto es, de la materia sobre la conciencia. No obstante, agrega, el materialismo histórico no se refiere llanamente a este materialismo tradicional. En principio, Marx no afirmaba la sola existencia de la materia, sino que aceptaba la existencia de la dualidad materia-espíritu. Esto, aplicado a la historia, permite explicar los procesos mentales a partir de sucesos o procesos materiales. La historia debe partir de conceptos referentes a la base material de la sociedad y las relaciones sociales.<sup>131</sup>

El materialismo desde la perspectiva de la filosofía de la historia marxista afirma, como idea fundamental, la importancia de las relaciones sociales, las

---

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>130</sup> Cfr. Xirau, Ramón, *op. cit.*, p. 320.

<sup>131</sup> Sonia Corcuera sostiene que el materialismo histórico supera tanto al materialismo tradicional como al idealismo hegeliano, ya que éstos desconocen la relación sujeto-objeto como fenómeno dotado de unidad. Aquéllos reducen la realidad a simplificaciones de orden económico, geográfico u otra índole; la tradición idealista toma las creencias como punto de partida en la interpretación de la vida social, buscando la explicación del proceso en la acción del Espíritu. Véase, Corcuera de Mancera, Socia, *op. cit.*, p 61.



cuales, se dividen en materiales e ideológicas. Éstas últimas constituyen la superestructura de aquéllas. Las ideologías son, por tanto, creaciones derivadas y dependientes de la estructura. El término “ideología” es la falta de capacidad para captar el auténtico sentido de la realidad. Según Marx, una ideología es una falsa conciencia, creer que el pensamiento de los seres humanos es autónomo y no depende más que de las propias capacidades intelectuales. Es en este sentido que Abad Pascual señala que para Marx, las ideas y las creencias de todo tipo (la ideología) no son producto del entendimiento o la conciencia libre, sino que se encuentran fuertemente condicionados por la economía.<sup>132</sup> Así, no es el pensamiento el que rige la realidad material, sino la realidad material la que influye en buena medida en la conformación del pensamiento. Por tanto, toda ideología, más que reflejar la realidad, tiende a desvirtuarla, pues depende de la situación económica concreta en que surge; la ideología es, pues, una falsa conciencia. Marx lo pone en los siguientes términos:

También las formaciones nebulosas que se condensan en el cerebro de los hombres son sublimaciones necesarias de su proceso material de vida, proceso empíricamente registrable y sujeto a condiciones materiales. La moral, la religión, la metafísica y cualquier otra ideología y las formas de conciencia que a ellas corresponden pierden, así, la apariencia de su propia sustantividad. No tienen su propia historia, ni su propio desarrollo, sino que los hombres que desarrollan su producción material y su intercambio material cambian también, al cambiar esta realidad, su pensamiento y los productos de su pensamiento. No es la conciencia la que determina la vida, sino la vida la que determina la conciencia.<sup>133</sup>

Lo anterior nos conduce a otro concepto central en la filosofía marxista, particularmente, en su filosofía de la historia, me refiero a la idea de *enajenación*, situación que consiste en que, en cada etapa histórica, se piense que la superestructura es la realidad. La enajenación da la idea de *desposesión*, es decir, pérdida de algo que nos pertenece, y extensivamente, falsa conciencia respecto a la realidad en la que nos encontramos. La alienación en la economía capitalista significa que el obrero es desposeído del fruto de su trabajo, es decir, el objeto que el trabajador produce no le pertenece a él, sino que pertenece a los propietarios de los medios de producción. Como el obrero es desposeído de su

---

<sup>132</sup> Abad Pascual, Juan Antonio y Díaz Hernández, Carlos, *Historia de la filosofía*, México, Mc Graw Hill, 1996, p. 307.

<sup>133</sup> Marx, Karl y Engels F., *La Ideología...*, cit., p. 26.

objeto, en consecuencia, también es desposeído de su actividad, de su trabajo que, no es ya, un ejercicio libre y voluntario. Así, el trabajador es instrumentalizado, se torna un medio más, despersonalizado y sin el reconocimiento de sus cualidades humanas. Sólo cuenta su utilidad. Las palabras con que Marx describe lo anterior son en suma claras:

El obrero es más pobre cuanto más riqueza produce en potencia y en volumen. El trabajador se convierte en una mercancía tanto más barata, cuantas más mercancías produce. La desvalorización del mundo humano crece en razón directa de la valorización del mundo de las cosas. El trabajo no sólo produce mercancías; se produce también a sí mismo, y al obrero como mercancía, y justamente en la proporción en que produce mercancías en general. Este hecho, por lo demás, no expresa sino esto: el objeto que el trabajo produce, su producto, se enfrenta a él como un ser extraño, como un poder independiente del producto.

El trabajador pone a su vida en el objeto producido, pero a partir de entonces ya no le pertenece a él, sino al objeto. Lo que es el producto de su trabajo, no lo es él. Cuanto mayor es, pues, este producto, tanto más insignificante es el trabajador. La enajenación o alienación del trabajador en su producto significa no sólo que su trabajo se convierte en un objeto, en una existencia exterior, sino que existe fuera de él, independiente, extraño, hostil.<sup>134</sup>

Esto quiere decir que el trabajo ya no pertenece a su autor, no pertenece a su ser. Surge una paradoja, con su trabajo el trabajador se niega, ya que no desarrolla su libertad física y espiritual. Se arruina a sí mismo, porque se convierte en un objeto como los que él mismo produce. Arturo Berumen lo expresa diciendo: “No sólo el trabajador se cosifica, en virtud del trabajo enajenado, sino que las cosas se personifican”, y matiza enseguida, “[E]l capital que es el producto del trabajo, se vuelve el verdadero productor del trabajo. Se vuelve de un ser finito, en un ser infinito real [...]. Esta ficción [...] es lo que Marx llama el fetichismo de la mercancía.”<sup>135</sup>

El objetivo de Marx es superar esta alienación mediante la abolición de la propiedad privada de los medios de producción, eliminando, con ello, las clases sociales, así como toda clase de ideología que, como la religiosa, se encontraría al servicio de la clase dominante. Con la revolución proletaria empezará la verdadera historia de la humanidad en dos etapas definidas: el socialismo y el comunismo. Con aquél operará la abolición de la propiedad privada. Con el comunismo, el

---

<sup>134</sup> Marx, Karl, *Manuscritos de Economía y Filosofía*, Madrid, Alianza, 1970, pp. 107 y ss.

<sup>135</sup> Berumen Campos, Arturo, *op. cit.* pp. 124 y 125

hombre se realizará pues habrán quedado suprimidas todas las enajenaciones. “Y a la vieja sociedad burguesa, con sus clases y sus antagonismos de clase, sustituirá una asociación en que *el libre desarrollo de cada uno condicione el libre desarrollo de todos.*”<sup>136</sup>

Esta tensión entre el determinismo y proceso de liberación a partir de la conciencia y la acción ha generado en algunos comentaristas de Marx la convicción de que estamos ante una paradoja. Así lo señalan, en una conversación, Bryan Magee y Charles Taylor cuando se refieren a la teoría de la liberación (se puede entender que esa liberación *ocurre* en la historia). En efecto, si se considera al marxismo como una teoría científica, por lo que hace al desarrollo de la historia, se obtiene una visión determinista que aspira a gobernar en todo tiempo a los seres humanos. Pero con ello, justamente lo que se tambalea es la teoría de la liberación marxista que requiere que, al hacer la revolución que nos permita pasar del capitalismo al comunismo, recuperemos el control sobre nuestras vidas que, bajo el capitalismo, había permanecido sujeto al determinismo científico de la explicación marxista. Es decir, en un período específico de la historia hay aspectos humanos controlados por leyes históricas, que aspiran a ser leyes científicas. Pero esos mismos aspectos son recuperados para la libertad, en un momento posterior, concretamente, la revolución comunista. A medida que las diferentes sociedades se suceden unas a otras en la historia -antigüedad, feudalismo, capitalismo- se dan diversas leyes que gobiernan a los hombres y a las instituciones. Mediante el comunismo, se incorpora el grado de control humano.<sup>137</sup>

Ciertamente, la teoría de la historia marxista despierta debates que trascienden en mucho el objetivo limitado de este trabajo. Me parece que de momento, lo dicho nos da ya una perspectiva, aunque sea general de la idea que Marx vislumbró en torno al devenir histórico. Conviene ahora pasar a vincular la filosofía de la historia de Marx con los derechos humanos.

---

<sup>136</sup> Marx, Karl, *El Manifiesto...*, cit., p. 67; en torno a la idea de *historia verdadera*, véase, Corcuera de Mancera, Sonia, *op. cit.*, p. 66; y Xirau, Ramón, *op. cit.*, p. 322.

<sup>137</sup> Taylor, Charles, *op. cit.*, p. 55.

### **1.3.1 Derechos humanos ante la idea marxista de la historia**

Hay una tradición intelectual muy fuerte que ha colocado a Marx como un autor crítico de los derechos humanos. Dicha afirmación, aunque cierta, requiere de matices. Es en *La cuestión judía* donde Marx deja constancia de su punto de vista en torno a los derechos humanos, lo cual desarrolla en el marco de discusión generado por la posibilidad de conceder o no derechos civiles a los judíos en la Alemania de la primera mitad del siglo XIX.

En este texto Marx polemiza con Bruno Bauer quien planteaba que la liberación de los judíos se obtendría liberando al Estado de cualquier religión. Para Marx, esta liberación no sería suficiente por estar focalizada a un fragmento. Afirma que no es posible liberarse de una cadena concreta si no nos liberamos simultáneamente de todas las demás. Adicionalmente, esta liberación no debe obtenerse como individuo aislado, sino junto al resto de la sociedad. Expresamente señala que “[L]a emancipación política del judío, del cristiano, y en general del hombre religioso, es la emancipación del Estado respecto del judaísmo, del cristianismo, y en general de la religión [...], el Estado se emancipa de la religión al emanciparse de la religión de Estado.” Sin embargo, más adelante Marx señala que la emancipación política no es el modo acabado de la emancipación humana. El Estado puede ser libre, sin que de esto se siga, necesariamente, que el hombre lo sea.<sup>138</sup>

El Estado no confesional, diría Bauer, libera al hombre; Marx, en cambio, señala que esta liberación, al obtenerse gracias a la mediación del Estado, es contradictoria ya que se caracteriza por ser parcial. El hombre que se declara ateo, a través de la mediación del Estado, “[...] permanece prisionero religioso, precisamente porque se reconoce a sí mismo sólo mediante un rodeo, sólo a través de un medio.”<sup>139</sup> Así, resulta que el Estado es el mediador entre el hombre y la libertad del hombre. Justo lo mismo si hablamos de la religión como mediadora.

El argumento de elevación política del hombre sobre la religión puede usarse también, según Marx, cuando el Estado suprime las diferencias de nacimiento, de estamento, de cultura y de profesión. Pero, al declarar como no

---

<sup>138</sup> Marx, Karl, *La cuestión judía*. Trad. Antonio Hermosa, Madrid, Ed. Santillana, 1997, p. 23.

<sup>139</sup> *Idem*.

políticas estas diferencias, el Estado las presupone y deja que actúen a su modo. No suprime las diferencias, las presupone para que, por encima de ellas -de las diferencias- se constituya el Estado como universalidad.<sup>140</sup>

De esta forma, el Estado político perfecto se corresponde con la vida *genérica* del hombre, contrapuesta a su vida material. Es decir, los presupuestos de la vida egoísta -así la llama Marx- subsisten fuera de la esfera del Estado, como atributos de la sociedad civil. Es así que la vida del individuo tiene una doble vertiente: la vida en la comunidad política, en la que se maneja como ser público, y la vida en la sociedad civil, en la que actúa como hombre privado. En el Estado, el hombre “vale como ser genérico, es el miembro ilusorio de una soberanía imaginaria, es despojado de su real vida individual y llenado con una irreal universalidad.”<sup>141</sup> Para el hombre que expresa su vida en esta dualidad, la vida en el Estado es solo apariencia, sofística. Emanciparse de la religión, no es eliminarla, es tan sólo confinarla del derecho público al privado, a la esfera, diría Marx, del egoísmo. Es por ello que en el Estado político sus miembros no dejan de ser religiosos, en tanto que la religión sigue siendo parte de la sociedad civil.

Pero el hombre del Estado político, es decir, el que vive esta dualidad es un hombre alienado de sí mismo, pues no deja de estar dominado por relaciones o elementos que le son ajenos. La contradicción en que se encuentra el fiel de una religión concreta con su condición de ciudadano es tan sólo una expresión de una contradicción universal entre el Estado político y la sociedad civil.

La emancipación política no es la emancipación humana. De ahí que Marx busque constatar “el hecho de que los llamados derechos del hombre, los *droits de l'homme*, diferenciados de los *droits du citoyen*, no son sino los derechos del miembro de la sociedad civil, vale decir, el hombre egoísta, el hombre separado del hombre y de la comunidad.”<sup>142</sup> Enseguida, el autor refiere cada uno de los derechos enunciados en la *Declaración francesa del hombre y del ciudadano*. De la libertad (art. 6) afirma que es descrita como “el poder que pertenece al hombre de hacer todo lo que no perjudique los derechos de otro”, es decir, la libertad es el

---

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>141</sup> *Idem*.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 34.

derecho de hacer y de ejercer lo que no daña a otro, lo que es en su opinión, una libertad que entiende al hombre como *mónada aislada* y replegada sobre sí, que no se basa en el vínculo del hombre con el hombre, sino en el aislamiento del hombre con el hombre.

La Constitución francesa de 1793 define a la propiedad privada como el “derecho que pertenece a todo ciudadano de gozar y disponer a su antojo de sus bienes, de sus rentas, del fruto de su trabajo y de su industria”. Marx comenta que el derecho del hombre a la propiedad privada es el derecho de gozar *arbitrariamente*, sin miramientos a los demás, de su patrimonio. Es pues, un derecho que busca ejercerse independientemente de la sociedad.

De la igualdad señala que implica que cada hombre “es considerado en igual medida una *mónada* que reposa sobre sí misma.” De la seguridad sostiene que equivale al concepto de la policía, esto es, que toda sociedad existe, sólo para “garantizar a cada uno de sus miembros la conservación de su persona, de sus derechos y de su propiedad.”<sup>143</sup>

De esta forma Marx concluye que ninguno de los llamados derechos del hombre trasciende al hombre egoísta, es decir, el hombre miembro de la sociedad civil, que se repliega sobre sí mismo. La sociedad en cambio, aparece como un simple marco exterior a los individuos. Lo único que los mantiene unidos es la exigencia natural, la necesidad y el interés privado, esto es, la conservación de la propiedad y de la persona egoísta. Agrega que sólo cuando el hombre reconozca y organice sus propias fuerzas como *fuerzas sociales*, completará la emancipación humana y terminará el egoísmo del individuo, concluyendo el dualismo vida privada-vida social.

La crítica de Marx es categórica. Por ello resulta comprensible hasta cierto punto el consenso que parece haber en torno a no ver en el sistema marxista un discurso compatible con los derechos humanos. Carlos Ignacio Massini, por ejemplo, sostiene que para Marx el *hombre social* es el único que podrá superar las distintas alienaciones: religiosa, jurídica, política, etc.<sup>144</sup> Para este autor, Marx

---

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>144</sup> Massini, Carlos Ignacio, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1987, pp. 164 y ss.

considera que los derechos del hombre no son más que una expresión, histórica ciertamente, de una forma específica de alienación política. Concretamente, la que tiene lugar en el seno de los Estados modernos, es decir, los Estados burgueses.

Massini justifica su afirmación con base en tres razones:

1) Considera que desde la óptica marxista, el individuo es concebido como un mero ente ideal, lo real, en todo caso, es la sociedad. Agrega Massini que un hombre identificado con la sociedad no puede ser sujeto de derechos, pues no se puede constituir como unidad autónoma y libre para determinar su conducta.

2) La concepción marxista del derecho, continúa, es de perfil positivista, esto es, niega la existencia de instancias jurídicas que no surjan del poder estatal, el cual a su vez está determinado por las relaciones de producción económica. El desarrollo de las relaciones de producción económica determinará el desarrollo de las normas jurídicas, sancionadas por el Estado para garantizar la existencia de dichas relaciones. Esta relación, plantea Massini, entre la estructura económica y la superestructura jurídica es totalmente ajena a cualquier juicio de valor, y por tanto, niega cualquier instancia valorativa suprapositiva.

3) Para Massini, el marxismo, al ser un sistema radicalmente revolucionario, niega la realidad misma del derecho como elemento permanente de la vida social. Finalmente, recuerda que Marx esperaba la extinción total del derecho en la sociedad comunista.

Concluye que los textos de Marx “repulsan a la doctrina de los “derechos del hombre” y, en general, “de todo derecho”. Agrega que “su colectivismo a ultranza, su positivismo jurídico y su exclusión de una noción valorativa de la justicia, hacen imposible elaborar una noción de derechos humanos a partir de sus supuestos filosóficos.”<sup>145</sup>

A pesar de las afirmaciones de Massini, me parece que la teoría de los derechos humanos, particularmente después de las revoluciones sociales del siglo XX, se han enriquecido con las ideas filosóficas marxistas. Considero que el pensamiento de Marx no es totalmente excluyente de los derechos humanos como

---

<sup>145</sup> *Ibidem*, pp. 170 y ss.

señala categóricamente Massini, aun cuando es cierto que su visión fue profundamente crítica de aquellos. Revisemos los tres argumentos esgrimidos:

El primero plantea que Marx identifica al individuo con la sociedad, y por tanto, no reconoce al individuo autónomo y libre lo cual, sostiene Massini, es contrario al pensamiento de los derechos humanos. Este primer planteamiento, me parece, no funge como razón suficiente para plantear una relación de exclusión entre marxismo y derechos humanos a partir de este punto, sobre todo si recordamos que hoy en día están los derechos humanos que tienen un perfil social. Parece que Massini pasa por alto los derechos económicos, sociales y culturales, deudores en buena medida de las agudas críticas marxistas al mundo predominantemente individual característico del siglo XIX europeo.

En cuanto a la afirmación de que justo por diluir al individuo en la sociedad se sacrifica su autonomía y libertad podemos señalar que, en realidad, esta afirmación olvida al marxismo entendido como proceso histórico de liberación. Habría en todo caso que revisar dicho aserto a partir de la teoría de la enajenación, ya que, cuando Marx reflexiona en torno a la alienación, y la necesidad histórica de superarla, tiene en mente una realidad -que le fue contemporánea- donde justamente un sector amplio de los humanos que observó no gozaban ni de libertad, ni de autonomía. Conviene recordar una vez más la cita del *Manifiesto del Partido Comunista* donde Marx plantea que al dejar atrás la vieja sociedad burguesa, será sustituida por una asociación en la que “el libre desarrollo de cada uno condicione el libre desarrollo de todos.”<sup>146</sup>

La segunda razón planteada por Massini se refiere al carácter positivista de Marx ya que, en su opinión, se trata de un autor que niega la existencia de instancias jurídicas que no surjan del Estado, el cual está determinado por las relaciones de producción económica, que por su naturaleza son *avalorativas*. Este segundo argumento es susceptible de una revisión profunda. Sin embargo, para calificar a Marx de positivista me parece que se tensa demasiado el argumento. Es curioso que el propio Massini descalifique al filósofo Ernst Bloch cuando éste afirma que a partir del marxismo se puede afirmar un derecho natural radical. Este

---

<sup>146</sup> Marx, Karl, *El Manifiesto...*, cit. p. 67.



debate en torno al perfil iusfilosófico de Marx evidencia que ha sido vinculado tanto al positivismo como al iusnaturalismo. Es cierto que dichas categorías, tal como las entendemos hoy, encierran en sí una complejidad que requiere clarificarlas primero, antes de usarlas para adjetivar a un autor determinado. Pienso que Massini no profundiza en ello y deja un vacío en su argumentación.

Considero que no parece del todo convincente afirmar que Marx es positivista porque para él, el derecho, justo por derivar de una estructura económica, no responde a un criterio de justicia que subyace en su pensamiento. En todo caso, si seguimos la lógica de Massini, sería la clase burguesa la más interesada en que el derecho derivado del Estado se cumpliera ya que, en este caso, el derecho encarnaría su ideología. Por su parte, Marx es consciente de que derecho y justicia no coinciden de manera necesaria, evidencia la falsa justicia, la derivada de la ideología de la clase dominante que, por dar un ejemplo, priva al trabajador de una parte de su trabajo. Marx critica -y su crítica no es en absoluto avalorativa como pretende Massini- la apropiación del trabajo ajeno a partir de criterios de justicia anteriores al derecho estatal.<sup>147</sup>

Por último, al argumento de que como el marxismo es un sistema radicalmente revolucionario niega la realidad misma del derecho como elemento de la vida social, se le puede responder que la revolución tal como la entendía Marx encontraba su fundamento en la injusticia que supone una sociedad de clases, en donde sólo una de ellas, es la dominante en cada etapa histórica. De hecho, si Marx es revolucionario (o sus ideas sirven de base para el cambio revolucionario) se torna sumamente difícil categorizarlo como positivista, pero el derecho positivo, es sólo una faceta del complejo fenómeno jurídico.

Es preciso insistir en que Marx no es un teórico de los derechos humanos. Pero no se puede negar su influencia en dos aspectos centrales para comprender dichos derechos en el mundo actual: primero, la crítica que deja en evidencia el contenido ideológico de los ahora llamados derechos de la primera generación – los civiles y políticos-. Es gracias a Marx que los comprendemos mejor en su contexto fundamentalmente ilustrado. La deuda radica específicamente en que los

---

<sup>147</sup> En torno a la idea de justicia en Marx, véase, Berumen Campos, Arturo, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

dotó de un sentido claramente histórico, es decir, afirmó que se trata de derechos que surgieron en un tiempo y en un lugar determinado. Se puede o no coincidir con el sentido marxista, pero el ejercicio crítico se sostiene.

El otro aspecto gravita en torno al reconocimiento de la dimensión social del ser humano. Un reconocimiento que es fundamental para comprender los llamados “derechos de segunda generación”. Los derechos económicos, sociales y culturales no pueden ser entendidos cabalmente si vemos en la persona únicamente al individuo aislado.

Para cerrar este punto quisiera señalar que me parece que la propuesta marxista de la historia como proceso de liberación mantiene el rasgo progresivo que tiene la filosofía kantiana de la historia. Para él, la historia tiene un principio y un fin. Pero a diferencia de Kant, en la filosofía marxista el rasgo progresivo sufre tensiones impulsadas por la lucha de clases, en cuyo fin, que es la sociedad comunista, encontraríamos también el fin de la enajenación humana, y por tanto la apropiación real de la naturaleza humana a través del hombre como ser social. Visto así, y a pesar de las críticas marxistas a los derechos humanos, puede afirmarse que, más que una relación de exclusión, éstos se han enriquecido doctrinariamente con la crítica de Marx. Esta relación que podríamos llamar *dialéctica*, entre derechos humanos y marxismo tal vez sea una paradoja histórica que encuentra su explicación en el hecho de que los procesos históricos no responden necesaria y fatalmente a determinismos.

Es cierto que en una sociedad comunista, tal como la entendía Marx, no tendría sentido hablar de derechos humanos. Sin embargo, la pertinencia de hablar de estos derechos deriva justamente de estar inmersos en el entramado movimiento histórico donde se torna sumamente complicado predecir hacia dónde va el futuro. De hecho, la discusión en torno al sentido de la historia, puede ser problematizada aún más, si aceptamos que el futuro es abierto. La relación pasado-futuro puede tornarse laxa e incierta si atendemos a la idea de la historia de Walter Benjamin, concepción, que me parece esencial para dimensionar mejor a los derechos humanos en este recorrido intelectual.

## **Capítulo 2. Memoria histórica y Justicia**

Antes de continuar con la referencia a la compleja relación de los derechos humanos en la historia, problema que remite necesariamente al de su fundamentación, conviene referirnos, así sea someramente a la clarificación conceptual. Empezaré con la memoria, noción de la que se puede afirmar que es una facultad que refleja lo que cada sujeto es, ya que se forma sobre cimientos contruidos a partir de la experiencia del individuo mismo. Desde esta primera noción se observa que la memoria tiene dos dimensiones temporales como supuestas y relacionadas: presente y pasado. De ahí que Schacner sostenga que “recordamos sólo lo que hemos codificado, y lo que codificamos depende de quiénes somos”. Somos lo que resulta de las experiencias pasadas. Simultáneamente ese pasado que nos constituye, ese recuerdo de lo vivido, experimenta continuas reelaboraciones que van más allá de la voluntad, incluso, de quien cree recordar fielmente.<sup>148</sup>

La memoria no se identifica con la capacidad de copiar exactamente una experiencia anterior, esto es, no es una reproducción objetiva y plena del pasado sino la reconstrucción de una vivencia cuyo referente originario, ya es ausente, ya *no es*, y por tanto, sólo es una *representación*. Beatriz Sarlo lo explicita así: “El pasado se hace presente”.<sup>149</sup> Pero en ese *hacerse presente* su naturaleza cambia. Ya no es la experiencia en sí, el evento vivido propiamente dicho. Ahora estamos ante una *valoración* del sujeto que, consciente o no, ha dejado algo para el recuerdo y algo para el olvido. Estamos ante otra existencia que es el recuerdo propiamente dicho. Y para que éste exista, en principio requiere, no sólo de la experiencia pasada, sino también, del espacio temporal desde el que el recuerdo opera, es decir, el *presente*. Es desde el presente donde recordamos, éste es el

---

<sup>148</sup> Schacner, Daniel *apud*, Montesperelli, Pablo, *Sociología de la memoria*, trad. de Heber Cardoso, Argentina, Ed. Nueva Visión, 2004, p. 114.

<sup>149</sup> Sarlo, Beatriz, *Tiempo pasado. Cultura de la memoria y giro subjetivo*, México, Siglo XXI, 2006, p.10. Véase también la afirmación de Paolo Rossi en torno a que la memoria “coloniza el pasado y lo organiza a partir de las concepciones y emociones del presente”, en Rossi, Paolo, *El pasado, la memoria y el olvido*, trad. Guillermo Piro, Buenos Aires, Nueva Visión, 2003, p. 87. Asimismo, Svevo señala que “el pasado es siempre nuevo”, ya que conforme pasa la vida opera un cambio en el que suben a la superficie corrientes que se habían hundido en el olvido, mientras que otras desaparecen porque ya son poco importantes, “en el presente reverbera sólo esa parte que es reclamada para iluminarlo o para opacarlo” *apud* Rossi, Paolo, *op. cit.*, nota 50, p. 88.

tiempo propio del recuerdo.<sup>150</sup> Así, la manera de entender la memoria se corresponde con el presente porque es desde éste donde se recuerda. Finalmente, el recordar supone discriminar el pasado. No todo es susceptible de recordar. No hay memoriosos totales. Hay memoria, porque hay olvido.

Una vez sugerida una idea de memoria, que es, como el mismo título lo anuncia, uno de los ejes en torno a los que gira el presente trabajo, trataré de establecer algunos elementos que dan pauta para la diferenciación entre lo que es la memoria propiamente dicha y la historia. Para dar paso al intento de crear una idea híbrida que incorpore elementos de ambas en la noción *memoria histórica*. Asimismo, intentaré establecer un vínculo entre lo que es el ejercicio memorístico y la barbarie. Para éste trabajo resulta significativa la aportación de Walter Benjamin, de ahí que le dediquemos un punto entero a la idea de la historia que formuló a mediados de la pasada centuria.

## **2.1 Idea de memoria histórica**

En este punto busco presentar algunos rasgos de la idea de la memoria que han sido elaborados por diferentes autores que han reflexionado sobre el tema. Con ello pretendo señalar no sólo los límites o contornos de esta noción, sino además referir algunas de las problemáticas que han animado el debate en torno a dicha idea. Ciertamente, estos rasgos se presentan en la realidad bajo la forma de un entramado difícil de seccionar, lo que dificulta establecer una definición última de la memoria. Es por ello que la idea que de la misma se presenta al final del apartado, no puede ser sino preliminar.

### **a) La memoria como proceso de selección.**

Parece haber consenso entre los diversos autores que han reflexionado en torno al tema, en señalar que la memoria supone, en principio, una selección, acción que necesariamente realiza un sujeto. Siempre habrá elementos que el sujeto

---

<sup>150</sup> El papel central del presente en el acto de recordar es analizado también por Paul Ricoeur, quien afirma dos tipos de ausencia. Primero, la ausencia de lo irreal, lo imaginario, la utopía, y por la otra, la ausencia del pasado, cuya peculiaridad es que se trata de la “ausencia de lo anterior”, esto es, de aquello que existió antes. A la pregunta ¿antes de qué?, Ricoeur responde: “precisamente al recuerdo que tenemos ahora”. Véase, Ricoeur, Paul, “Definición de la memoria desde un punto de vista filosófico”, en Barret-Ducrocq, Françoise, *¿Por qué recordar?*, Trad. Silvia Peña W., Ed. Granica, España, 2002, p. 25.

recuerda en detrimento de otros; en ello, el papel seleccionador, o si se quiere, excluyente es incuestionable. Esto implica por tanto que en la memoria las vivencias que son susceptibles de recordarse son valoradas por el sujeto de distinta forma, se les otorga diferentes dimensiones significativas. Un violador y su víctima pueden recordar el mismo evento, pero la significación es radicalmente distinta.

Gracias al proceso seleccionador que subyace en la memoria es que se puede extraer el pasado del caos, imprimiéndole un sentido específico y tornándolo comunicable. De esta forma la memoria envuelve la vida humana a partir de la reconstrucción de lo ya sucedido, y da con ello fortaleza a diferentes estructuras de significación, entre otras, a las estructuras identitarias y sus expresiones narrativas.

***b) La memoria tiene elementos pretendidamente cognitivos.***

El proceso de selección posibilita la función cognitiva de la memoria. Montesperelli, por ejemplo, se refiere a la patología de la hipermnnesia que hace que quien la padece retenga los recuerdos más minuciosos sobre una gran cantidad de informaciones y acontecimientos sin discriminación alguna, condición que dificulta la generación de conceptos abstractos, y por tanto, la atribución de sentido a la realidad.<sup>151</sup> Al dimensionar a la memoria se realiza una operación de selección, excluyendo ciertos actos con criterios que varían según la perspectiva adoptada. Incluso los procesos de memorización comprenden dicha actividad selectiva sin la cual el individuo se perdería en un flujo constante de instantes.

En realidad, la actividad cognitiva consiste en la capacidad de asignar significados al pasado respondiendo a una necesidad del presente. Dicha actividad, además, no es exclusiva del individuo aislado, sino que necesariamente es realizada en la esfera intersubjetiva.<sup>152</sup> En ese sentido, la memoria se torna en un instrumento de interpretación que puede ser objetivada en distintas fuentes, desde las autobiográficas hasta las testimoniales, desde las constancias oficiales (como las conmemoraciones oficiales) hasta los registros marginales del pasado,

---

<sup>151</sup> Montesperelli, *op. cit.*, p. 109.

<sup>152</sup> No olvidemos que hoy en día, cuando se habla de recuperar la memoria histórica, siempre se habla de vivencias de y con impacto social.

entre muchas otras. Esta *multiplicidad de fuentes*, como se observará, conduce a la *necesidad de valorarlas*, valoración que se realiza en consonancia a un *sentido* que puede variar dependiendo del interés de aquél o aquellos que recurren al pasado buscando una específica clase de respuesta.<sup>153</sup>

**c) La memoria tiene elementos creados por el sujeto.**

A decir de Néstor A. Braunstein es insostenible la creencia de que la memoria reproduce o busca reproducir con variable exactitud los momentos del pasado personal; señala que las *ficciones de memorias* suponen que el recuerdo de los episodios vividos se construye “como las fantasías [...] excluyendo lo que sería inconciliable o inconveniente para el yo, guardando zonas de obscuridad, desplazando los acentos de unas re-presentaciones de lo ausente a otras [...]. Al pasado, uno no lo encuentra, *lo hace* [...]”<sup>154</sup> Advertir lo anterior implica que el sentido cognitivo de la memoria, puede ser acotado ante la posibilidad de que el acto de olvidar y recordar suponga también *agregar* elementos de nuestra fantasía al pasado recuperado. Ciertamente esto no es exclusivo de la actividad memorística interna. Puede ocurrir en el ámbito intersubjetivo, lo que permitía acomodar la función memorística a las situaciones que vivimos al interactuar con un *otro* de quién se busca controlar su *impresión* respecto al pasado. El *sentido buscado* trae consigo oportunidades y peligros que estarán determinados, justamente, por móviles tan diversos que imprimirán mayor complejidad a la idea de *memoria*. De esta forma, la memoria no será valorada igual si el que recurre al pasado es un activista por los derechos de un grupo en situación de vulnerabilidad, un político pragmático que busca legitimar una decisión o un ciudadano cuyas lealtades no responden a las fomentadas desde el Estado. Los criterios de valoración del pasado tampoco son necesariamente compartidos por alguien que haya recibido beneficios por parte del sistema económico, a alguien que haya sufrido preponderantemente los costos.

---

<sup>153</sup> En cuanto a la multiplicación de los registros memorísticos, Braunstein señala que la humanidad ha perfeccionado, y en ocasiones suplido la memoria natural por tres vías: la escritura, que permitió pasar de la prehistoria a la historia, los métodos de impresión que fundaron la modernidad (desde la prensa hasta la fotografía) y, finalmente, la que denomina, memoria cibernética que corre a la par del ordenador. Véase, *Ibidem*, p. 13.

<sup>154</sup> Braunstein, Néstor A., *La memoria, la inventora*, México, Siglo XXI, 2008, p. 9.

**d) La memoria supone marcos sociales.**

La memoria no sólo se expresa a partir de la esfera individual del sujeto, sino que supone la existencia de marcos o dimensiones sociales. La esfera social de la memoria queda implícita cuando observamos que la representación del pasado toma forma concreta como relato elaborado no sólo a partir del evento o hecho recordado, sino también a partir de cambios –o distorsiones- en su significación. Al sujeto se le conoce, más que por lo que ha vivido, por la forma en que lo narra, lo cual supone la existencia de un interlocutor. Es la respuesta del *otro* lo que refrenda al recuerdo y le confiere realidad. Se puede afirmar que la memoria es pues una respuesta en una relación dialéctica. Rememorar implica la necesidad de contar a alguien algo que sucedió. De ahí que, para el hecho del recuerdo sea, en ocasiones, más importante la respuesta de aquél a quien se dirige el mensaje memorístico que su correspondencia plena con la realidad pasada.<sup>155</sup>

Es importante, por tanto, tener presente que incluso *los recuerdos individuales se sustentan en una “memoria colectiva”* que es proveída por ciertos pilares tales como el lenguaje, así como las representaciones del tiempo y del espacio, clasificaciones, etc.<sup>156</sup> En otras palabras, la memoria individual no está ni aislada ni cerrada. De hecho, es común que se recurra a los recuerdos de los demás para evocar el propio pasado, esto es que, eventualmente, el sujeto que recuerda busca puntos de referencia fuera de sí mismo. No debe olvidarse que los instrumentos que posibilitan la memoria individual -las palabras y las ideas- se encuentran dadas en el entorno externo del individuo.

La práctica memorística supone nociones comunes que se encuentran tanto en cada individuo como en los demás miembros de la sociedad en su conjunto. Esto explica que Maurice Halbwachs afirme que un recuerdo personal solo es tal, en la medida que se sustenta en la memoria de los demás. Recordar es un acto

---

<sup>155</sup> La necesidad del Otro al momento del recuerdo es explicitada por Braunstein en los siguientes términos: “Son las palabras cruzadas entre uno y otro (entre el que recuerda y el receptor) las que hacen al mensaje y confieren al recordador el sentimiento del ser un “yo” sustancial, continuo en el tiempo y habitado por relatos referidos a su pasado: un “yo” como personaje que tiene memoria”, véase, *Ibidem*, pp. 26 y 76.

<sup>156</sup> Como se apuntará más adelante, esta doble referencia entre el recuerdo individual y la “memoria colectiva” es deudora de Halbwachs para quien el ambiente social dota al individuo de los elementos relacionales que se requieren para comprender plenamente la memoria, no solo colectiva, sino individual. Véase, Montesperelli, Pablo, *op. cit.* p. 12.

social en virtud del lenguaje, las representaciones y las clasificaciones compartidas.<sup>157</sup>

En efecto, a decir del propio Halbwachs, “[...] si nuestra impresión puede basarse, no sólo en nuestro recuerdo, sino también en el de los demás, nuestra confianza en la exactitud de nuestro recuerdo será mayor, como si reiniciase una misma experiencia no sólo la misma persona sino varias”.<sup>158</sup> Así, todos los recuerdos, aún los que deriven de las experiencias personales más íntimas, resultan ser también colectivos, ya que siempre estamos insertos en una determinada sociedad que nos proporciona, por ejemplo, un lenguaje, categorías de análisis, maneras de percibir, etc. Para que una memoria se auxilie de las demás, no basta con que éstas aporten sus testimonios, hace falta que sus memorias tengan referentes comunes, que puedan construirse sobre una base común, lo cual sólo es posible, afirma Halbwachs, si han formado parte de una misma sociedad. Nuestros pensamientos y recuerdos se originan en circunstancias y marcos sociales, y no en un solipsismo interior.

**e) El agente de la memoria requiere de un interlocutor.**

Para que un recuerdo tenga lugar no se parte del simple hecho de haber experimentado algo, sino que es necesaria su expresión lingüística y el deseo de ser transmitido mediante el poder de las palabras -o imágenes- para crear la narración. Es por ello que, finalmente, se requiere de un espectador, público o lector dotado a su vez de capacidad lingüística propia para captar la singularidad de lo relatado. Para dar coherencia a la memoria del que recuerda se debe apelar a la memoria del destinatario del relato.<sup>159</sup> Los objetivos de la memoria pueden ser diversos entre sí, pero ello no obsta para descubrir los elementos comunes que permiten a la colectividad tener acceso al ejercicio individual de la memoria. La

---

<sup>157</sup> Véase, *Idem*, p. 13.

<sup>158</sup> En el célebre trabajo de Maurice Halbwachs, dicho autor sostiene que los hechos y nociones que menos nos cuesta recordar proceden del ámbito común, es decir, se trata de recuerdos que pertenecen a todo el mundo ya que se apoyan en la memoria de todos. Por otro lado, están los hechos que no se pueden recordar voluntariamente, que resultan ser sólo nuestros, y no de los demás. Así, continúa dicho autor, es paradójico que los recuerdos que más nos cuesta evocar son aquellos que quedan en la jurisdicción personal, los que “constituyen nuestro bien más exclusivo”. Halbwachs, Maurice., *Los marcos sociales de la memoria*, trad. Manuel Antonio Baeza, Barcelona, Ed. Antrophos, 2004, pp. 49 y ss.

<sup>159</sup> Braunstein, Néstor A., *op. cit.* p. 29.



objetivación de dicho acceso, de dicha capacidad memorística se expresa en textos, archivos, testimonios, fotografías, etc., esto es, elementos indirectos de una experiencia que ya no es, que se ha ido con el pasar del tiempo.

Cuando el sujeto despierta a la vida, encuentra el lenguaje, esto es, en torno al recién llegado giran figuras que gradualmente le interiorizan una memoria social a partir de gestos, palabras, imágenes que poco a poco lo insertan en un mundo con categorías lingüísticas, sociales, culturales, económicas, jurídicas y axiológicas propias. En la búsqueda del sentido de la vida, el sujeto sólo puede remitirse al *otro*, el semejante que puede proporcionarle algunas certezas en un mundo complejo. En este contexto es que Beatriz Sarlo señala que la narración hace sentido del pasado sólo si, cómo señalara Arendt, la imaginación viaja y deja su inmediatez identitaria.<sup>160</sup>

**f) En su vertiente social la memoria contribuye a la legitimación.**

Ya en la línea de la memoria colectiva se puede afirmar que ésta contribuye a la legitimación social, ya que por ella, se generan significados institucionales de manera coherente y se les dota de estabilidad. Caso ejemplar, resulta ser el de las sociedades tradicionales legitimadas en torno a un pasado que se funda ya en el mito, ya en la religión. Montesperelli ejemplifica lo anterior recurriendo al caso de las religiones *abramíticas* en donde la memoria goza de un papel central. Así, en el *Génesis* está plasmada la alianza, recordada una y otra vez, entre Dios y su pueblo. La religión hebrea es una religión de la memoria donde el pacto suscrito se constituye como elemento de cohesión social y legitimación.<sup>161</sup>

Es el marco de la sociedad donde se imprimen *criterios de relevancia de los recuerdos*. La dialéctica y las tensiones sociales son, en buena parte, el origen de dichos criterios. Marx, por ejemplo, afirma en *La Ideología Alemana* que las ideas de la clase dominante son en todas las épocas las ideas dominantes. Por su parte, Montesperelli lo parafrasea afirmando que las ideas del poder dominante son la memoria dominante, esto es, hay una influencia clave de las estructuras del poder en la organización de la memoria colectiva.<sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> Sarlo, Beatriz, *op. cit.*, p. 92.

<sup>161</sup> Montesperelli, Pablo, *op. cit.* p. 39.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 46.

En este punto parece indispensable referir, una vez más, que el hecho de que varias personas hubieran vivido los mismos acontecimientos, no implica de manera necesaria que los recuerdos estén disponibles como materia narrable. Es común que el nuevo grupo dirigente, para legitimar el advenimiento al poder, prescindiera de recordar acontecimientos violentos dirigidos hacia cierto sector social, que permitieron su ascensión, modificando con ello las referencias al pasado que les deslegitimaban. De esta forma, todo grupo en el poder se sustenta en una raíz olvidada, en virtud de que en todo proceso de legitimación se procura controlar la memoria y el olvido.

**g) La memoria también tiende a una cierta autonomía subjetiva.**

Si bien es incuestionable la influencia social en la conformación de la memoria, también lo es que eventualmente hay una tendencia a cierta autonomía en el sujeto que recuerda. Así, Halbwachs plantea que “[...] cada memoria individual es un punto de vista sobre la memoria colectiva; este punto de vista cambia según el lugar que ocupa en su interior y, a su vez, este lugar cambia según las relaciones que yo mantengo con otros círculos sociales. No debe asombrar, pues, que del instrumento común cada uno no saque el mismo partido.”<sup>163</sup> La memoria colectiva, por tanto, puede ser entendida como fruto de la integración de memorias individuales diversas.

Por otro lado, *hay varios elementos subjetivos que permean el sentido de los recuerdos*, por ejemplo, la relevancia que el sujeto les atribuye a un conjunto de recuerdos, la distancia en el tiempo, los aspectos emotivos, los objetivos del que recuerda, la gama de indicios de recuperación e incluso, el número de veces que el acontecimiento recordado se ha repetido o se ha rememorado. No es casual que Freud afirmara que los recuerdos eran encubridores, ficciones que se prestan para que se haga una elaboración particular.

Con la posmodernidad algunos pensadores consideran que el ejercicio memorístico ha virado a una dimensión claramente subjetiva. Una nueva valoración de la palabra marcó el ritmo del retorno subjetivo sobre la experiencia objetiva –hija a su vez de la modernidad-. Los derechos de la primera persona se

---

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 76.

presentan como “derechos reprimidos que deben liberarse”. Opera pues, una desconfianza sobre las autoridades fundadas en la modernidad. Si bien es cierto el sujeto se hace de experiencias, también lo es que se hace en las formas cómo las comunica, en las que él mismo construye un sentido para afirmarse como sujeto. Así, señala Sarlo, “[...] si ya no es posible sostener una Verdad, florecen en cambio unas verdades subjetivas que aseguran saber aquello que (se consideraba oculto) por la ideología [...]. No hay Verdad, pero los sujetos, paradójicamente, se han vuelto cognoscibles.”<sup>164</sup> No obstante, si bien se percibe un contraste con los autores que analizaron la memoria desde una raíz colectiva, tampoco se puede hablar de oposición. Los mismos partidarios de la vertiente subjetiva, hablan de la comunicación de la experiencia y de la identidad. Ambas ideas, requieren del otro para tener sentido, es decir, lo tienen como un presupuesto no explícito en la sociedad misma.

Ahora bien, los elementos subjetivos no necesariamente deben conducir a una *valoración negativa de la narrativa memorística*. En ocasiones, es la perspectiva personal, esto es, la función valorativa que opera en el discurso lo que realmente vale. Cómo sostiene Weber para sustraerse de la sobreabundancia o caos de referentes del pasado, esto es, para ejercer alguna forma de conocimiento y atribuir significados se necesita reducir la complejidad sobre la base de una valoración, es decir, partir de una visión parcial y desde ahí operar un recorte.<sup>165</sup>

#### ***h) La memoria tiene una substancia esencialmente histórica.***

Dada la condición histórica del ser humano, es importante destacar también que la memoria no se ha experimentado igual a lo largo del tiempo. Es decir, también está sujeta a la historicidad. Así se puede explicar que con la aparición de la escritura cambiara la percepción y el ejercicio de la memoria. Con ella, no sólo se modificó la manera de transmitir el pasado a las generaciones venideras, sino que se amplió el campo de análisis de los fenómenos pasados, al haber ya la posibilidad de una constancia material permanente, que sustituyó lo efímero inherente a la oralidad. Evidentemente, esto permitió generar nuevas modalidades de ordenar el pasado. Como ya se mencionaba anteriormente, las formas de

---

<sup>164</sup> Sarlo, Beatriz, *op. cit.*, pp. 49-51.

<sup>165</sup> Weber, Max *apud* en Montesperelli, Pablo, *op. cit.*, p. 120.

transmisión de lo pretérito son relevantes en la lucha por la supremacía de un recuerdo específico. Así, el sector que goza de dicha supremacía, buscará que las representaciones del pasado sean fácilmente interiorizadas si se fijan en la conciencia del individuo a través de fórmulas diversas que van desde los textos de historia oficial hasta las ceremonias conmemorativas, pasando por las placas en monumentos históricos y por la iconografía oficial, de modo que los significados memorísticos considerados relevantes por aquel sector social queden depositados en la memoria del resto de la sociedad.

El devenir histórico impulsa cambios en la manera de entender o percibir a la memoria misma. Con la aparición de la imprenta, la fotografía y la cibernética no sólo se modificaron los mecanismos de guarda de la memoria, sino también los contenidos y el sentido de la memoria. Así, nos dice Ana Carolina Ibarra, que aunque en los últimos tiempos haya habido una importante expansión de los medios de almacenamiento de la memoria, “[...] la memoria colectiva se ha dislocado y, aunque para algunos esto podría parecer una paradoja, estamos viviendo bajo la amenaza de perder la memoria”.<sup>166</sup> Por su parte, Montesperelli refiere como amenaza de la memoria colectiva a *la sobreabundancia de referencias del pasado*, típica de la sociedad mediática. Aquí el olvido no es por ausencia, sino por la multiplicidad de las presencias. La sobreabundancia de información determina que el destinatario de la misma no esté ya en condiciones de recordar lo ya ocurrido.<sup>167</sup> Los contenidos memorísticos abundantes son un extremo, el que se opone al otro polo, el de la ausencia de memoria.

Jacques Le Goff refiere cómo con la modernidad, la memoria, entendida como mnemotecnia, pierde importancia en función del pensamiento racional. Señala que durante la Edad Media, los alumnos se preparaban en la memorización de grandes textos, como expresión de una necesidad central de la época: el de que la sabiduría iluminara la conciencia. Conforme el pensamiento científico se expandía durante la modernidad, la memoria cedió ante el razonamiento y los métodos experimentales. En el mismo sentido, pero en

---

<sup>166</sup> Ibarra, Ana Carolina, “Entre la historia y la memoria. Memoria colectiva, identidad y experiencia. Discusiones recientes”, en Aguiluz Ibargüen, Maya, *et. al* (coord.) *Memorias (in)cógnitas. Contendias en la historia*, México, UNAM, CICCH, 2007, p. 25.

<sup>167</sup> Montesperelli, Pablo, *op. cit.*, p. 60.

momento distinto, tenemos que a partir de la Revolución Francesa el sentimiento colectivo ante la memoria cambia centrándose en la conmemoración como eje de la fiesta patriótica, “[...] en cada fiesta se renueva un pasado mítico que, de alguna manera, es también una promesa”.<sup>168</sup>

***i) Condiciones que limitan el proceso memorístico.***

Los límites de los procesos memorísticos quedan evidenciados con la desaparición de las huellas o indicios a través de los cuales se puede reconstruir, y con ello, interpretar lo sucedido. Sobre todo si se parte del hecho de que el rastro es sólo un elemento fragmentario del pasado que es interpretado desde el presente. La huella es indicativa del pasado, pero no es el acontecimiento en sí. Adicionalmente, bien puede no estar bien conservada. Según Montesperelli la memoria custodia un conjunto de huellas de manera que estén disponibles para la interpretación que tiene como misión integrar los indicios del pasado a efecto de reconstruirlo lo más fielmente posible.

Beatriz Sarlo sostiene una distinción importante en torno a la memoria. Si se considera la existencia de la memoria solo cuando hubo experiencia directa, bastaría entonces con denominar memoria a la captura en relato de esos hechos del pasado que no exceden la duración de una vida. Estamos ante el sentido restringido de la memoria. Pero, como ya hemos sugerido, la memoria se puede convertir también en un discurso de segundo grado, con fuentes secundarias que no provienen de la experiencia de quien ejerce la memoria, dando por resultado un discurso, igualmente memorístico. En este caso, estamos ante la rememoración de un pasado que no fue vivido directamente, y por lo tanto, su relato sólo puede venir de lo que se ha llegado a conocer por medio de diversas mediaciones. Incluso, las mediaciones pueden formar parte de ese relato.<sup>169</sup>

Como puede observarse, los rasgos o problemáticas referidas en los anteriores incisos, se relacionan de forma tal, que uno conlleva a otro. Se presentan, insisto, en un entramado tal, que al querer aislar uno de los elementos supondría jalar los restantes.

---

<sup>168</sup> Montesperelli, Pablo, *op. cit.*, p. 26.

<sup>169</sup> Sarlo, Beatriz, *op. cit.*, p. 128.

No obstante, se puede afirmar, a manera de síntesis, que la memoria es selección, no siempre consciente, de ciertos elementos pasados dentro de un universo pretérito, expresado en una narración construida en el presente, a partir de criterios específicos, individuales y/o sociales, y que le dotan –al pasado- de una significación particular. Dicha significación, supone su comunicabilidad con el otro, esto es, la memoria requiere de un oyente, un destinatario de la narración, que implica de manera necesaria que la memoria, incluso la arraigada en la interioridad más profunda, se sustente en códigos y categorías compartidos socialmente. Los límites de la memoria pueden ser la sobreabundancia, la imposición de criterios de selección del grupo dominante o la ausencia de referentes (huellas). Finalmente, la memoria, no sólo se presenta en recuerdos experimentados de manera directa, sino también por mediación de fuentes del pasado, se puede registrar una memoria de segundo grado, es decir, una memoria de experiencias de otros.

No hay duda de la complejidad de cada uno de los temas que sobre la memoria apenas se han sugerido. Pero para efectos del trabajo, creo que he destacado los puntos esenciales que me permitirán retomar más adelante esta noción a efecto de vincularla con la construcción de los derechos humanos. De momento, surge la necesidad de establecer una primera distinción entre dos conceptos que, me parece, parten del pasado –y de hecho, lo abordan- de forma distinta: la memoria y la historia.

### ***2.1.1 Memoria histórica. Entre memoria e historia***

Como hemos advertido en los puntos anteriores, varios son los pensadores que han tratado de encontrar la lógica del devenir histórico. En este trabajo ya he referido la filosofía de la historia de Kant y Marx. Sin embargo, es importante precisar conceptualmente el término historia. Por supuesto que dicha clarificación está inserta en discusiones amplias y profundas que van más allá de nuestro objetivo, pero resulta indispensable por lo menos referir aquellas ideas o conceptos que de la historia se han dado convencionalmente. Una vez dado el anterior paso, referiré la relación, no exenta de desafíos intelectuales, entre

memoria e historia a efecto de sugerir, al cerrar el presente punto, lo que entenderé por memoria histórica.

Tal vez el primer problema conceptual a afrontar es el de clarificar la ambigüedad que el propio término *historia* ya sugiere. Esta circunstancia deriva del hecho de que con la palabra historia se significan dos aspectos diferentes. El primero se refiere a la historia como realidad pasada, es decir, como el devenir pretérito en sí. Las filosofías de la historia que hemos referido anteriormente tienen como objeto de su especulación a la lógica o sentido de la historia en esta primera acepción. Una segunda significación de dicho término ha sido el que la identifica como disciplina de conocimiento que tiene como objeto esa realidad pasada, es decir, es el conjunto de actividades que despliega el historiador para dar forma y comunicabilidad a su representación del pasado. Hoy en día, los especialistas suelen conservar el término historia en su primera acepción. A la segunda, esto es, a la disciplina que estudia el pasado la llaman historiografía.<sup>170</sup> En éste punto, con el término historia, me referiré a la segunda, es decir, la historia entendida como disciplina de conocimiento.

Establecer por tanto una definición del vocablo historia resulta una empresa compleja. Ante la inmensa diversidad de contenidos que se le han atribuido a la disciplina histórica, el historiador contemporáneo, el que ve en la historia una ciencia social, tiene como una característica fundamental el de delimitar su objeto de estudio y/o análisis en el marco de un universo más amplio que se identifica con el pasado, esto es, con lo acontecido en un tiempo pretérito. A continuación presento algunos pilares que convencionalmente fungen como los marcos o categorías historiográficas que permiten al historiador dar forma a su discurso o representación histórica.

---

<sup>170</sup> Javier Rico Moreno explicita dicha ambigüedad señalando que la misma palabra designa tanto “la historia que se vive”, es decir, la realidad pasada, y la “historia que se escribe”, esto es, la disciplina que tiene por objeto el conocimiento de ese pasado. Véase, Rico Moreno, Javier, “Análisis y crítica en la historiografía”, en Camelo, Rosa y Miguel Pastrana (eds.), *La experiencia historiográfica*, México, UNAM/IIH, 2009, pp. 201-207. Por su parte, José Gaos también refiere los dos sentidos de la palabra historia, una designa a la realidad histórica o “lo histórico”, la otra designa al género literario o ciencia que tiene por objeto lo histórico. Gaos, José, “Notas sobre la historiografía”, en Matute, Álvaro (coord.), *La teoría de la historia en México, 1940-1973*, México, SEP, 1974, pp. 66-93.

### **a) Los sujetos de la historia.**

La primera delimitación sobre el universo pretérito se centra en la actividad humana; o para decirlo con términos de Marc Bloch, en los “actos humanos, nacidos de necesidades colectivas, y que sólo fueron posibles merced a una estructura social determinada.”<sup>171</sup> Es cierto que la categoría puede problematizarse aún más, si recordamos que en el abordaje que del pasado hace el historiador puede surgir un sujeto histórico que no sea el individuo, sino una colectividad (un grupo social, las mujeres, el proletariado), una institución (la Iglesia), una entidad política (un Estado, una *polis*), entre otros. Pero en lo que parece haber consenso es en que involucrarán, así sea indirectamente, a un agente que es siempre un actor que impulsa el cambio histórico, y que incide, por tanto, en la esfera humana.

### **b) La temporalidad**

Una de las categorías que permiten al historiador abordar el pasado es la temporalidad. Así, los seres humanos, como objeto de la disciplina histórica, son estudiados insertos en el tiempo. Es en este sentido que se afirma que el pensamiento del historiador parte de un supuesto central de su comprensión que es la *duración*, esfera temporal que es “el plasma en que se bañan los fenómenos”. La duración del tiempo histórico, resulta ser entonces, un continuo y, simultáneamente, es un cambio perpetuo. Y es de la tensión continuidad-cambio, donde nacen los problemas de la investigación histórica.<sup>172</sup>

La historia, según algunos representantes de la Escuela historiográfica de *los Annales*, sigue ritmos diferentes, siendo la función central del historiador *reconocer* la velocidad, la dinámica y la coexistencia de ritmos diversos en el pasado estudiado. Así, hay un nivel superficial, el llamado tiempo rápido de los acontecimientos, cuya importancia está subordinada a una realidad más profunda cuyo cambio es más lento, tal es el caso de los cambios geográficos o de las

---

<sup>171</sup> Bloch, Marc, *Introducción a la historia*, 4ª ed., trad. de Pablo González Casanova y Max Aub, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 28.

<sup>172</sup> *Ibidem.*, p. 31 y 32.



mentalidades. Este es el nivel de la larga duración, término inmortalizado por Fernand Braudel.<sup>173</sup>

**c) La explicación causal.**

Los actos de los sujetos históricos no son abordados de forma aislada. Según Bloch *un fenómeno histórico no se puede explicar plenamente fuera del estudio de su momento*. Con ello, quiere decir que un hecho histórico encuentra su explicación en un entramado de actos, hechos, procesos pasados que le dan viabilidad fáctica.<sup>174</sup> A decir, de Rico Moreno, identificar las causas supone configurar la racionalidad de los acontecimientos, esto es, da razón explicativa del por qué tuvieron lugar los mismos.<sup>175</sup>

**d) Las fuentes.**

El historiador, a diferencia de otros científicos, se encuentra imposibilitado de comprobar por sí mismo los hechos objeto de estudio. En la disciplina histórica sólo es posible hablar de las épocas pretéritas por medio de testimonios, lo cual, lleva a afirmar que dicho conocimiento es necesariamente indirecto. La reconstrucción del pasado se basa, en buena medida, en cosas vistas por otros. Bloch afirma que los especialistas del método entienden por conocimiento indirecto “el que no alcanza el espíritu del historiador más que por el canal de espíritus humanos diferentes”, esto es, acepta la intervención de un intermediario. El conocimiento del pasado se caracteriza por partir de indicios, de huellas, esto es, una marca que ha dejado un fenómeno, y que puede ir, desde una ruina, hasta un documento.<sup>176</sup>

Una de las labores más difíciles del historiador es la de reunir las fuentes que necesita. Esto es así, ya que las sociedades no organizan racionalmente su memoria. Así, a partir de los indicios que llegan al presente es que el historiador buscará construir narraciones o contrastar las ya existentes. Para ello, toma en cuenta, no sólo lo que dice el testimonio, sino también, y en ocasiones esto es más relevante, lo que omite, los silencios.

---

<sup>173</sup> Braudel, Fernand, “La larga duración”, en *La historia y las ciencias sociales*, trad. de Josefina Gómez, Madrid, Alianza Editorial, 2002, pp. 60 y ss.

<sup>174</sup> Bloch Marc, *op. cit.* pp. 35 y ss.

<sup>175</sup> Rico Moreno, Javier, *op. cit.*, p. 206

<sup>176</sup> Bloch, Marc, *op. cit.*, p. 58.

### **e) La crítica de fuentes.**

Este punto va de la mano con el anterior. El historiador debe tener conciencia de que la fuente (testimonio, documento, etc.) sólo percibe un estrecho sector de todos los acontecimientos posibles. Adicionalmente, cualquier fuente histórica no resulta ser un material objetivo e inocente sino que, como dice Le Goff, expresa el poder de la sociedad pasada sobre la memoria. Por tanto, la recuperación del pasado a partir de ellas nunca será plena, y en todo caso, requerirá de una valoración de fuentes. Es por ello que toda investigación histórica presupone la existencia de un cuestionario que, aunque sea instintivamente, cuente con un sentido. La valoración de las fuentes no se trata de una observación pasiva.

En el oficio histórico existe el acuerdo tácito de no aceptar todos los testimonios históricos ciegamente, pues no todos son verídicos; puede ocurrir que algunas de las fuentes accesibles resulten ser falsas. Tomar conciencia sobre la falta de inocencia de algún documento permite caer en la cuenta de los procesos de manipulación pretéritos que pueden afectar la veracidad de un discurso histórico. Como sea, parece haber acuerdo entre los historiadores en que la crítica de fuentes no tiene un método definido, sino que el propio testimonio dará la pauta para una crítica particular.<sup>177</sup>

### **f) Historicidad del discurso histórico mismo.**

Justamente esta toma de conciencia por parte del historiador, el que valora la fuente, permite que la visión de un mismo pasado cambie de acuerdo con las épocas, es decir, es el reconocimiento de que el historiador está sometido al tiempo en que vive. En palabras de Le Goff, el pasado siempre se alzarán en respuesta a un presente, que es, justamente, el presente del historiador.<sup>178</sup>

El pasado es un dato que no puede ya ser modificado. Lo que sí puede cambiar es la forma en que es conocido o percibido, ya que la investigación histórica, continuamente encuentra huellas, vestigios o testimonios antes desconocidas, o bien, siendo ya conocidos, son interpretadas desde ópticas nuevas.

---

<sup>177</sup> Le Goff, Jacques, *Pensar la historia, Modernidad, presente, progreso*, trad. Martha Vasallo, España, Paidós, 2005, pp.43 y ss.

<sup>178</sup> Le Goff, Jacques, *op. cit.*, p. 15.

### **g) Propósito del historiador.**

Este es uno de los puntos más problemáticos para comprender el quehacer historiográfico dada la multiplicidad de intenciones en la comunidad de historiadores y los cambios operados en los paradigmas de dicha disciplina. Así, algunos historiadores tendrán como objetivo *captar lo universal, lo regular en lo singular de los acontecimientos pasados*. Cada hecho histórico acaece una vez y no vuelve a producirse jamás. No es casual que algunos teóricos de la historia se hayan esforzado por encontrar principios susceptibles de proporcionar claves generales para comprender o explicar los procesos históricos. De ahí, por ejemplo, las nociones de *sentido* de la historia y *leyes* de la historia.<sup>179</sup>

Para otros historiadores, según afirma Bloch, hay una obsesión por el llamado “ídolo de los orígenes”, aquello que debe ser estudiado antes que nada. Cuando se habla de orígenes éstos suelen ser entendidos como causas, o bien, como el punto inicial, como los principios. Así, continúa el autor citado, su estudio adquirió gran importancia, por ejemplo, en el caso de la historia religiosa, ya que parecía proporcionar un criterio de valor a la religión dominante. Los comienzos y/o origen de la fe se constituyen en *fundamento* de la religión. La historia se tornó así, en una cuestión de legitimidad. Los orígenes se constituyeron en la base de enjuiciamientos.<sup>180</sup>

Los propósitos también han cambiado con el transcurso del tiempo. Por ejemplo, hacia la primera mitad del XVIII hubo una tendencia en destacar en las obras historiográficas las diferencias de lo antiguo y lo moderno, buscando colocar el pasado como un período superado, en tanto lo moderno era ahora sinónimo de progreso. En ello jugó un papel importante el surgimiento de una aspiración – propia de la época- de los historiadores: el de que su disciplina fuera reconocida como una ciencia.<sup>181</sup>

La idea de progreso, tal como vimos con Kant y Marx, triunfó con la Ilustración y su desarrollo se prolongó a lo largo del siglo XIX y comienzos del XX, siendo en buena medida una consecuencia de la evolución científica y

---

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>180</sup> Bloch, Marc, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

<sup>181</sup> Le Goff, Jacques, *op. cit.*, p. 15.

tecnológica. Durante la primera mitad del siglo XX los actos del fascismo y los horrores de la Segunda Guerra mundial –desde los campos de concentración hasta la bomba atómica-, así como la crisis del marxismo en la segunda mitad de dicha centuria llevaron a una crítica de la idea de progreso. Hoy en día, la creencia, casi dogmática, de un progreso lineal e imparable, continuo e irreversible prácticamente ha sido replegada.<sup>182</sup>

Uno de los ejes centrales de la historia es el de la cuestión de si el análisis histórico busca *juzgar o comprender*. Tenemos el caso de Leopold Von Ranke, de quién suele rescatarse la afirmación de que el historiador sólo se propone describir las cosas “tal como fueron”, es decir, invita a que el historiador, como sujeto, desaparezca ante los hechos.<sup>183</sup> Esta última postura ha sido criticada, como veremos más adelante por uno de los autores ejes de este trabajo: Walter Benjamin.<sup>184</sup>

Ahora centraré mi análisis en la tensión memoria-historia. Para ello comenzaré por referirme a la distinción que Jacques Le Goff hace de dos *formas* de historia: la llamada memoria colectiva y la de los historiadores. La primera, nos dice, es esencialmente mítica, deformada y anacrónica, y se erige como la vivencia de la eterna relación entre pasado y presente. Por su parte, la historia, que aspira a la profesionalización, busca rectificar los errores de aquella, esto es, esclarece la memoria. Así, la memoria, en su opinión, es un espacio de poder que puede dar lugar a manipulaciones conscientes e inconscientes que obedecen a diversos intereses. La historia, en cambio, en su calidad de disciplina de conocimiento, tiene como base subyacente una norma de veracidad.<sup>185</sup>

La diferenciación de Le Goff me parece significativa porque recupera parte de lo que hemos afirmado en los puntos anteriores en torno a la memoria y a la

---

<sup>182</sup> En ese sentido, es que Jacques Le Goff inserta el resurgimiento de las visiones catastróficas del fin del mundo, las revoluciones iluminadas e invocaciones milenaristas. Esto lo categoriza como el regreso de la escatología. Véase, Jacques Le Goff, *op. cit.*, p. 16. También en, Le Goff, Jacques, *El orden de la memoria. El tiempo como imaginario*, Trad. de Hugo F. Bauzá, España, Paidós, 1991, pp. 80 y ss.

<sup>183</sup> Von Ranke, Leopold *apud* Marc Bloch, Marc, *op. cit.*, p. 135.

<sup>184</sup> *Supra* punto 2.1.3 Idea de la historia en Walter Benjamin.

<sup>185</sup> Le Goff, Jacques, *op. cit.*, pp. 32-35.

historia. Reconoce que ambas aspiran a expresar la verdad pasada, aunque se diferencian en cuanto a su actitud ante el discurso conformado. De la memoria reconoce sus marcos sociales con el término mismo de “memoria colectiva”, y destaca su interés en expresar de forma cerrada un recuerdo que se eterniza en el discurso mitológico. Esto, en un ejercicio comparativo, puede encontrar un reflejo en el ejercicio memorístico que despliega el sujeto quien no suele cuestionar de manera crítica lo que rescata del pasado, sino que tiende a absolutizarlo. Por otro lado, de la historia destaca su tendencia a conformar un pasado sujeto a revisión, justamente por el sentido crítico con que aborda el pasado y sus fuentes. Parece aceptar que, dado que la disciplina histórica no acepta su discurso como algo absoluto, permite que su búsqueda sea expresión de vitalidad intelectual en búsqueda continua de veracidad. Aquella se ostenta como poseedora de verdad, en tanto que ésta se conforma con dar forma a un discurso tan veraz como preliminar.

En relación a la memoria, Le Goff parece representar la convencional actitud que ve en ella la posibilidad de generar recuerdos ficticios que suplanten o se añadan a recuerdos que si guarden correspondencia con la realidad pasada. Bajo esta hipótesis, la aspiración a la veracidad resultaría comprometida en el caso de la memoria. En el caso de la historia, dicha aspiración depende no de una memoria absoluta, sino de poseer la mayor cantidad de fuentes con las que pueda disponer el historiador a efecto de incrementar la certidumbre de su discurso. Así, los testimonios de los demás miembros de la sociedad pueden *corregir o reparar* un recuerdo caracterizado como inexacto. Esto último supone, ciertamente, una valoración de fuentes, entre las cuales puede estar, la recuperación memorística de un sujeto o de una colectividad.

En la época moderna, particularmente durante el siglo XIX, las comunidades histórico-científicas de filiación positivista enfatizaron las diferencias entre memoria e historia, haciendo prevalecer a esta última. La memoria, afirmaban, respondía a sociedades arcaicas y primitivas, que reiteraban incesantemente la tradición. La historia, al menos la vertiente que se ostenta como hija de la modernidad, se reconocía como una operación intelectual que rescata, organiza y analiza el pasado tal como fue, siempre de forma profesional.

Se afirmaba que la memoria enraizaba en lo estático o inmóvil cuya forma paradigmática era el mito, o también, en una vulnerable relación del recuerdo y del olvido abierta a inconscientes deformaciones y a la manipulación. La memoria era, pues, un fenómeno perpetuamente actual en una sociedad que ata a sus miembros al eterno presente. La historia, en cambio, empieza a ser entendida como la representación del pasado en un discurso que busca liberarse de la subjetividad, justo porque aspira a la veracidad. En la sociedad memorística, señalaban, los hechos se acomodan de forma tal que expresan no la novedad sino el pasado eternizado y parcial del sujeto.

En cambio, la historia –entendida como disciplina–, dado su inherente carácter histórico, es identificada con la movilidad, con el cambio que caracteriza el devenir. El historiador aborda el vehículo del cambio susceptible de entenderse racionalmente. Con la aparición de la distancia temporal, de esa mediación que separa al historiador de los vestigios del pasado (un testimonio, un documento, un fragmento arqueológico) nos desplazamos del campo de la memoria al de la historia, porque los vestigios no son el pasado en sí, sino el puente que nos permite vislumbrar como fue ese pasado. La historia es una producción intelectual que llama al análisis y a la crítica.<sup>186</sup> En cierta forma, lo anterior se debía a la aspiración de las ciencias sociales en general, y de la historia en particular, de eliminar de su discurso los juicios de valor. Había que buscar la verdad, quitando, entre otras cosas, la hojarasca memorística.

Sin embargo, me parece que esta postura que busca contrastar apologeticamente a la historia en detrimento de la memoria parte de un supuesto que es susceptible de revisión. El espacio donde opera dicha revisión es lo que yo he llamado *esfera de la memoria histórica*. Éste puede expresarse en el hecho de que no todas las *memorias* pretenden ser absolutas e inamovibles, ni todas las concepciones históricas otorgan un óptimo lugar a la revisión crítica. Hay *memorias* que, sobre todo en la época contemporánea, buscan ser reconocidas y reivindicadas (las de los grupos en situación de vulnerabilidad o las víctimas, por ejemplo), justamente por no haber respondido, como se esperaba que lo hicieran,

---

<sup>186</sup> Nora, Pierre, "Between Memory and History: *Les Lieux de Memoire*", en *Representations*, No. 26, University of California, Primavera de 1989, p. 8.

ante discursos del pasado pretendidamente absolutos. Es el caso de las comunidades indígenas cuya memoria ha sido colocada en un estrato oculto, debajo de la historia nacional. Y esta última expresará también, el caso de un discurso histórico que aspira a expresarse en un discurso absoluto, como toda “historia oficial” donde la posibilidad de innovar en las perspectivas del pasado busca nulificarse. En estos casos, la valoración originaria de Le Goff resulta al menos acotada, pues las memorias reivindicativas resultarían dinámicas, en la medida que buscan su reconocimiento. Por otro lado, en las *historias oficiales* hay un elemento estático que busca, por tanto, callar las interpretaciones disidentes del pasado.

Por otro lado, la oposición tampoco es tan radical si aceptamos que memoria e historia no suponen discursos necesariamente excluyentes. Así resulta, si recordamos que la memoria puede erigirse como fuente de la historia, y por tanto, es susceptible de ser contrastada con otros testimonios del pasado, en aras de conformar una reconstrucción de lo pasado correspondiente con la realidad pretérita.

Tal vez uno de los puntos problemáticos sea el hecho de que en el caso de la historia, el observador, forma parte él mismo de la sociedad observada. Es decir, comparte una misma identidad con el objeto de estudio. El historiador es un ser humano. Ello tiene múltiples consecuencias, entre otras, que no se puede tratar a los humanos como animales de laboratorio.<sup>187</sup> De hecho, el objeto de estudio puede ser capaz de convertirse en un interlocutor, y apoderarse a su vez de la palabra. Justo esto es lo que ocurre con la memoria. Ésta, que puede ser una fuente de la historia, es la voz del objeto de estudio, y al mismo tiempo, el interlocutor en un diálogo entre presente y el pasado. Al final, este diálogo resulta tener como dialogantes un discurso histórico creado en el presente (aunque sobre *lo pasado*) y un discurso memorístico que, al fungir como fuente o vestigio se torna en una huella del pasado en el presente.

Y es justo porque en la disciplina histórica el sujeto y el objeto del discurso coinciden (es el ser humano) que se torna por demás problemático pretender

---

<sup>187</sup> Todorov, Tzvetan, *Las morales de la historia*, trad. de Marta Beltrán Alcazar, Barcelona, Paidós, 1993, p. 20.

alcanzar una verdad aséptica. En esta línea, Todorov señala, y aquí toma distancia de Marc Bloch, que la existencia humana está impregnada de valores, y que por tanto, querer expulsar de las ciencias humanas cualquier relación con los elementos axiológicos resulta ser una tarea inhumana.<sup>188</sup> Si Bloch pretende desembarazarse de la “manía de enjuiciar”, Todorov responde que las ciencias humanas y sociales mantienen una relación necesaria con la moral, ya que ésta es intrínseca al observador. No deja, sin embargo, de aclarar que ello no supone que las categorías morales se confundan con la disciplina social. También señala que esta relación no quiere decir que la tarea de las ciencias sociales sea ayudarnos a hacer a los hombres tal como *deben ser*, antes que darnos a conocer como *son*.

Las reservas que Todorov trae a cuenta, me parecen cercanas al ejercicio de comprensión que, ya en la primera mitad del siglo XVIII, había expresado Giambattista Vico en su reivindicación de las humanidades ante la postura que colocaba a las ciencias naturales como paradigma de conocimiento cierto y veraz y en donde el elemento humano resultaba depurado. Vico responde ante este dogma que la validez de todo conocimiento verdadero, sólo se puede demostrar comprendiendo su desarrollo histórico, esto es, que los únicos objetos que podemos conocer auténticamente son los que hemos creado. En ese sentido, conocimiento es autoconocimiento porque lo que se conoce son actividades donde los sujetos cognoscentes son autores.<sup>189</sup> Así, para conocer los motivos, los miedos, los propósitos conscientes e inconscientes del sujeto que recuerda, es decir del agente de la memoria, es necesario que el sujeto cognoscente se reconozca como un semejante de aquel. Es decir, que el historiador –que otra ciencia, sino la historia tiene como objeto y sujeto al hombre-, se vea a sí mismo como objeto de la historia. Que recuerde que él, tanto como el agente de la memoria son seres sujetos a la historicidad. Esta es la garantía para conocer *como son*, más que *como deben ser*. En este caso, la memoria deja, incluso, de ser una imagen mítica ajena y se convierte en *memoria histórica*.

---

<sup>188</sup> *Idem*.

<sup>189</sup> Berlin, Isaiah, *Vico y Herder. Dos estudios en la historia de las ideas*, trad. de Carmen González del Tejo, Madrid, Cátedra, 2000, p 56.



El pasado humano no es sino el objeto de la disciplina histórica. Así también, la memoria no es la historia, sino uno de sus medios que, al ser tomada para su valoración por la ciencia histórica, guarda ya en sí, un contenido valorativo que da un perfil determinado a la elaboración histórica. En este caso, la memoria deja de ser una imagen mítica ajena y se convierte en memoria histórica.

Por memoria histórica entiendo pues una síntesis compleja, una noción híbrida que busca conformar un discurso histórico comprensivo de la singularidad de un pasado cuyo autor es semejante al sujeto cognoscente, y que, reconociendo la subjetividad implícita en el ejercicio memorístico, aspira a tenerla como punto de partida para alcanzar su comprensión sin negar su subjetividad, esto es, sin pasar por alto la humanidad que les es común. La *memoria histórica* vincula lo humano de la memoria y lo preliminar del discurso histórico. Busca hacer viable, un discurso histórico abierto a la indeterminación humana, es decir, busca dar forma a un discurso que no haga de su objeto de estudio un instrumento.

Aunque la memoria histórica toma como base a la historia como disciplina, no considero que sean equivalentes. Aquella tiene un propósito que trasciende el interés cognitivo en sí. Dado que reconoce una base comprensiva entre el sujeto cognoscente y el sujeto cognoscible (que es su historicidad misma) da lugar a la posibilidad de generar categorías de ejemplaridad que permitan construir un fundamento concreto a los derechos humanos.

Sin embargo, ello supone reconocer que la modernidad —y una de sus expresiones, la historia en su concepción de disciplina positiva— olvidó la existencia de muchas memorias. Tomó una sola *memoria*, a la que llamó *Historia*, y excluyó a las memorias que no respondían a su paradigma de lo que *debe ser conocimiento histórico*. Al no constar en fuentes, al guardar silencio, se concluyó que otros pasados no existían o no eran posibles. Vincular la memoria histórica y los derechos humanos implica recuperar esas memorias, y con ello, traer al presente, la cuestión de la barbarie humana cuyo rescate memorístico tiene como propósito recordar a las víctimas de la misma, y enriquecer una idea de la historia —esta vez, no como disciplina, sino como pasado que deviene— a partir de las tesis de Walter Benjamin.

### **2.1.2 Memoria y Barbarie**

Juntar las nociones de memoria y barbarie supone, por lo menos, movernos entre las fronteras de la filosofía de la historia y de la filosofía moral. Concretamente, dicha aproximación parte de la necesidad de *rescatar* del olvido a aquellas personas que *no tienen una historia reconocida*, aunque sí una *memoria*, por no pertenecer al grupo social que pone las pautas del recuerdo. Dicho acercamiento se sustenta en dos cimientos: el ejercicio de la crítica hacia los discursos históricos inducidos al silencio ante eventos de barbarie y el deber, impulsado desde la esfera ética, por la necesidad de no olvidar a las víctimas del pasado. Con ello se busca evitar, que la condición de estas últimas sea vista como algo ajeno a la vida propia, o bien, como un reducto inevitable de la dinámica histórica. Forjar un imperativo de recuerdo de las víctimas o de los olvidados de la historia, criticar las condiciones que alimentaron las situaciones que les dieron origen y evidenciar las injusticias pendientes, son elementos que, a mi juicio, abren la puerta para la noción de memoria histórica que he sugerido en el punto anterior.

Para lograr lo anterior, me parece prioritario, cuestionar la vigencia del perfil moral del hombre forjado en la Ilustración. Ello supone descubrir y comprender, por ejemplo, las condiciones que hicieron posibles acontecimientos del pasado caracterizados convencionalmente como crímenes hacia la humanidad. Evitando con ello, que la dramática afirmación de Theodore Adorno tome vida: “La barbarie persiste mientras persistan substancialmente las condiciones que nutrieron aquella recaída”.<sup>190</sup>

Es precisamente el rescate memorístico-histórico de estos acontecimientos el que rompe, me parece, con el optimismo compartido por las filosofías de la historia que creen firmemente en un movimiento o devenir histórico dirigido por una hipotética idea de *progreso*. La conciencia que la sociedad tome de esos acontecimientos permitiría revisar críticamente las posturas que afirman un futuro, que por el sólo hecho de ser futuro, sostienen algunos, es mejor que el pasado, ignorando con ello que la barbarie puede adoptar nuevas formas, algunas incluso más sofisticadas. En otras palabras, la recuperación de dichos acontecimientos

---

<sup>190</sup> Adorno, Theodore *apud* en Zamora, José Antonio, *Theodore. W. Adorno. Pensar contra la barbarie*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p.15.

evidencia que la *idea de civilización*, esencial en el pensamiento ilustrado no es ajena a expresiones de barbarie.

Lo que quiero destacar aquí es que la idea de la historia como proceso que conduce al hombre hacia la emancipación y a la autonomía arroja en sí contradicciones que sólo revisando el pasado, rescatando del olvido a los vencidos, pueden dar un nuevo sentido a la condición humana. Una condición fundada en la crítica dirigida hacia una racionalidad pretendidamente absoluta atribuida al hombre; una condición humana fincada en la crítica a una razón moderna que ha engendrado, una idea de derechos humanos que, paradójicamente, es capaz de crear sus propias víctimas.

La Escuela de Frankfurt ha sido una de las corrientes filosóficas más incisivas en la crítica a *las luces* del pensamiento moderno. *La Dialéctica de la Ilustración* de Theodore Adorno y Max Horkheimer es punto de partida en ese sentido. Dichos autores sostienen que la explicación del mundo por medio de mitos –los cuáles son objeto de crítica por parte de la concepción filosófica ilustrada- presupone ya la razón que la Ilustración misma, en su afán por desencantar al mundo había buscado que fuera su patrimonio exclusivo. Pero en un efecto inesperado, advierten, la Ilustración, al oponerse a los mitos, se opuso también a sí misma, es decir, los pensadores ilustrados no se percataron de que razón y mito, más que oponerse, se corresponden.

El programa de la Ilustración era el desencantamiento del mundo. Pretendía disolver los mitos y derrocar la imaginación mediante la ciencia (...) El desencantamiento del mundo es la liquidación del animismo (...) Pero los mitos que caen víctimas de la Ilustración eran ya producto de ésta. En el cálculo científico del acontecer queda anulada la explicación que el pensamiento había dado de él en los mitos. El mito quería narrar, nombrar, contar el origen: y con ello por tanto representar, fijar, explicar.<sup>191</sup>

De acuerdo con dichos autores, en los mitos late ya la aspiración del dominio del mundo por medio de una explicación. Dicha aspiración es también evidente en la racionalización típica de la Ilustración que quiso ser, simultáneamente, un proceso liberador. Sin embargo, tal pretensión estuvo viciada

---

<sup>191</sup> Horkheimer, Max y Adorno Theodor W., *Dialéctica de la Ilustración*, 4ª ed. Tr. De Juan José Sanchez, Madrid, Trotta, 2001, pp. 62 y 63.

desde el principio. En efecto, si el mito es ya Ilustración, la otra cara de la moneda es que la Ilustración recae en mitología: “en el camino de la ciencia moderna los hombres renuncian al sentido”.<sup>192</sup> La Ilustración misma ha caído víctima de su propia lógica. En otras palabras, si lo que pretendemos es disolver y derrotar a los mitos, hay que empezar por *desmitificar* a la razón, valor esencial de la Ilustración. La experiencia racional que no es objeto de *desmitologización* desembocaría en la pretensión de que el *pensamiento racional* no se decapita a sí mismo. Pero esto, justamente, podría generar la idea de un mundo donde el sufrimiento existente se banaliza en aras de la razón misma. El camino histórico cuyo fin, para los ilustrados, es la consolidación de la razón humana, justificaría, con dicha meta, el sufrimiento de muchos. Dicho sufrimiento se tornaría superfluo, se subordinaría al sentido inevitable de la historia, en aras de alcanzar en el futuro la soberanía de ese nuevo mito: *la Razón*.

La Ilustración, en el ejercicio del autodenominado proceso liberador, barrió a los competidores que buscaban explicar el mundo por vías alternas a la razón. Pero ello no fue suficiente para construir una legitimidad incuestionable de sí misma, pues pasó por alto contradicciones que, persistentes en ciertos estratos históricos, con cierta regularidad hacen eclosión. Los países pobres, por ejemplo, están hundidos en el círculo de la miseria, su acceso al mundo *desarrollado* (esta última categoría es típica del discurso moderno) ha adoptado formas o dinámicas (explotación, exclusión, discriminación) que perpetúan su condición. El llamado proceso de modernización tiene un lado que es pasado por alto en los discursos apologéticos de sí mismo: señala incisivamente las expresiones de inhumanidad y barbarie en los otros, pero no se percata que éstas guardan también una relación profunda con el proyecto de la Modernidad.

Me parece que han sido las filosofías de la historia que abrigan la idea de progreso las que han desplegado un discurso que busca inmunizar a la Modernidad ante la crítica que ella misma ha erigido como juez de un mundo al que pretende despertar del sueño dogmático. La convicción que ve a la historia como un proceso identificado con el progreso, genera que el calificativo de

---

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 64

“bárbaro” sólo sea aplicable a los “otros”, es decir, a aquellos que no han “superado” aún un supuesto estadio temporal destinado a quedar atrás cuando las luces de la modernidad iluminen esas regiones marginales.

Esta estrategia ha permitido invisibilizar las formas de barbarie inherentes a la modernidad. De hecho, como sostiene Antonio Zamora, ha permitido “identificar y estigmatizar a grupos sociales dentro de las sociedades industrializadas, objeto de procesos de exclusión, explotación o exterminio (...), ha permitido legitimar la lucha, en muchos casos exterminadora contra formas definidas previamente como bárbaras...”. En ello, los medios empleados y los efectos generados sobrepasan la barbarie originalmente atribuida a los *incivilizados*.<sup>193</sup> También puede haber una *barbarie civilizada*.

El vínculo entre modernidad y barbarie tiene una amplia base empírica: los procesos de colonización, los costos humanos en el proceso de industrialización, la explotación y enajenación derivadas de sistemas de producción capitalistas, los genocidios de la modernidad, la discriminación de los diferentes, la esclavitud moderna expresada en la comercialización del cuerpo, etc. Paradójicamente, persiste un discurso donde, de forma implícita se sostiene que el *bárbaro*, esto es, el primitivo, el inculto, el agresivo, no puede ser sino *el otro*.

En este punto la memoria es significativa. Los “procesos de civilización”, sostiene Michael Löwy, tienen un lado oscuro que la historia no siempre muestra en toda su magnitud.<sup>194</sup> En efecto, si se habla de barbarie de las tribus salvajes, también se puede hablar de actos sistemáticos de barbarie cometidos por sociedades “civilizadas”, o bien, en nombre de la civilización. Los ejemplos no son pocos: invasiones preventivas, diferentes modalidades de tráfico de personas, limpiezas étnicas, etc.

El rescate de ese pasado que el proceso civilizatorio quisiera olvidar –o pasar por alto- implica romper no sólo con la idea de progreso ininterrumpido e inevitable, sino también, con una particular noción de ser humano identificado como agente de la razón. Supone, igualmente, dar una significación particular a

---

<sup>193</sup> Zamora, José Antonio, *op. cit.*, p. 23.

<sup>194</sup> Löwy, Michael, “Las formas modernas de la barbarie”, en *Metapolítica*, México, Núm. 28, Vol. 7, marzo/abril 2003, p. 40.

ese otro lado de la civilización. Permite ejercer la memoria histórica sobre actos que, más que ser “recaídas en la barbarie” o “regresión al pasado primitivo” – nociones que sugieren la existencia de estadios donde la barbarie se aleja progresivamente de un presente mejor-, son sobre todo, expresión de una barbarie constante, recurrente y adaptable al devenir histórico.

Veamos a continuación uno de los episodios más visibles, históricamente hablando, donde convergen memoria histórica y barbarie civilizada: el Holocausto. La experiencia de los campos de concentración ha sido objeto de reflexión continua. Sin embargo, me parece que el genocidio judío no es plenamente comprendido si se le quiere encuadrar como una “recaída en la barbarie” o “regreso al primitivismo”. Dichas perspectivas pasarían por alto los elementos modernos que convergieron en el genocidio judío. Veamos algunos de éstos. Comenzaremos con el uso de la técnica, la generación de una burocracia y la justificación en el proceso sistemático y racional de eliminación humana.

1) El uso de la técnica. De acuerdo con Todorov, la creación de las cámaras de gas, tuvieron como uno de sus objetivos, impedir el surgimiento de cualquier sentimiento humanitario dirigido hacia las víctimas. Se afirmaba que el método de fusilamiento habría causado estragos en los posibles verdugos. La máquina reemplazó al hombre particular. Había demasiadas “piezas” a matar como para conformarse con el lento método de fusilamiento. El uso de la técnica permitiría, no sólo evitar un contacto penoso, sino también, aumentar la eficacia.<sup>195</sup>

En el mismo tenor, se puede sostener que la técnica se sustenta en el *afán de dominio*. Horkheimer señala que dicho afán es una enfermedad que afecta a la razón, que además, no debe ser entendido en el sentido de haberla afectado en un momento histórico determinado, sino “como inseparable de la esencia de la razón en la civilización”. La enfermedad de la razón tiene su origen en el deseo del hombre de dominar la naturaleza. La “curación” –continúa Horkheimer- “depende del conocimiento de la esencia de la enfermedad originaria, no del tratamiento limitado a los síntomas.” Así, al ser la razón el instrumento de dominio de la naturaleza humana, operó una conversión de la naturaleza en objeto. Los campos

---

<sup>195</sup> Todorov, Tzvetan, *Frente al límite*, trad. de Federico Álvarez, México, Siglo XXI, 2009, p. 140.

de concentración son una manifestación de “la locura colectiva” ya contenida en el origen de la primera objetivación.<sup>196</sup>

El diagnóstico de Horkheimer conduce a una paradoja inesperada. Al ser el afán de dominio parte esencial de la idea de razón, se privaría a ésta de su potencial emancipador. Sin embargo, es el propio Horkheimer el que acota este aserto cuando afirma que el afán de dominio no es un determinismo histórico, sino un proceso histórico que puede virar de dirección.

2) La existencia de un aparato burocrático en el manejo de los campos de exterminio. La aspiración a la profesionalización de la burocracia es paralela al surgimiento del Estado moderno. De esta forma, a partir del siglo XVI se hace imprescindible la constante presencia de un cuerpo burocrático en la administración de los roles típicamente atribuidos al Estado. Papel fundamental jugó la burocracia militar en la consolidación del Estado ante otras potencias, lo que además supuso, una carga económica que impulsó la optimización de aparatos fiscales que permitieran la obtención de recursos para los salarios de un cuerpo miliciano permanente y que se constituyó como otro elemento base en la gestación de dicha entidad política.<sup>197</sup>

Ahora bien, es cierto que no toda sociedad políticamente organizada, con un aparato burocrático consolidado permite que se realicen crímenes contra la humanidad. Para algunos autores, como Todorov, el punto de partida para la existencia de éstos es el carácter totalitario de ciertas sociedades. Siguiendo a este autor, se puede afirmar que los Estados totalitario nutren la idea del enemigo interno, lo que conduce a la convicción de que hay que eliminarlo. En la medida en que el Estado da forma a los fines sociales, el individuo se ve deshumanizado. La determinación de la medida del bien y del mal es facultad estatal, no de la conciencia del sujeto. Es el Estado el que trata de controlar la vida social del individuo, eliminando a la oposición.<sup>198</sup>

---

<sup>196</sup> Horkheimer, Max, *Crítica de la razón instrumental*, trad. de Jacobo Muñoz, Madrid, Trotta, 2002, p. 179.

<sup>197</sup> Al respecto puede verse el ya clásico estudio: Anderson, Perry, *El Estado Absolutista*, trad. de Santos Julia, México, Siglo XXI, 2002.

<sup>198</sup> Todorov, Tzvetan, *op. cit.*, pp. 141 y ss.

Lo anterior resulta de especial importancia para quienes integran el cuerpo burocrático, porque les permitirá atenuar la responsabilidad individual sobre las decisiones que supongan la eliminación del “enemigo”. Su pensamiento y su conducta se tornan instrumentales. Así, los empleados o funcionarios responsables de los crímenes en el Estado totalitario razonan que los fines estatales son superiores y justifican cualquier proceder. Su criterio de moralidad proviene de un agente externo. De hecho, en buena medida, su defensa se fundó en este factor. La causa de los crímenes totalitarios, se sostenía, no estaba en los individuos, sino en el régimen político.<sup>199</sup>

Las fuerzas del Estado totalitario requieren de “seres humanos” que, integrados en la burocracia, permitirán imponer la voluntad de aquél. Esto supondría desvirtuar la esfera moral de los citados empleados a grado tal que, sea posible en el marco de la mentalidad totalitaria, obedecer órdenes criminales, sin que ello implicara, a sus ojos, cometer un crimen. Todorov lo explicita de la siguiente forma:

En uno de los extremos de la cadena (burocrática) estaba, digamos, Heydrich: su sueño no era perturbado por los millones que morían, no vio jamás ninguna faz sufriente, manejaba grandes cifras inodoras. Seguidamente viene el policía, digamos, francés: su tarea es enteramente limitada, él marca a los niños judíos, después los dirige hacia un campo de reagrupamiento donde son dejados a cargo del personal alemán; no mata a nadie, sólo ejecuta una acción de rutina: arresto, expedición. Eichmann entra entonces en escena: su trabajo, según él, es puramente técnico, consiste en asegurar que un tren parta de Drancy el 15 y llegue a Auschwitz el 22; ¿dónde está el crimen dentro de esa línea? Después interviene Hoess: él da órdenes para que se vacíen los trenes y para que se dirijan a los niños a la cámara de gas. En fin, último eslabón: un grupo de detenidos, el comando especial, empuja a las víctimas a las cámaras y arroja adentro el gas mortal; sus miembros son los únicos que matan con sus propias manos (y según se mire), pero se trata en su caso, con toda evidencia, de víctimas y no de verdugos.<sup>200</sup>

Como se observa, cada uno de los elementos de la cadena no asume la responsabilidad de lo que en realidad se está realizando. Esto le imprime un rasgo

---

<sup>199</sup> Es aquí donde suele fincarse uno de los puntos que inyectaron nueva vitalidad al iusnaturalismo: la distinción entre culpabilidad legal (que no tenía sustento en el derecho del Estado) y la responsabilidad moral cuyo sustento derivaba necesariamente de fuentes ajenas al poder estatal. Con esto último, se buscaba no eliminar la esfera de responsabilidad individual reivindicando la afirmación de que sólo se seguían órdenes. He aquí otra novedad de los crímenes totalitarios: obedecer órdenes era considerado como una manera de reducir la responsabilidad penal, puesto que cada orden se considera sagrada.

<sup>200</sup> Todorov, Tzvetan, *op. cit.*, p. 181.



totalmente nuevo al crimen que se estaba cometiendo. Si la responsabilidad de los agentes que realizan la acción se diluye en el continente burocrático, entonces se banaliza el problema moral que subyace, y por tanto, cometer el crimen se torna más sencillo.

3) La justificación. Por absurdo que pudiera parecer había una justificación pretendidamente “racional” de la llamada “solución final”. La defensa de Eichmann buscó que la *solución* que tenía lugar en las cámaras de gas fuera visualizada como un acto de eutanasia justificada como un proceder menos violento si se le compara con una eliminación más directa como se suponía era disparar frente a frente a los judíos. Si el aparato burocrático tenía la misión de matar, era importante hacerlo rápido y sin dolor. Lo peor, se afirmaba, no era matar, sino causar dolor innecesario.

Hanna Arendt señala que suele pasarse por alto que el exterminio por medio de las cámaras de gas nació como una derivación del programa de eutanasia de Hitler donde se concedía a los enfermos incurables “el derecho a una muerte sin dolor”.<sup>201</sup> En un juego hábil se sustituyó la palabra “asesinato” por el de “derecho de la víctima a una muerte sin dolor”. Martínez de la Escalera señala que con ello se engañó y se ocultó la naturaleza de dicho crimen, justificando no sólo el actuar de los asesinos, sino también, hizo creíble dicha solución para los judíos a grado tal que, la propia Arendt, insinuó el colaboracionismo de grupos judíos. En el proceso de justificación, la mentira colectiva fue una experiencia claramente performativa, cuyo espacio de acción era, como los tiempos modernos demandan, el espacio público, es decir, la esfera política.<sup>202</sup>

Dentro del campo de la justificación, va implícita la cuestión de la deshumanización de las víctimas. Los seres humanos individuales son reducidos a instrumentos para la realización de un proyecto político más amplio: la nación. El ser humano es un medio, un elemento de un proyecto que trasciende a los individuos. Las víctimas cargan con dicha despersonalización de manera

---

<sup>201</sup> Véase Martínez de la Escalera, Ana María, “La mecánica del genocidio: mentira y banalidad del mal”, en *Metapolítica*, México, Núm. 28, Vol. 7, marzo/abril, de 2003, p. 60.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 61.

particular. Dejan de ser seres humanos. No se les llama víctimas, sino “piezas”, “la carga” o “tratados”.

Así es que para algunos pensadores surge un deber al momento de estudiar estos sucesos. El de rescatar del olvido a las víctimas de ese rostro no manifiesto de la barbarie civilizada. Por ejemplo, Tzvetan Todorov señala que una vida “no es vivida en vano si queda de ella una señal, un relato que se añade a las innumerables historias que constituyen nuestra identidad [...]. Los relatos del mal pueden producir el bien.”<sup>203</sup> De ahí, una demanda figurada de los muertos a los vivos: para evitar los campos, para que la vida conserve su sentido hay que recordar y contar.

Un aspecto importante en los pensadores que han estudiado a la barbarie y su puesta en evidencia por la memoria es la cuestión de la *esperanza*. El propio Horkheimer es paradigmático en ese sentido. Al hacer su crítica de la razón instrumental, más que expresar una pérdida de confianza en la razón ilustrada o en el poder emancipador de la misma, dicho autor evidencia más una “urgencia” por acabar con el sufrimiento de las víctimas, situación matizada por la dramática “irreparabilidad” de la felicidad perdida. “La injusticia pasada no puede ser reparada. Los sufrimientos de las pasadas generaciones no encuentran ninguna compensación”.<sup>204</sup> La injusticia pasada, al haber sido realizada, está ya concluida, y no hay posibilidad de redención, es ya irreparable. La visión de la historia que propone es la de la historia desde la perspectiva de las víctimas, que reconoce en la idea del progreso el oneroso precio que paga un sector de la humanidad. Penetrar en la raíz de dicho sufrimiento, conduce a arrancar el secreto a la sociedad que lo genera y multiplica indefinidamente, el secreto que nos permite comprender el por qué la razón pierde su potencial emancipatorio y, en cambio, conduce a la barbarie, a la preponderancia de la injusticia y, por tanto, del olvido de aquellos que no se pudieron subir al tren del progreso. Pero para éstos últimos, diría Horkheimer, el sufrimiento y la injusticia están irremediabilmente consumados.

---

<sup>203</sup> Todorov, Tzvetan, *op. cit.*, p. 103.

<sup>204</sup> Citado en Sánchez, Juan José, “Quebrar la lógica del dominio. Actualidad de la crítica de Horkheimer a la razón”, en Max Horkheimer, *Crítica de la razón instrumental*, *op. cit.*, nota 19, p. 16.

La anterior convicción es la que separa a Horkheimer de otro de los pensadores axiales para comprender el siglo XX: Walter Benjamin, autor para el que rescatar el pasado supone el derecho a la justicia, un derecho que va de la mano con la necesidad de dotarse de un sentido donde están incluidos “todos”, y en ese todos, también están las víctimas del pasado, los muertos.

### **2.1.3 Idea de la historia en Walter Benjamin**

La pertinencia de recurrir a la idea de la historia de Walter Benjamin es porque a mi juicio permite darle un sentido a la recuperación memorística de las víctimas, con vistas al futuro. Como veremos a lo largo de este punto, Benjamin advierte que la historia es un devenir mucho más complejo que la mera consolidación, necesaria según algunos pensadores, de una idea particular de progreso. Al enfatizar la línea oscura del devenir histórico, es decir, la versión de las víctimas, permite dar una visión más global de la barbarie expresada en el transcurso del tiempo. Ello aportaría elementos para sustentar más adelante, una propuesta de construcción de los derechos humanos.

Como ya señalé en el punto anterior, para Max Horkheimer –influencia indudable en el pensamiento de Benjamin- ningún futuro podría reparar lo ocurrido a las víctimas de las injusticias cometidas en el pasado, pues la injusticia sufrida, al estar consumada y cerrada, sólo podría ser abolida en la esfera de la conciencia humana, es decir, Horkheimer está convencido que no hay ni habrá lugar para la reparación del daño.<sup>205</sup> Benjamin, por su lado, no comparte del todo esta postura. Para él, como veremos enseguida, hay una cualidad teológica redentora capaz de anular el sufrimiento pretendidamente definitivo de las víctimas del pasado. La rememoración, en su opinión, permite iluminar a los que murieron en la obscuridad. Si el pasado fue injusto con algunos, entonces la memoria los puede rescatar, y con ello, hacer justicia.

Pero para el autor de las *Tesis de filosofía de la historia* las víctimas merecen más que una simple rememoración de sus sufrimientos. En realidad, advierte, ellas *esperan* de nosotros, los habitantes del presente, la reparación de

---

<sup>205</sup> Véase, 2.1.2 Memoria y barbarie.

esas injusticias pasadas. Ello supone que, para este autor, toda generación *presente* tiene a su cargo una misión asignada por las generaciones pasadas: el de la redención mesiánica y revolucionaria. Lo anterior no quiere decir que para Benjamin haya un mesías divino propiamente dicho. Al contrario, afirmaría que, cada generación tiene una parte de poder mesiánico que debe ejercer para sacar de la desolación a los sectores humanos oprimidos en tiempos pretéritos: “Hay un secreto acuerdo entre las generaciones pasadas y la nuestra. Hemos sido esperados en la tierra. A nosotros, como a las generaciones que nos precedieron, nos ha sido dada una débil fuerza mesiánica sobre la cual el pasado tiene un derecho.”<sup>206</sup> Se trata, pues, no sólo de sacar del olvido a los caídos, sino también de transformar el presente consumando la emancipación. Algunos autores, al comentar este rasgo de Benjamin han señalado que “la redención es una tarea revolucionaria que se realiza en el presente”.<sup>207</sup> O en el mismo sentido, que “el conocimiento verdadero [...] tiene que ser redentor, en el sentido de que reconoce también a las víctimas el derecho a la felicidad que no lograron”, en donde el deseo frustrado sólo se convertirá en momento de felicidad si es redimido de su frustración.<sup>208</sup>

De esta manera, la perspectiva de Benjamin genera un contraste importante con las filosofías de la historia características de la modernidad que hacen de un futuro promisorio el factor que justifica las desgracias del pasado y del presente. Todo lo que ocurría (incluyendo las expresiones de barbarie) respondía a un *sentido histórico*. Las ruinas del pasado y del presente no eran absurdas para dichas filosofías, sino que eran la adecuación de un camino para un futuro mejor. Benjamin, en cambio, reconoce la existencia de un *querer ser* que no se consolidó, que fue frustrado, un pasado posible que nunca germinó, un

---

<sup>206</sup> Benjamin, Walter, “Tesis de filosofía de la historia”, en *Ensayos escogidos*, trad. H. A. Murena, México, Ediciones Coyoacán, 2001, p. 43.

<sup>207</sup> Véase, Löwy, Michael, *Walter Benjamin. Aviso de incendio*, trad. Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, pp. 57 y ss.

<sup>208</sup> Mate, Reyes, *Medianoche en la historia. Comentarios a las tesis de Walter Benjamin*, Madrid, Trotta, 2006, p. 54.

presente ausente. Reconocer ese ser truncado, afirma, implica reconocer el derecho a esa felicidad potencial a ser redimida.<sup>209</sup>

Para Benjamin no hay un progreso continuo en la historia. Al contrario, el pasado resulta discontinuo por aquello que quedo trunco, y que sólo una “débil fuerza mesiánica” de la generación presente puede redimir. Esto se funda, diría Benjamin, en el hecho de que el presente se sustenta en las espaldas de las víctimas. Para conocer nuestro presente, hay que recordar esas muertes comúnmente olvidadas.

Así, me parece que la idea de la historia en Walter Benjamin se caracteriza por ser integradora pues necesariamente la redención exige la rememoración *íntegra* del pasado. Como dice en su tesis III sobre la filosofía de la historia: “El cronista que numera los acontecimientos sin distinguir entre los pequeños y los grandes tiene en cuenta la verdad de que nada de lo que se ha verificado está perdido para la historia”.<sup>210</sup> En la vista al pasado, Benjamin no distingue entre individuos “grandes” y “pequeños”. Sí en cambio, señala que el olvido de éstos últimos impide la liberación. La integralidad es, en dicha propuesta, la garantía de que estamos ante una auténtica historia universal, y no una historia sólo de los grandes, o como suele decirse, de los vencedores. Incluye lo que tradicionalmente ha sido excluido por la “falsa universalidad” que no repara en los destinos particulares sacrificados por las grandes construcciones de la historia.<sup>211</sup>

Si la historia se manifiesta como una sucesión de victorias, necesariamente tendremos una sucesión de derrotas. Una clase dominante, supone clases subordinadas. Así, a la historia concebida como “progreso” ya sea hacia la libertad, ya hacia el gobierno de la razón, Benjamin evidencia el lado de los vencidos. Cada nueva lucha de los que están en desventaja social o económica

---

<sup>209</sup> Es en ese sentido que Reyes Mate considera que el pasado no es jurisdicción exclusiva de la historia, sino también de la “recordación”, es decir, la memoria de ese ser posible frustrado, abre expedientes que la historia da por cerrados cuando no constan en fuentes. Es la memoria de las injusticias pasadas la que permite no insensibilizarse ante las víctimas que demandan –como se ha señalado- por la redención. Véase, Mate, Reyes, *op. cit.* p. 75

<sup>210</sup> Benjamin, Walter, *op. cit.*, p. 44.

<sup>211</sup> La expresión “falsa universalidad” es utilizada para designar un tipo de universalidad reaccionaria, que enmascara su realidad particularista con ropajes universalistas. Véase, Mate, Reyes, *op. cit.*, p. 87.

cuestiona la dominación presente que es producto de las victorias del pasado a partir de la rememoración de los derrotados.

Lo anterior permite que la valoración del pasado tampoco sea definitiva y estática. Benjamin se distingue del modelo totalitario en que no pretende crear un monopolio de la verdad histórica susceptible de imponerse para siempre a la sociedad. En cierta forma señala que la *verdad histórica* no es inmutable, ni está petrificada. Al contrario, su imagen es fugaz. Beatriz Sarlo lo sintetiza con las siguientes palabras: “su filosofía de la historia es una reivindicación de la memoria como instancia reconstructiva del pasado.” Y agrega más adelante, refiriéndose claramente a la manera positivista de hacer historia que, los llamados “hechos” de la historia son un “mito epistemológico” que anula la posibilidad de alcanzar la verdad, pues ata los mencionados hechos a un relato claramente dirigido a un fin claro: el del progreso.<sup>212</sup>

Para los historicistas, objeto central de la crítica benjaminiana y cuya figura emblemática es el historiador Ranke, la verdad del pasado siempre está “ahí”, a la espera de que el historiador llegue y la explicita. Para Benjamin no hay tal seguridad pues el pasado es un ámbito desconocido que sólo estará ahí por un instante. La imagen fugaz tiene que quedar grabada en el presente que ha reivindicado aspectos desconocidos del pasado. Sólo así se salva éste en su integridad. Lo anterior quiere decir que la realidad del pasado se manifiesta al ser humano del presente en una conexión dialéctica. Un pasado incuestionado, dogmático no permitiría esta interacción y se constituiría, diría Benjamin, en la palabra del vencedor. Trascender la palabra del vencedor implica sacar a la luz el sentido oculto del pasado (lo que es el acto de redención propiamente dicho) y con ello, darle realidad al presente posible. El presente es iluminado por el pasado huidizo.

Las tesis de Benjamin dejan en claro su rechazo por la concepción positivista de la historia, representada clásicamente por el siguiente paradigma: la tarea del historiador es representar el pasado *tal como fue realmente*. La razón de dicho rechazo recae en la convicción de que la referencia a los “hechos reales” no

---

<sup>212</sup> Véase, Sarlo, Beatriz, *op. cit.*, p. 34.

es sino la ratificación de la visión de los vencedores. El pasado, sostiene Benjamin, no es una acumulación ininterrumpida de victorias como pudiera considerarlo un historiador simpatizante del historicismo positivista, sino, simultáneamente, una serie infinita de ruinas, derrotas y catástrofes. De acuerdo a la tesis VII hay una tristeza cuyo origen se encuentra en la empatía que el historiador historicista tiene con los vencedores. “La empatía con el vencedor siempre les viene bien a quienes mandan en cada época.”<sup>213</sup>

Reyes Mate afirma, comentando a Benjamin, que para que el pasado oculto se haga visible hace falta un sujeto que “sienta la necesidad de ser iluminado [...], lo que pone al sujeto en disposición para la revelación del pasado es la conciencia del peligro. A este modo de conocer el pasado, desde la conciencia del peligro, lo llama ahora memoria. La historia que escribe el historiador que él está tratando de formar (...) es una memoria.” Para Benjamin un sujeto en peligro ve de forma distinta a como la vería un científico de la historia. Así, *en la medida en que la historia se aleje del ideal de la ciencia y se acerque a la conmemoración se tenderá un puente entre historia y memoria.*<sup>214</sup> Esta idea, hace frontera con la nuestra de memoria histórica.

Siguiendo a Benjamin, es poco útil una historia desde los vencidos. Lo fundamental es una construcción de la historia que trascienda la división entre vencedores y derrotados. Con ello la eliminación de la falsa universalidad historicista sería un hecho. Si el que escribe la historia es el vencedor o alguien en su nombre, el vencedor logra entonces dos victorias: la que ganó en su momento ante su enemigo y, la versión histórica-narrativa que supone. Reyes Tame lo explicita de la siguiente forma:

Esta extendida forma de leer la historia está animada por lo que podríamos llamar una ética del éxito. Sólo aparece como digno de ser transmitido y narrado lo que ha llegado a ser. Todo y solo lo que es real es verdad. Decir que la historia es el tribunal de la verdad es reconocer que el éxito es el criterio de lo verdadero y lo falso.<sup>215</sup>

Benjamin nos recuerda que el perdedor no sólo es quien acompaña –así sea a la distancia- la marcha triunfal de la historia, sino que es el que la hace

---

<sup>213</sup> Benjamin, Walter, *op. cit.*, p. 45.

<sup>214</sup> Tame, Reyes, *op. cit.*, p. 126 y ss.

<sup>215</sup> *Ibidem*, pp. 137-140.

posible. Advierte que no se debe pasar por alto la barbarie que yace en el seno de los logros culturales más importantes. Ahí toma sentido el aserto que hace en su tesis VII: “No hay un solo documento de cultura que no lo sea a la vez de barbarie.” Una afirmación que, rompiendo con las concepciones positivistas de la historia, no coloca como polos opuestos a cultura y a la barbarie. Tampoco las coloca como momentos evolutivos de la historia, sino que los presenta, diría Löwy, “como una unidad contradictoria”. En esta línea, las expresiones culturales más logradas no tendrían trascendencia histórica sin el trabajo de aquellos que los crearon materialmente, con sus manos y fuerzas, y que además, están condenados al olvido, a que su nombre no aparezca en las placas conmemorativas. Para Benjamin, una auténtica historia cultural significa contemplarla desde el punto de vista de los vencidos, esto es, de los excluidos.<sup>216</sup>

Vale ahora la pena referirnos al que tal vez es el fragmento más significativo del conjunto de las tesis de la filosofía de la historia de Walter Benjamin, la tesis IX. Su belleza y contundencia justifican su citación completa:

Hay un cuadro de Klee que se titula *Angelus Novus*. Se ve en él un ángel al parecer en el momento de alejarse de algo sobre lo cual clava la mirada. Tiene los ojos desencajados, la boca abierta y las alas tendidas. El ángel de la historia debe tener ese aspecto. Su cara está vuelta hacia el pasado. En lo que para nosotros aparece como una cadena de acontecimientos, él ve una catástrofe única, que acumula sin cesar ruina sobre ruina y se las arroja a sus pies. El ángel quisiera detenerse, despertar a los muertos y recomponer lo despedazado. Pero una tormenta desciende del Paraíso y se arremolina en sus alas y es tan fuerte que el ángel no puede plegarlas. Esta tempestad lo arrastra irresistiblemente hacia el futuro, al cual vuelve las espaldas, mientras el cúmulo de ruinas sube ante él hacia el cielo. Tal tempestad es lo que llamamos progreso.<sup>217</sup>

Algo que llama la atención de manera inmediata es el hecho de que Benjamin establece una diferencia fundamental en la manera de percibir el pasado entre el ángel de la historia y *nosotros*. En cierta forma, lo que nos dice es que, aunque vemos las mismas ruinas que el ángel, les damos una significación de acontecimientos que se subordinan a un proyecto inevitable que le da sentido. Todos los acontecimientos, positivos o negativos siguen la lógica de un proceso que consolidará al hombre moderno. Con ello, *el sufrimiento de las víctimas, esto*

---

<sup>216</sup> Löwy, Michael, *op. cit.*, pp. 87 y ss.

<sup>217</sup> Benjamin, Walter, *op. cit.* pp. 46 y 47.



es, de los que pagan los costos en el devenir histórico se banaliza en beneficio del progreso.

Por su parte, el ángel ve un entramado catastrófico único al que no puede retornar en virtud de que el remolino que viene del Paraíso lo lanza al futuro, tormenta que resulta ser lo que *nosotros* llamamos progreso. “Si la lógica de la tormenta es la catástrofe, el progreso es catastrófico”.<sup>218</sup> Aunque mira hacia atrás, padece una marcha interminable hacia el futuro, que sólo le permite observar cómo se acumulan los muertos y las ruinas. Benjamin cuestiona el sentido tradicional de la historia de las concepciones ilustrada y positivista. Los acontecimientos no se subordinan a un sentido histórico. Al contrario, son la expresión de un problema de fondo que yace en el progreso: la continua repetición de una fatalidad moderna que no solo genera costos humanos, sino que los trivializa al darles estatus de “precio” por el progreso. Para Benjamin la rememoración de la víctimas sólo tiene sentido si se convierte en una motivación para los actores del presente, lo cual queda en evidencia si vinculamos la tesis IX con la IV.

Reyes Mate, al comentar la *Tesis IX* sostiene que el problema, más que el progreso en sí, es el hombre que lo ha convertido en el objeto impulsor de la acción. En otras palabras, es la reducción de la humanidad a medio para alcanzar el progreso.<sup>219</sup> En este sentido, lo que hace Benjamin es criticar la propuesta positivista del evolucionismo histórico, que busca descubrir leyes que expliquen la serie articulada y con sentido de los acontecimientos históricos. En el proceso de creación o búsqueda de dichas leyes históricas, el historiador oficial impone la memoria de los vencedores induciendo una amnesia que, no obstante, no anula por completo la memoria de los vencidos, ésta permanece en el trasfondo esperando a dialogar con el presente.

En este punto me parece pertinente abrir una pequeña digresión a efecto de referir brevemente la filosofía de la historia de Hegel, autor cuya pertinencia radica en el hecho de que ha sido uno de los filósofos de la historia que ha afirmado un sentido racional al devenir histórico. Con ese objetivo, Hegel buscó trascender lo

---

<sup>218</sup> Mate, Reyes, *op. cit.*, p. 162.

<sup>219</sup> Mate, Reyes, *op. cit.* p. 167.

meramente acontecido dotándolo de un fundamento, un enlace que, necesariamente, derivara del pensamiento mismo.<sup>220</sup> Es pues la filosofía de la historia, afirma Hegel, la que aporta como supuesto para la historia misma el simple pensamiento de la razón, esto es, la convicción de que “la razón rige el mundo y de que, por tanto, también la historia universal ha transcurrido racionalmente.”<sup>221</sup>

Hegel procede entonces a sugerir algunos rasgos de esa noción, central en su sistema filosófico, que es la razón. Afirma que ésta no necesita de medios dados de los cuales reciba el sustento de su actividad, “se alimenta de sí misma y es ella misma el material que elabora”. Y agrega que “así como ella es su propio supuesto, el fin último absoluto, de igual modo es ella misma la actuación y producción, desde lo interno en el fenómeno, no sólo del universo natural, sino también del espiritual, en la historia universal.” Así, para Hegel, la razón se manifiesta en el mundo y nada en el mundo se manifiesta sin ella.<sup>222</sup>

Lo anterior conduce a la necesidad de justificar la diversidad de la realidad o del mundo a partir de un concepto que se erige como sumamente poderoso. Hegel enfrenta el desafío señalando que “lo racional es el ser en sí y por sí, mediante el cual todo tiene su valor. Se da a sí mismo diversas figuras”.<sup>223</sup> En cierta forma, para Hegel, esa realidad diversa, que puede dar lugar a que algunos la entiendan como regida por el *acaso*, es, en el fondo, expresión de una racionalidad única que se revela en la historia universal.

Me parece que, en cierta forma, Hegel confronta la particularidad y diversidad de la historia y la universalidad del pensamiento en una categoría que él denomina, *variación*. Ante el cuadro infinito y continuamente sucesivo de acontecimientos, individuos, accidentes y pueblos, ante esa forma de “abigarrado

---

<sup>220</sup> Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*, trad. de José Gaos, Madrid, Tecnos, 2005, p. 95.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>222</sup> Más adelante, señala que “Este elemento universal [el pensamiento] no pertenece al fenómeno, que es contingente. La muchedumbre de las particularidades debe comprenderse aquí en una unidad. [...] Lo primero para ella [la filosofía] no son los destinos, ni las pasiones, ni las energías de los pueblos, justo a las cuales se empujan los acontecimientos; sino que lo primero es el espíritu de los acontecimientos, que hace surgir los acontecimiento.” *Ibidem*, p.101.

<sup>223</sup> Hegel enfatiza: “[L]a consideración de la historia universal ha dado y dará por resultado el saber que ha transcurrido racionalmente, que ha sido el curso racional y necesario del espíritu universal, el cual es la substancia de la historia, *Ibidem*, p. 99.

tropol” que parece arrastrar todo, Hegel encuentra una constante: “cuando una cosa desaparece, viene otra al momento a ocupar su lugar”, todo, incluyendo hombres e imperios, es perecedero: “En la historia caminamos entre las ruinas de lo egregio. [...] Todo parece pasar y nada permanecer.”<sup>224</sup>

Apenas nos hace caer en la conciencia de la variación, Hegel advierte otro aspecto: “una nueva vida surge de la muerte”. Es decir, el espíritu, que es lo que se expresa en la historia, resurge rejuvenecido en nuevas formas:

al deponer la envoltura de su existencia, no sólo transmigra a otra envoltura, sino que resurge de las cenizas de su figura anterior, como un espíritu más puro [...]. Es así como en la historia vemos al espíritu propagarse en inagotable multitud de aspectos, y gozarse y satisfacerse en ellos. [...] Cada una de las creaciones, en que se ha satisfecho, se le presenta como una nueva materia que exige nueva elaboración.<sup>225</sup>

Así, el espíritu manifiesta y proyecta sus fuerzas hacia la aparente multidireccionalidad de la historia. El movimiento expresado en la variación y el constante resurgir del espíritu, señala Hegel, tienen como fundamento y fin último a la razón misma “que existe en la conciencia, como fe en la razón que rige el mundo.”<sup>226</sup> De ahí que para Hegel, la caducidad de lo contingente está subordinada a la reformulación del espíritu que continua y necesariamente se expresa en la historia universal.

La noción de *subordinación* que he referido en el párrafo anterior, resulta significativa para justificar la pertinencia de la digresión que sobre la filosofía de la historia de Hegel he insertado en este punto. Ello es así porque me parece que ella expresa una de las formas de lo que Hegel llama “reconciliación”, es decir, constituye una vía que le permite señalar y justificar la subordinación de la negatividad y su necesaria superación mediante el proceder racional que no quiere otra cosa sino un fin afirmativo: “La razón ve, en lo que nace y perece, la obra que ha brotado del trabajo universal del género humano. [...] Solo la conciencia, la conciencia pensante, es necesaria para comprenderlo.”<sup>227</sup>

---

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 116.

Me parece que esta *conciencia pensante*, es una idea cercana la propuesta benjaminiana que busca dotar de un sentido más integral al pasado, ya que ambas permiten replantear el pasado en función de un sentido (la conciencia que de sí tiene el espíritu, y por tanto la libertad del mismo en el caso de Hegel, la reivindicación de las víctimas, y por tanto la redención del pasado en el caso de Benjamin).

Según Hegel, la *actividad* del espíritu es su esencia misma, “su libertad no consiste en un ser inmóvil sino en una continua negación de lo que amenaza anular la libertad.” Reproducirse, *redeterminarse* es su tarea necesaria.<sup>228</sup> Por tanto, me parece, esto encuentra un reflejo en la justificación de las revisiones que del pasado se hace a efecto de correr la cortina histórica que los vencedores han tejido. La revisión que se haga de los discursos del pasado es también, una forma de superar y negar la inmediatez que permite reconciliar el presente y el pasado en una nueva lógica, o si quiere, un nuevo sentido. Hegel señala: “Los pueblos son el concepto que el espíritu tiene de sí mismo. Por tanto, lo que se realiza en la historia es la representación del espíritu. La conciencia del pueblo depende de lo que el espíritu sepa de sí mismo.”<sup>229</sup> Esto quiere decir que el espíritu particular de un pueblo es susceptible de desaparecer, tanto como sus propias narrativas históricas. Pero esto no implica, de acuerdo con Hegel, que se le niegue su filiación a una larga cadena que el autor llama *curso del espíritu universal*, y que hace corresponder con la noción de historia universal.<sup>230</sup>

Hegel señala que en la *muerte* de un pueblo, lo *negativo* no aparece como oposición o como lucha sin sentido, pues, aunque éste halle en la costumbre su muerte, “como ente espiritual, no puede morir, sino que se abre paso hacia algo superior. La caducidad puede conmovernos; pero se nos muestra, si miramos más profundamente, como algo necesario en la idea superior del espíritu. El espíritu

---

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>230</sup> En el mismo sentido Hegel señala: “Tal es el fin universal del espíritu y de la historia. Y así como el germen encierra la naturaleza toda del árbol y el sabor y la forma de sus frutos, así también los primeros rastros del espíritu contienen *virtualiter* la historia entera.”, *Ibidem*, p. 128.

está puesto de manera que realiza de esa suerte su absoluto fin último.”<sup>231</sup> El fin último referido es la conciencia que el espíritu tiene de sí.

Hegel advierte que el curso y movimiento del mundo espiritual no es una simple repetición (como en la naturaleza), sino que implica conservación y transfiguración: “El cambiante aspecto en que el espíritu se ofrece, con sus creaciones siempre distintas, es esencialmente un progreso.” Es decir, al disolverse el espíritu particular de un pueblo por la negatividad de su pensamiento, tenemos que “el conocimiento, la concepción pensante del ser, es fuente y cuna de una nueva forma, de una forma superior, en un principio, en parte conservador y en parte transfigurador”.<sup>232</sup> En la unión de la oposición está la superación.

El resultado de este proceso es, por tanto, que el espíritu, al objetivarse y pensar su ser, destruye por un lado la determinación de su ser, pero aprehende por otro lado lo universal del mismo, y de este modo da a su principio una nueva determinación.<sup>233</sup>

Hegel expresa dicha idea también en la fenomenología, al señalar que la vida del espíritu no se asusta ante la muerte, sino que sabe afrontarla. “El espíritu sólo conquista su verdad cuando es capaz de encontrarse a sí mismo en el absoluto desgarramiento. El espíritu no es esta potencia como lo positivo que se aparta de lo negativo, como cuando decimos de algo que no es nada o que es falso y, hecho esto, pasamos sin más a otra cosa, sino que solo es esta potencia cuando mira cara a cara a lo negativo y permanece cerca de ello. Esta permanencia es la fuerza mágica que hace que lo negativo vuelva a ser.”<sup>234</sup>

Me parece que Benjamin tiende a separarse de la convicción del progreso que Hegel elabora en su argumentación. Al menos del progreso entendido como proceso que se mueve en la lógica de la razón hacia la conciencia del espíritu de sí mismo. Creo, sin embargo, que hay una cercanía en el momento en que ambos ven la posibilidad de rehacer la representación del pasado. Como mencioné anteriormente, Benjamin rompe con la idea de progreso ilustrada, a partir de una negatividad que la replantea: la conciencia de la barbarie que subyace en cada

---

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>234</sup> Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Fenomenología del Espíritu*, trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 24.

documento de cultura o las ruinas que se alzan ante la mirada del ángel de la historia. Benjamin incorpora como sujetos de la historia a las víctimas, pero para lograrlo advierte la necesidad de revisar las narrativas generadas por los vencedores, muchos de los cuales, visten el devenir histórico con unos ropajes usualmente denominados “progreso”. La noción de progreso, bajo la óptica de Hegel, es también susceptible de replanteamiento, en tanto que puede erigirse como expresión de la particularidad de una cultura específica, una particular representación del espíritu (tal vez una ideología arraigada en el occidente europeo del siglo XVIII, en este caso), que, al caducar, ha dado lugar a otras narrativas que han revisado aquella noción de progreso ilustrada. La fuerza de la negatividad permitiría replantear el pasado y las narrativas del mismo, con vistas a dotarlo de una nueva significación.

Podría acusarse a la propuesta de Benjamin de la historia como anacrónica. Desde el momento en que dicho autor se declara en pro de una historia que libere el pasado, redimiéndolo en un acto presente (la remembranza) realizado con un impulso mesiánico que reconoce y actúa en función del sufrimiento de las víctimas del pasado, se afirma, adolecería de anacronismo. Sin embargo, tal vez resulte oportuno recordar que en nuestra propuesta, hemos diferenciado ya, a la memoria histórica de la historia como disciplina científica. Para esta última, la descalificación de un discurso anacrónico tal vez resulte oportuna. Para la memoria histórica, tal vez la conciencia de su presencia sea el punto de partida, no para alcanzar una verdad objetiva, sino para dar forma o dotar de sentido a la praxis constructiva de una nueva versión del pasado. Lo rescatable en Benjamin, es justamente que no niega ese anacronismo, y precisamente esto es usado para proponer construir un pasado diferente. ¿Acaso construir la historia desde el ángulo de los vencedores no oculta un anacronismo vestido de discurso científico? Con ello, Benjamin no sólo reconoce que la reconstrucción o interpretación del pasado se realiza desde el presente, sino también nos lanza a una discusión filosófica en sí misma: la de reconocer una posible dimensión ética en esa reconstrucción del pasado.

Benjamin toma partido en contra de la pretendida objetividad en la historia que se sustenta en el fetichismo documental, porque reconstruir lo pretérito de

acuerdo a dichos documentos, nos dice, no responde a mirar el pasado con los ojos de aquellos que lo sufrieron. Así, sorprendentemente para los que tachan a Benjamin de anacrónico, resulta que en la exhortación que hace a los historiadores de superar la historia de los vencedores y adoptar la perspectiva de los oprimidos late ya un arma que lucha en contra del anacronismo que está presente en la idea de progreso. Podríamos decir que en esta propuesta no sólo está una dimensión ética en discusión, sino también la búsqueda de una aspiración a la emancipación de la pretendida *verdad histórica*, a producir una concepción distinta del acontecer histórico.

Como se hizo referencia, Benjamin se encuentra ubicado en la tradición marxista. Adicionalmente, para el objeto de estudio que nos interesa, el de los derechos humanos, podemos observar que dicha propuesta da elementos para matizar aún más la crítica que de los derechos humanos hace Marx.<sup>235</sup> Lo anterior es particularmente significativo a la luz del llamado rasgo de universalidad de los derechos humanos. En efecto, si se afirma que los derechos humanos son una creación histórica, producto ideológico de una clase dominante, y por lo tanto, beneficiadora de un sector social que busca legitimar su posición ventajosa, resulta difícil sostener que dichos derechos son realmente universales. En todo caso, estaríamos en presencia de un discurso de los derechos humanos que ha tomado forma en una historia empática con los vencedores.

Pero si hacemos con Benjamin el ejercicio de “universalizar la historia”, no desde la perspectiva de la historia positivista que cree en el progreso (y que da argumentos para la crítica marxista de los derechos humanos), sino desde el reconocimiento de los costos, de las ruinas y de las víctimas, y proyectamos este nuevo ángulo de rescate memorístico a la construcción de los derechos humanos, entonces éstos no serían instrumento de los vencedores, sino patrimonio de todos los seres humanos.

Para dar el salto del rescate de las víctimas o de los vencidos del pasado a la construcción de los derechos humanos nos auxiliaremos de la propuesta de Tzvetan Todorov.

---

<sup>235</sup> *Supra* punto 1.1.3 Derechos humanos ante la idea marxista de la historia.

## **2.2 La memoria en Tzvetan Todorov**

En este punto busco abordar la propuesta intelectual que, en torno a la memoria, realizó el pensador de origen búlgaro Tzvetan Todorov. Con ello pretendo dar forma a una base que me permita vincular lo dicho en torno al rescate que del pasado hace la memoria histórica y la propuesta de construcción de los derechos humanos en un campo que pretendo sea el jurídico-filosófico.

Para ello, tal vez resulte importante recordar el cuestionamiento que Todorov hace de una fórmula bastante común, y que por serlo, suele otorgársele el rango de apotegma: “aquellos que no recuerdan su pasado están condenados a repetirlo”. Lo que busca Todorov es destacar que el hecho de *conocer* el pasado no da garantías, ni es condición suficiente para afirmar que no se repetirá aquello que en nuestro pasado es categorizado como un error. Esto es, que el elogio incondicional de la memoria por sí misma está desprovisto de sentido. Reconoce que al ser la memoria un instrumento susceptible de perder su neutralidad, es factible que pueda servir a un amplio crisol de posibilidades prácticas.<sup>236</sup>

Todorov comienza su libro *Los abusos de la memoria* refiriéndose a la instrumentalización de la memoria a todos los regímenes políticos, ya sea mediante su supresión, ya por medio de la modificación del mismo. Sin embargo, dicha instrumentalización del pasado reviste tonos particulares en el caso de los regímenes totalitarios (Todorov piensa en las tiranías del siglo XX) donde el grupo que detenta el poder, con el apoyo de sus aliados buscan apropiarse de la memoria y alienarla. Dicha apropiación está focalizada particularmente a esa parte de la memoria que, eventualmente, daría a los miembros de la sociedad otra perspectiva de la realidad, que abriría la puerta a ángulos de análisis que no convienen a la estabilidad de dicho régimen con vistas a preservar el poder.

Ha sido común que se ejemplifique el régimen totalitario con el estalinismo y el nacionalsocialismo, justificando dicho aserto en el hecho de que éstos desarrollaron un claro proyecto de expropiación y alienación de la dimensión íntima de la persona, neutralizando la base de toma de decisiones. Pero la gama de regímenes que manejan el pasado es muy amplia y trasciende el último siglo,

---

<sup>236</sup> Tzvetan Todorov, *Deberes y delicias. Una vida entre fronteras, (entrevistas con Catherine Portevin)*, Trad. Marcos Mayer, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 233.



periodo en que se dio forma al término *totalitarismo*. La destrucción de documentos o monumentos que remiten al pasado y la erección de otros en su lugar, la desaparición física de incontables humanos en campos de concentración o centros de detención, la eliminación de eventos pasados controvertidos para el régimen de los libros de historia oficial, el ocultamiento de los vestigios que dan testimonio de la existencia de víctimas del régimen en cuestión, etc., son recursos de los denominados regímenes totalitarios, pero no exclusivos de éstos.<sup>237</sup>

Diferentes autores han dejado constancia del alto costo humano que deriva del manejo o eliminación de la memoria. No es casual que al recurrir a los testimonios de los supervivientes de experiencias totalitarias – la memoria que se erige como una de las fuentes más importantes al momento de reconstruir el pasado- se pueda constatar un daño en la esfera interna del sujeto, que suele aflorar durante el proceso de rememoración de los acontecimientos a los que ha sobrevivido.<sup>238</sup>

Así, la valoración de la memoria toma aspectos significativos políticamente hablando, ya que su ejercicio puede constituirse como uno de los elementos medulares en la resistencia al régimen en cuestión. Es desde el momento en que da inicio un proceso de reconstrucción del pasado que se puede hablar, políticamente hablando, de un acto de oposición al poder. Es ahí donde el rescate del pasado no sólo puede revestir una considerable estima social por permitir fortalecer la oposición al poder mismo, sino también se da impulso a un instrumento reivindicador de las víctimas.<sup>239</sup> Si la memoria, esencialmente neutra, puede ser alienada por el régimen, también tiene el potencial de fungir como elemento opositor.

---

<sup>237</sup>Paolo Montesperelli señala que con esa instrumentalización de la memoria se garantiza la posesión del poder a cambio de la falsificación de la realidad por un lado y, también por el estímulo de la amnesia, por el fomento al olvido, y agregaríamos, a la distorsión del pasado. Paolo Montesperelli, *op. cit.*, p. 58.

<sup>238</sup> José Antonio Zamora nos dice que la mayoría de los testimonios prefieren permanecer en silencio ante el dolor que puede surgir en la rememoración. El propósito de los verdugos es la aniquilación de la memoria que tiene un rostro doble: por un lado, la imposibilidad lógica de los muertos de rendir testimonio y, por otro lado, la de los testigos que repliegan su testimonio ante el silencio. Véase, José Antonio Zamora, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

<sup>239</sup> Todorov, Tzvetan, *Los abusos de la memoria*, trad. de Miguel Salazar, España, Paidós, 2000, p. 14.

La cuestión de la memoria en los regímenes actuales denominados democráticos se torna, a ojos de Todorov problemática. Un factor para que esto sea así es el hecho de que para esas sociedades la legitimidad política ya no deriva de la tradición, sino de la teoría del contrato social.<sup>240</sup> A reserva de ahondar en dicho punto posteriormente, me parece que el hecho de afirmar formalmente la teoría del contrato social como fundamento de las sociedades modernas no implica necesariamente acotar la importancia del manejo del pasado para estas sociedades. De hecho, afirmar un momento contractual originario es ya una forma de canalizar o inducir el pasado en un hipotético contrato social, un contrato pretérito, por supuesto, que da legitimidad.

Es importante señalar que la memoria, para Todorov, se bifurca en dos etapas sumamente importantes. Una se refiere a la recuperación del pasado (concretamente a los criterios de selección ante todas las informaciones disponibles de lo pretérito) y la otra focaliza su atención en la utilización posterior que se haga de lo recuperado y que se refiere a cómo los criterios de selección pueden influir en la orientación del uso que se dé al multicitado pasado.

Como podemos ver, la recuperación del pasado resulta ser indispensable social e individualmente. Todorov reconoce lo anterior al señalar que la recuperación del pasado es vital al momento de comprender el tiempo presente. Pero dicha recuperación, como se verá a continuación, puede tomar dos vertientes.

En efecto, es a partir de lo anterior que Todorov establece una distinción, relevante para nosotros, entre memoria singular y memoria ejemplar. Esta diferenciación en torno al abordaje del pasado, servirá de base para vincular más adelante, el mundo de lo concreto, de la realidad pasada, al mundo de la generalidad, que constituye uno de los rasgos centrales, por ejemplo, de las disposiciones jurídicas.

---

<sup>240</sup> *Ibidem*, pp. 20 y ss.

### **2.2.1 La memoria intransitiva**

A lo largo de la historia han sido varios los conflictos que han generado un número considerable de víctimas, y que se “justifican” bajo un criterio que apela a la memoria. En buena medida, el resentimiento social que sirve de base para los enfrentamientos entre distintos sectores sociales ha sido generado por la persistencia en la memoria de agravios diversos, pero siempre afincados en la persistencia del pasado. Así, por mencionar algunos casos, los serbios “justificaron” sus agresiones a otros pueblos de la ex Yugoslavia por el “sufrimiento” que padecieron en el pasado a manos de éstos. La guerra civil en Ruanda, que dio lugar al genocidio tutsi, se buscó “justificar” apelando a la ancestral discriminación étnica de que fueron objeto la mayoría hutu por parte de la minoría tutsi. El conflicto en Oriente Medio toma parte de su *ímpetu* gracias a la memoria de los agravios mutuos.

Es por casos como los mencionados, que Todorov considera que el culto a la memoria no siempre está sustentado en *buenas* causas. Y los costos humanos son, sin duda, significativos a la luz de un pasado que se erige, decíamos, como soberano absoluto de las acciones que ocurren en el presente. Es por ello que surge la cuestión, axial para Todorov, de si hay algún criterio que permita distinguir entre usos *buenos* y *malos* de la memoria. Dicho objetivo queda implícito en la siguiente pregunta: “¿Cómo definir los criterios que nos permiten hacer una buena selección [se refiere a la información del pasado susceptible o no de conservación]?”<sup>241</sup>

Todorov reconoce que de la anterior pregunta pueden surgir varias posibles respuestas. Sin embargo, él explora particularmente la diferenciación entre la memoria *literal* y la memoria *ejemplar*. En este punto analizaremos la primera de estas formas de recuperación memorística.

La memoria literal, nos dice Todorov, se sustenta en la preservación memorística de un suceso doloroso, ya personal, ya grupal, en su *total literalidad*, destacando y absolutizando la singularidad del evento de que se trate. Se está en presencia de una memoria que permanece intransitiva, esto es, gira sólo en sí

---

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 29.

misma. Se trata pues de la remembranza de un suceso traumático que vincula cada uno de los momentos de la existencia del sujeto que recuerda a la dependencia de ese mismo suceso. En palabras del autor, en esta modalidad memorística,

Subrayo las causas y las consecuencias de ese acto, descubro a todas las personas que pueden estar vinculadas al autor inicial de mi sufrimiento y las acoso a su vez, estableciendo además una continuidad entre el ser que fui y el que soy ahora, o el pasado y el presente de mi pueblo, y extendiendo las consecuencias del trauma inicial a todos los instantes de la existencia.<sup>242</sup>

Lo que el autor quiere destacar es que se trata de una memoria que se *ahoga* en la singularidad del hecho, es decir, que en este culto a la literalidad o singularidad del evento en realidad se lo está magnificando, a grado tal, que encierra al sujeto o al pueblo que recuerda en un círculo donde se eterniza el sufrimiento o la victimización.

Es el caso, a nivel individual, de la persona que no supera el periodo de duelo, que no ha aceptado una pérdida, y por tanto, que sigue vinculada al impacto emocional del suceso detonador del sufrimiento. Vive continuamente el acontecimiento pasado, sin poder dimensionarlo en su presente. No controla el recuerdo, al contrario, éste lo gobierna. También es el caso de los supervivientes que, al estar mentalmente encadenados al evento traumático (el genocidio, la persecución, etc.) no pueden cancelar el pasado. Ya hemos referido a los testigos que tienen imposibilidad de hablar de los hechos vividos, situación que los torna, de alguna manera, en víctimas permanentes. Algunos autores refieren que aunque en estos casos hay una necesidad de hablar, el silencio se erige en el centro no sólo del testimonio, sino de la vida.<sup>243</sup> El pasado objeto de los testimonios -aunque ese testimonio sea el silencio-, es un pasado cuya duración se prolonga hasta el presente. La dinámica del trauma en la memoria literal dificulta la posibilidad del

---

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>243</sup> José Antonio Zamora rescata algunos casos emblemáticos de autores-testigos de eventos traumáticos del pasado que, teniendo la necesidad de hablar, permanecen, hasta ya pasados algunos años, en silencio. Es el caso de E. Wiesel, P. Levi, o el más claro de Semprúm. Aunque cada caso es singular, y al final dimensionaron su pasado de distinta forma, el silencio autoimpuesto durante buena parte de su vida posterior a los hechos, no deja de ser emblemático para explicar el peso que puede llegar a tener el pasado en el presente. El proceso de superación de la memoria literal fue, sin duda, duro. Véase, José Antonio Zamora, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

alivio que llega con la distancia que otorga el transcurrir del tiempo. Las palabras de Beatriz Sarlo en ese sentido son elocuentes:

Más allá de toda decisión pública o privada, más allá de la justicia y de la responsabilidad hay algo intratable en el pasado. Pueden reprimirlo sólo la patología psicológica, intelectual o moral; pero sigue allí, lejano y próximo, acechando el presente como el recuerdo que irrumpe en el momento menos pensado, o como la nube insidiosa que rodea el hecho que no se quiere o no se puede recordar (...). El regreso del pasado no es siempre un momento liberador del recuerdo, sino un advenimiento, una captura del presente.<sup>244</sup>

Como ya he sugerido en las líneas anteriores, la memoria literal, no se agota en la experiencia personal. Puede operar en el ejercicio memorístico de un grupo humano (un pueblo, una comunidad, un sector social que comparte una determinada condición, etc.). En este caso, el uso literal de la memoria opera, por ejemplo, en la obsesiva conmemoración del pasado afincado en la singularidad de un sufrimiento que *no se tiene ni debe olvidar*, aún a costa de reprimir la conciencia de un presente bajo la forma de culto al suceso pretérito. Es el culto de la memoria por la memoria misma. En este caso, sostiene Todorov, la memoria se vuelve estéril.

Todorov agrega que entre los argumentos esgrimidos por los defensores de la memoria literal está el hecho de afirmar que el suceso recordado (el autor se refiere al genocidio judío) es “absolutamente singular”, es decir, es único en la historia, y que, el intento de establecer paralelismos con otros sucesos (pretensión que se acerca, veremos más adelante, a la memoria ejemplar) sería una manera de profanarlo y atenuar su gravedad.<sup>245</sup>

No obstante lo anterior, resulta importante tener presente que todo suceso histórico, por su misma naturaleza, se caracterizan por su singularidad. Pero, la simple pretensión de extrapolar la unicidad de cierto evento traumático podría conducir a plantear, como sugiere Todorov, la siguiente pregunta: ¿Qué pensaría una víctima del genocidio ruandés si escuchara en un acto conmemorativo del genocidio judío a algún orador sostener que “el genocidio judío es el más grave crimen de la historia”? ¿Acaso el genocidio armenio no es igualmente singular y

---

<sup>244</sup> Beatriz Sarlo, *op. cit.* p. 9.

<sup>245</sup> Tzvetan Todorov, *Los abusos...*, *cit.*, p. 34.

grave?, ¿y qué podemos decir de la extinción casi completa de la población originaria del continente americano en el siglo XVI?

En este punto Todorov señala que es importante no confundir “comparación” con “identidad”. Es cierto que no son crímenes iguales y que cada experiencia es “forzosamente singular”. Pero esto no quiere decir que haya elementos para rechazar cualquier comparación.<sup>246</sup> Como veremos más adelante en este trabajo, justo el ejercicio de comparación permite entresacar mayores elementos de comprensión de las diversas expresiones de barbarie para, al momento de construir los derechos humanos, dicha construcción resulte más integral. Sólo en la comparación se afirma la unicidad de los hechos del pasado, pues sólo a partir de la determinación de semejanzas y diferencias se avanza en la comprensión del acontecimiento.

Extrapolar la singularidad deviene en un pasado que no puede servir de lección, es decir, no permite conservarlo en la memoria y actuar en función de ese recuerdo porque si partimos de una radical singularidad, no estaríamos en condición de proyectarla para una futura ocasión. Es decir, se extirpan las posibilidades de encontrar características comunes con un suceso del porvenir. De ahí la necesidad de la memoria ejemplar.

Adicionalmente, Todorov advierte que el pasado puede encausarse para pasar por alto o distraer la atención de situaciones similares a aquellas cuya singularidad son objeto de recuerdo absoluto. Es el caso del desentendimiento del presente, pero gozando de los beneficios de la buena conciencia derivada de la condición de víctima. Por ejemplo, recordar los sufrimientos pasados, nos puede hacer vigilantes de Hitler, pero en cambio, ignoramos a los genocidas actuales. En otras palabras: ser combatiente de la memoria y de la justicia pasada, no significa que, de facto, estemos ante un combatiente contra eventos de barbarie presentes. Sería el caso, muy común por cierto, de ocuparse de las víctimas del pasado y olvidar a las del presente. De hecho, nos recuerda Todorov, no son pocos los que tienen un buen grado de memoria en torno a las injusticias del ayer, pero que

---

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 35.

olvidan que hoy en día son verdugos, pasan por alto sus agresiones a otros y son indiferentes ante los sufrimientos que ellos u otros causan.<sup>247</sup>

Lo anterior es cercano a otro fenómeno. Se trata del de la necesidad de ciertos grupos o individuos de reconocerse como víctimas del pasado, y proyectar ese papel al presente para asegurar así ciertos privilegios. Haber sido víctima otorga *derecho* a pedir, y correlativamente, los demás deben sentir la obligación de satisfacer las peticiones de aquel. Entre mayor sea el daño del pasado, mayores serán las prerrogativas del presente.

En estos supuestos el culto a la memoria no sirve a la justicia, y tampoco se puede afirmar que sea favorable al ejercicio equilibrado de la memoria. En realidad constituyen lo que Todorov llama abusos de la memoria. Toca el momento de analizar la modalidad denominada *memoria ejemplar*.

### **2.2.2 La memoria ejemplar**

Ya hemos señalado que el conocimiento histórico busca comprender la realidad pasada en su concreción, esto es, en una singularidad que, como tal, busca ser la base la disciplina histórica. Esta situación plantea el problema, superado para la historiografía positivista, de ver en el discurso histórico los elementos que permitan conducir la conducta del destinatario de dicho discurso, esto es, de ver en la historia la fuente de criterios prácticos de conducta. Dicha convicción, sin embargo, se torna discutible cuando viramos a la memoria histórica, ya que su intención no es tanto, o al menos no es únicamente, generar un discurso que corresponda con la realidad pasada, sino, a partir de ella, poder derivar elementos prácticos que coadyuven en la construcción de los derechos humanos.<sup>248</sup> Para ello, me parece importante la noción de memoria ejemplar que ha desarrollado Todorov.

En la memoria ejemplar, sostiene nuestro autor, no se niega la singularidad del hecho que afirma la memoria literal. En realidad, la diferencia radica en el hecho de que, una vez recuperado el suceso pasado, éste es utilizado como una categoría más amplia, más general, que permite iluminar, haciendo un ejercicio

---

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>248</sup> Véase 2.1.1 Memoria histórica. Entre memoria e historia.

prospectivo, situaciones nuevas pero que guardan cierto paralelismo con aquel suceso pretérito. Así, sostiene Todorov, el acontecimiento recordado se emplea como “ejemplar”. Esto quiere decir que al recordar, el sujeto reconoce la singularidad del acontecimiento, lo cual permite usarlo como una instancia previa para una generalización que permitirá servirse de ella de manera “transitiva”, esto es, como un *modelo* para comprender situaciones nuevas. En otras palabras: extrae de la singularidad una *lección*. Este proceder también ha sido advertido por otros autores. En ese sentido tenemos las palabras de Montesperelli, cuando afirma: “el presente tiene siempre un precedente; y el pasado se convierte en un principio de acción para el presente”, una lección de la que se puede extraer un provecho.<sup>249</sup>

Al explicar esta modalidad memorística, Todorov establece una similitud con el trabajo realizado en el psicoanálisis o en los procesos de duelo. En ambos, nos recuerda, se busca neutralizar el dolor causado por el recuerdo de un suceso doloroso a partir de su aceptación; al evitar su negación o su magnificación el acontecimiento recordado es dimensionado de tal forma que el agente que recuerda, puede, finalmente, controlarlo.<sup>250</sup>

Con ello, continúa el autor, el sujeto expande o abre ese recuerdo a la analogía y, a su vez, a la posibilidad de ser generalizada, es decir, a la posibilidad de construir un ejemplo que se erigirá como principio de acción para el presente. Como se observa, a diferencia de la memoria literal, la ejemplar deviene en la liberación potencial de un recuerdo que en aquella se expresa como opresivo.

Es cierto que una “lección” no es por sí misma buena, pero tiene, según Todorov, una ventaja sobre la memoria literal: las lecciones pueden ser objeto de evaluación racional. Un ejercicio que no está presente en el uso memorístico literal ya que éste torna insuperable el acontecimiento del pasado, hace de éste un tirano.<sup>251</sup>

El uso ejemplar de la memoria está anclado en el presente. Pues mediante el uso del pasado busca evitar en el presente la repetición de las injusticias

---

<sup>249</sup> Paolo Montesperelli, *op. cit.*, nota 55, p. 109.

<sup>250</sup> Tzvetan Todorov, *Los abusos... op. cit.*, pp. 24 y ss.

<sup>251</sup> *Idem.*



sufridas. Se separa de la singularidad (del yo), para ir hacia la generalidad (el otro). En otras palabras, la generalización que supone un ejemplo, no anula la singularidad.<sup>252</sup>

A decir de Todorov, para que el pasado lance luz sobre el presente, se *debe extraer de él una regla general que funja como principio de acción*. Todorov dice que esto es *universalizar la lección*. Dicho principio de acción podrá ser fortalecido a través de un proceso de debate, con uso de argumentos racionales sustentados en valores comunes. El autor señala categóricamente: “No es porque mi pueblo haya sufrido en el pasado que tengo hoy derecho a cometer injusticias. La memoria puede ser buena, a condición de que se someta a la búsqueda de la verdad y de lo justo antes que arrogarse derechos intocables”.<sup>253</sup>

Todorov da un paso más. Convencionalmente, nos dice, la memoria ejemplar recibe el nombre de *justicia*, una idea de justicia que nace precisamente de lo particular y se proyecta a lo general.<sup>254</sup> Este aserto es sumamente importante para nosotros ya que, recordemos, el derecho moderno se conforma a partir de hipótesis, por esencia, generales e impersonales. En el derecho moderno, una ley especial dirigida a un solo sujeto o una única situación se constituye en la negación del derecho como tal.<sup>255</sup>

Veamos ahora el caso de David Rousset que constituye para Todorov un proceder acorde con el uso ejemplar de la memoria.<sup>256</sup> Este personaje, en su momento miembro del partido socialista francés, fue un prisionero político del nazismo después de ser parte de la resistencia francesa. Sobrevivió y regresó a Francia donde inició una carrera de escritor, teniendo entre sus temas recurrentes tratar de comprender la dinámica de los campos de concentración. Sin embargo,

---

<sup>252</sup> Tzvetan Todorov, *Los abusos...*, *cit.*, p. 32.

<sup>253</sup> Tzvetan Todorov, *Deberes y delicias...*, *cit.*, p. 238.

<sup>254</sup> Tzvetan Todorov, *Los abusos...*, *cit.*, pp. 29 y ss.

<sup>255</sup> Un ejemplo paradigmático de memoria ejemplar estaría constituido por las líneas previas al articulado de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, aprobada el 9 de diciembre de 1948, vigente en México desde el 22 de octubre de 1952, en la que expresamente refiere como uno de sus soportes al pasado, cuando señala “Reconociendo que en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad, convencidas [las partes contratantes] de que para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso se necesita la cooperación internacional, *conviene* en lo siguiente [...]”. El acto de convenir, sería un ejercicio jurídico de generalización de la singularidad expresada en “en todos los períodos de la historia.

<sup>256</sup> *Ibidem*, pp. 42 y ss.

en 1949, hizo público un llamamiento a los antiguos deportados de los campos nazis a efecto de que emprendieran investigaciones en torno a los campos de concentración, sólo que en esta ocasión, se refería a los campos soviéticos. Entre los antiguos reportados había una fuerte presencia comunista lo que generó fuertes divisiones entre aquellos que, habiendo sufrido los campos nazis, conservaban una férrea lealtad al comunismo y aquellos para los que un campo de concentración soviético guardaba, ciertos paralelismos con la experiencia que habían vivido bajo el dominio nacionalsocialista. La prensa comunista en su conjunto lo atacó incisivamente. A partir de entonces, Rousset se dedicó a investigar, denunciar y luchar contra los campos de concentración comunistas.<sup>257</sup>

Rousset, señala Todorov, es un caso paradigmático de memoria ejemplar, ya que decidió utilizar su experiencia pasada como parámetro de decisión en su vida presente. Él no era víctima de los campos de concentración soviéticos, aunque sí comprendía su dinámica por analogía. Como antiguo deportado asumió el deber de investigar los campos de concentración existentes. Llegar a esa determinación supuso, necesariamente, una comparación entre los campos nazis y los campos soviéticos.

Rousset reconoció las diferencias entre ambas experiencias, pero ello no fue impedimento al momento de tomar acciones en su presente. La memoria ejemplar no diluye la identidad de los hechos, sino que se limita a destacar semejanzas y diferencias. Contrario habría sido si se hubiera dejado llevar por la memoria literal de su pasado traumático, pues el acontecimiento del pasado lo habría conducido a quedar atrapado en dicha experiencia, a alimentar el resentimiento, a enfatizar a los demás sus propias heridas, o bien, a perderse en el silencio.

El asunto de la comparación si bien no exime a los responsables de los crímenes del pasado, *nos debe* estimular a reflexionar sobre otros crímenes que se suelen pasar por alto: los “nuestros”. En efecto, Todorov agrega que los países otrora autodenominados aliados no poseen ningún “mérito moral” al recordar los crímenes de los alemanes rechazando u olvidando los suyos. Remata citando a

---

<sup>257</sup> *Ibidem.*, p. 44.

Glenn Grey: “Esto refleja muy bien una cierta mentalidad moderna: la de maravillarse de la ausencia de una conciencia culpable en los otros, aceptando su propia inocencia como una evidencia.” Todorov no quita gravedad a los actos de los nazis, sino que enfatiza que, en el caso de la impartición de una deseable justicia internacional, dichos crímenes no tendrían que ser los únicos merecedores de castigo.<sup>258</sup>

Esta manera de proceder no niega la singularidad, por ejemplo, del genocidio judío durante la segunda guerra mundial. Sino que partiendo de la unicidad, supongamos, del fenómeno del campo de concentración, se podrán señalar diferencias significativas con otras experiencias totalitarias (piénsese en el caso de los armenios). Esto permite a Todorov, servirse de la memoria de los campos –particularmente en su libro *Frente al Límite*- como un instrumento para analizar el presente, “y no para hacer un monumento a una experiencia absolutamente singular”<sup>259</sup>.

A reserva de vincular más adelante la propuesta de Todorov al ámbito de la construcción de los derechos humanos, me parece necesario, de momento, referir una cuestión axial en el campo memorístico a partir del cual se pueden comprender mejor hechos que devienen en la negación de la calidad humana a ciertas personas o grupos de personas. Se trata de la *cuestión del Otro*.

### **2.3 Memoria y otredad**

En este punto busco referir la relación entre la memoria y la otredad, la líneas que marca en relación de la identidad nutrida a partir del otro, para llegar a una breve exploración en las raíces filosóficas de la identidad. Con este recorrido, busco establecer una base que permita sugerir que el elemento común a los seres humanos, no tiene que encontrar forzosamente su fuente en una idea abstracta del hombre -que por ser abstracta incluya a todos, a costa de sacrificar la diversidad humana. Justo lo que intentaré explorar es que ese elemento común puede surgir de la singularidad vital de los seres humanos, de la vida nutrida a partir de advertir al otro a partir de la definición de la identidad propia. El ejercicio

---

<sup>258</sup> Tzvetan Todorov, *Frente...*, cit., p.146.

<sup>259</sup> *Ibidem*, pp. 248 y 249.

memorístico que marca las fronteras del sujeto, constituyen también, el dar cuenta de lo compartido, es decir, de un elemento potencialmente universable cuya fuente es lo concreto, el mundo de la vida.

La cuestión de la otredad o alteridad constituye uno de los problemas antropológicos por excelencia. Se ocupa de reflexionar en torno a la noción de *encuentro* entre uno o varios miembros de una comunidad humana, o bien, entre varias comunidades entre sí puede tomar. Dicho acontecimiento –el *encuentro*– puede adoptar, según se puede constatar en la historia, diversas posibilidades. En ese sentido, Esteban Krotz, afirma que el aspecto decisivo en dicha reflexión consiste en ver al *otro* ser humano, justamente, como *otro*, es decir, en darse cuenta que, a pesar de todas las diferencias reales, posibles o supuestas, “siempre se trataba de reconocer al otro ser, totalmente *extraño*, como de la misma *especie*.”<sup>260</sup> Lo anterior permite explicar la razón por la que una de las temáticas clásicas de la antropología es el reconocimiento de la diversidad en la igualdad.

A decir de Krotz, la otredad tiene que ver con la experiencia de la *extrañeza*, y por tanto, se centra en la confrontación con las particularidades que singularizan a otros seres humanos tales como el idioma, las costumbres, las creencias, ceremonias, etc. Agrega que para entender la *extrañeza* necesariamente se tiene que partir de uno mismo. Es por ello que, se ha afirmado, tomar conciencia del otro, de la alteridad, sólo es posible desde una especie de etnocentrismo, pues sólo éste permite establecer las bases y condiciones para poder concebir al otro, justamente, como *otro* a partir del yo.<sup>261</sup>

Ahora bien, en esta dinámica de la otredad hay, sin duda, un vínculo indisoluble con la experiencia memorística. Una persona reconocida como *el otro* no es, ni puede ser, considerada en un aislamiento. Al contrario, se le reconoce como miembro de una comunidad, y por tanto, como portador de una cultura gestada a lo largo del tiempo, heredero de una tradición. El otro está inserto en un proceso histórico específico que es la base de una forma particular de vida. En

---

<sup>260</sup> Krotz, Esteban, *La otredad cultural entre utopía y ciencia*, Trad. de Claudia Leonor Cabrera Luna, México, Fondo de Cultura Económica-UAM Iztapalapa, 2004, p. 53.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 60.

ese sentido, los contactos culturales no se realizan en el vacío teórico, esto es, son procesos que no pueden ser arrancados de las dinámicas históricas en las que están insertas.

Es por lo anterior que resulta significativa la categoría de Habermas llamada *pre-interpretación del mundo de la vida*. En ella, me parece, la noción de memoria se presenta, por ejemplo, en la interpretación que del pasado se hace en una sociedad específica. Recordemos que para este autor, los tres aspectos del mundo: la naturaleza, la sociedad y el subjetivo, han sido ya pre-interpretados en el pasado a través del lenguaje (que puede ser a su vez, constatativo, normativo o emotivo). Así, desde el primer momento de existencia, estamos en un mundo pre-interpretado que bien puede denominarse *el mundo de la vida* constituido a su vez por los “hechos”, los valores y las vivencias.<sup>262</sup>

El término “pre-interpretación” introduce la dimensión temporal del pasado en la interpretación del mundo. Es a lo largo del tiempo que se forman los elementos donde ancla el mundo de la vida: las creencias, las costumbres, y agregaría, la manera de dotar de sentido a un pasado que nutre la identidad.

La categoría *habermasiana* comentada da elementos para enriquecer la cuestión del otro que nos ocupa en este punto. En ese sentido, Berumen Campos afirma que el concepto de pre-interpretación del mundo de la vida “permite aceptar la existencia de distintos mundos de la vida [...] pueden existir tantos mundos de la vida como tipos de hechos, valores y vivencias existan”, lo cual constituye una invitación a tolerar otras formas de sentir, valorar y pensar que ahíncan en mundos de la vida diversos.<sup>263</sup> La relación con la cuestión de la alteridad se torna clara.

El advertir otros modos de vida necesariamente implica recurrir a la propia pertenencia a un grupo, pues es a partir de ésta que se dota de significación al otro. Para el observador, la experiencia del contacto con el otro, se convierte en una vía para ampliar y profundizar el conocimiento de sí mismo, de su origen y de la significación que le da a su propio pasado. Se requiere del otro para definir las propias fronteras, esa línea definitoria de lo propio, lo ajeno y lo compartido.

---

<sup>262</sup> Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, 2ª ed., México, Cárdenas Velasco Editores, 2008, pp. 26 y ss.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 29.

Ahora, quisiera detenerme brevemente en esta *definición* de esas “fronteras” entre lo propio y la otredad. *Definición* donde la memoria, juega un rol incuestionable. Afirma Gilda Waldman: “La frontera, caótica a veces, puede ser una herida cuyo dolor sirve para reafirmar nuestra identidad”. El sufrimiento común, por ejemplo, en una causa compartida por las víctimas, suele forjar cercanía entre quienes la padecieron. Aquí *el otro* es el causante del dolor y de las cicatrices que conforman la identidad.<sup>264</sup>

A su vez, el otro, que en un momento específico puede fungir como victimario, puede, potencialmente, llegar a ser víctima. Este mundo de posibilidades es una base compartida y constituye un eje para construir un elemento común, una especie de disposición a la *universalidad* humana. Es sin embargo importante, matizar lo dicho. Esta disposición a la universalización la entiendo como un proceso y no como un principio presupuesto como me parece es presentado por la tradición ilustrada que ve en los humanos una substancia absoluta que trasciende espacios y tiempos. Todo lo contrario. La *universalización humana* que parte de la cuestión de la otredad, esto es, de las fronteras (cicatrices) necesarias para hablar de identidad, se construye en eventos singulares, reales o potenciales (ser víctima o poder llegar a ser víctima) que necesariamente se dan en el mundo particular de la vida, nutrida en el mundo de la singularidad pasada, en la interpretación dinámica de lo pretérito.

Se puede afirmar que en esto subyace ya una forma diferente de entender la otredad. Según Krotz, se pueden adoptar dos posturas ante el otro. La primera, es una forma de contemplación estática que se expresa, por ejemplo, en estereotipos sobre los respectivos pueblos. La segunda, es entender a la categoría de la alteridad como un proceso real que se desenvuelve en la historia.<sup>265</sup> Esta segunda postura implica aceptar que, con el transcurso del tiempo, *el ser que es el otro, cambia*.

Me parece que las dos posturas referidas encarnan dos tradiciones filosóficas milenarias que encuentran su origen en el pensamiento de Parménides

---

<sup>264</sup> Waldman M, Gilda, “Presentación”, en Aguiluz Ibargüen, Maya y Waldman M., Gilda (coords.), *Memorias (in)cógnitas. Contiendas en la historia*, México, CIICH-UNAM, 2007, p. 13.

<sup>265</sup> Krotz, Esteban, *op. cit.*, p. 60.

y Heráclito. De aquél derivaría la identidad entendida como inmovilidad, como oposición radical entre *lo que es* y *lo que no es*, dando expresión a la identidad entendida bajo criterios esencialistas.<sup>266</sup> Por el otro lado, la identidad entendida como un devenir constante que siempre tiene nuevos horizontes encuentra raíces en la tradición fundada por Heráclito, aquí la identidad sería un proceso siempre inacabado e inserto en el tiempo. Identidad como devenir.<sup>267</sup> La memoria no escaparía a esta tensión, pues, mientras en la concepción de Parménides podría sostenerse que quien se recuerda a sí o recuerda a su pasado, parte del supuesto de considerarse *a sí mismo como el mismo* que vivió o experimentó el acontecimiento que yace en la memoria. En el caso de Heráclito, se partiría del supuesto que ve, en el que recuerda desde el presente, a una persona o sujeto distinto de aquel que vivió el acontecimiento pasado.

Estas dos tradiciones nos conducen a un problema más en torno a la relación memoria e identidad, expresado en una pregunta central: ¿somos o no los mismos del ayer? El problema no está en la naturaleza de lo recordado, sino en la identidad del agente que despliega el ejercicio memorístico.

Cierro este punto señalando otra pregunta ¿Cómo se da esa relación entre memoria e identidad? En el siguiente punto intentaré una respuesta.

### **2.3.1 Creación de identidades**

El título mismo de este punto, anuncia ya, la postura en torno al problema de la identidad que he tomado como uno de los supuestos de este trabajo. *Ésta se crea,*

---

<sup>266</sup> Dos fragmentos significativos. Platón, en el *Teetetes* señala mediante Sócrates: “Pero por poco me olvido. Teodoro, que otros, a su vez, han declarado [...], “inmóvil es el nombre para todo ser” y cuantas otras cosas Meliso y Parménides afirman con fuerza [...], asegurando que todo es uno y permanece estable idéntico a sí mismo, careciendo de lugar, en el cual se pudiera mover.” Simplicio, en torno a Parménides: “Pero lo inmóvil en los límites de grandes ligaduras existe sin comienzo ni fin”. Se trata de los fragmentos 908 y 910 sobre Parménides, tomados de *Obras. Los filósofos presocráticos*, introd. Francisco Lisi, traductor Conrado Eggers, *et. al.*, Madrid, Gredos, 2006, pp. 287-288.

<sup>267</sup> El siguiente fragmento expresa el pensamiento de Heráclito: “En los mismos ríos ingresamos y no ingresamos, estamos y no estamos.” En otro se puede leer: “[Y que esto no lo saben todos ni lo reconocen, se lo reprochan de la manera siguiente:] “No comprendo cómo lo divergente converge consigo mismo: armonía de tensiones opuestas, como [las] del arco y la lira.”, Ambos fragmentos dejan en claro que, a diferencia del pensamiento de Parménides, Heráclito se constituye en el primer referente intelectual del devenir. tomados de Rodolfo Montolfo, *Heráclito. Textos y problemas de su interpretación*, trad. de Oberdan Caletti, México, Siglo XXI, 2012, fragmentos 49 y 51, p. 36.

*no se descubre*. Es decir, estamos ante un proceso, no ante una esencia. El sujeto toma forma, en buena medida, a partir de la imagen que tiene de sí, y dicha imagen es susceptible de cambiar en el tiempo, se alimenta de las diferentes y sucesivas representaciones del pasado, es decir, de las diversas formas en que ejerce la memoria a lo largo de su vida. Sin embargo, ello no obsta para que los seres humanos aspiren a un punto identitario sustentado en la estabilidad e inmovilidad. De ahí que Todorov señalara que la mayoría de los seres humanos procuran sentir su pertenencia a un grupo, lo que permite obtener el reconocimiento de su existencia. “Soy alguien, no corro el riesgo de ser engullido por la nada”.<sup>268</sup> La cuestión es que esta aspiración, la de pertenencia, nutre la concepción que vincula al ser con la permanencia en el tiempo. En cambio, si se sostiene que todo cambia, incluyendo la identidad, entonces la sensación de pertenencia se torna ambigua, y por tanto, surge una sensación de incerteza. En este capítulo trataré de abordar la problematización tanto de la identidad a nivel individual como a nivel colectivo.

La idea de identidad ha tomado diversos significados a lo largo de la historia. Uno de los más importantes es sin duda la idea de Locke, quien en su obra *Ensayo sobre el entendimiento humano* coloca como uno de sus ejes de análisis a la identidad de la persona. En principio, hace depender la identidad de la “autoconciencia” del hombre. Locke busca, según lo explica Manuel Cruz, responder a dos aspectos centrales en torno al problema de la identidad: “la cuestión de dilucidar qué es una persona y la cuestión de dilucidar bajo qué condiciones puede decirse que una persona es idéntica a ella misma o a otra persona en dos momentos distintos.”<sup>269</sup>

Antes de analizar la cuestión de la identidad personal, Locke centra su atención en el significado del término “persona”. Esta palabra, dice el filósofo británico, refiere a “un ser capaz de pensar, de entender, que posee pues razón, reflexión y que puede verse a sí mismo como el mismo.” Es la conciencia, según Locke, la que permite que la identidad ocurra. Sin conciencia, no hay

---

<sup>268</sup> Todorov, Tzvetan, *Los abusos...*, cit., p. 51.

<sup>269</sup> Cruz, Manuel, *Las malas pasadas del pasado. Identidad, responsabilidad, historia*, Barcelona, Ed. Anagrama, 2005, p. 34.



pensamiento, ni percepción de sí. Locke afirma que “cada uno se ve siendo eso que llama “su propio yo” [...] la identidad personal consiste sólo en el “*permanecer* siendo igual” del ser racional...”. Finalmente, agrega, “La identidad de una persona se extiende tanto como esta conciencia puede extenderse hacia hechos o pensamientos del pasado”.<sup>270</sup>

Según lo ha interpretado Manuel Cruz, para Locke la memoria es la conciencia retrospectiva que una persona tiene en torno a que se trata del mismo que pensó en otro momento del pasado. Es la conciencia de reconocerse uno mismo en el que ya pensaba hace algún tiempo. Esta sensación de *continuidad* en el tiempo es lo que estructura a una persona. Las personas tienen en la memoria la posibilidad de acceder a los hechos en torno a sus propias historias y, por tanto, a sus propias identidades.<sup>271</sup>

Que una persona pueda considerarse a *sí misma*, supone la capacidad de reflexión y razón en un agente pensante que *ha existido* en tiempos diferentes, supone pues el ejercicio de la memoria. Ahora bien, es importante puntualizar que la memoria no excluye la posibilidad de existencia de otros elementos que puedan ser cimientos de la identidad de la persona, aunque sí resulta ser un factor central. Es decir, la memoria no es la única condición previa de la identidad, pero su importancia es incuestionable.

Persiste, sin embargo, una cuestión problemática: ¿Hay garantías que nos permitan asegurar que un individuo conserva la misma identidad personal a lo largo de su vida? ¿la memoria, como una de las bases de la conciencia de la *mismidad* garantiza una continuidad del sujeto, o al contrario, la *multiplicidad de yo*s? ¿Identidad supone una esencia o algo mutable que da viabilidad a la conciencia de sí, e incluso, a la memoria misma?

Dicho problema supera en mucho el objeto de este trabajo, pero, como sea, resulta un hecho incuestionable que la noción de identidad personal es fundamental no sólo para el sujeto individual, sino también, para la vida en común. En efecto, la sociedad, en sus relaciones internas y externas, funciona a partir del

---

<sup>270</sup> Locke, Jonh, *apud* en *Ibidem*, pp. 34 y ss.

<sup>271</sup> *Cfr.* Shoemaker, Sidney, *Las personas y su pasado*, trad. de Julieta Lascuraín y Enrique Villanueva, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1981, pp. 5 y ss.

reconocimiento de múltiples pertenencias identitarias, o bien, en el reconocimiento de otras autoconciencias. Maurice Natanson lo resumió consistentemente: el yo “es el ego vestido con las ropas de la sociedad”.<sup>272</sup> El proceso por el cual se forma la identidad encierra a su vez dos procesos específicos: primero, aquél por el que un actor social tiende a diferenciarse de los demás y por tanto a afirmarse por separación del otro; y segundo, aquel por el que un actor social tiende a fundirse en los otros, identificándose o integrándose con y en ellos.

Para comprender mejor dichos procesos puede resultar útil recurrir a la idea de sujeto en Hegel.<sup>273</sup> El sujeto (o espíritu) es primeramente un ser aislado, un ser “en sí” que, posteriormente, se torna en un ser “fuera de sí”, esto es, un ser que sale de sí a interaccionar con un exterior donde, entre otras cosas, conoce otros sujetos. En este momento estamos ante lo que Berumen Campos denomina “un ser que se enajena de sí”. Finalmente, ese ser retornará a sí mismo, pero en ese regreso, estaremos ante un ser que ya no es el mismo de antes, sino que ha devenido en un ser distinto, un ser que al volver a su unidad, está ya enriquecido. Más adelante, en el análisis que Berumen Campos realiza sobre este aspecto en el pensamiento hegeliano, se introducen unos términos que resultan significativos para la cuestión de la otredad:

La palabra “espíritu” para Hegel, significa, no únicamente, que el sujeto es un yo (en sí), sino también un tú (fuera de sí) y un nosotros (en y para sí). [...] Es lo que el mismo Hegel llama la autoconciencia que sólo es tal, mediante el reconocimiento de otra autoconciencia que, a la vez, es reconocida como tal por la primera. [...] Este reconocimiento recíproco o intersubjetivo que constituye a los sujetos se lleva a cabo fundamentalmente, por medio del lenguaje.<sup>274</sup>

Así, el proceso de afirmación en buena medida se desarrolla a partir de la capacidad del sujeto de tenerse a sí mismo como objeto, de autoconocerse a partir del darse cuenta de la sociedad y la historia que, por decirlo de alguna forma, *laten* ya dentro de sí. Y esto, finalmente, puede ejemplificarse con una de las construcciones sociales por excelencia: el lenguaje. Éste es más que un simple medio de interacción. Es también una expresión de la memoria social que asigna

---

<sup>272</sup> Natanson, Maurice *apud* Cruz, Manuel, *op. cit.* p. 54.

<sup>273</sup> Aquí me baso en la referencia que sobre el reconocimiento recíproco se realiza en: Berumen Campos, Arturo, *La ética jurídica...*, *cit.*, pp. 200 y ss.

<sup>274</sup> Véase, *Ibidem*, pp. 10 y ss.

referentes o significados distintos. El lenguaje es una convención que se desarrolla en la historia y que permite, precisamente, el diálogo que, desarrollado entre el sujeto y los otros, alimentará la identidad misma. La determinación del sujeto como tal, de su identidad propia, es claramente intersubjetiva.

Adicionalmente, el lenguaje abre otra puerta de reflexión. El lenguaje escrito en particular puede ser entendido como un mecanismo que busca perpetuar la memoria, o por lo menos, garantizar una versión del pasado. Esto es lo que Braunstein denomina “memoria objetivada”, es decir, “la memoria de los datos que tienen utilidad efectiva o potencial y que por eso merecen conservarse.”<sup>275</sup> Evidentemente, esta modalidad puede revestir riesgos, sobre todo por lo relativo del término “utilidad”. Por ejemplo, cuando el pasado histórico se encuentra archivado, detentado e interpretado de acuerdo a ciertas modalidades convenientes a las consignas de los propios detentadores del poder político y/o económico. Éstos bien pueden decir sí al recuerdo, siempre y cuando sea de la manera unívoca que el poder establezca.

En este punto puede resultar adecuado hacer referencia a una de las entidades donde la memoria y la construcción de la identidad se tornan significativas y convergentes: el sentido de pertenencia a una nación. Esto queda evidenciado en la afirmación de Ernest Renan en *Qu'est-ce qu'une nation?*,<sup>276</sup> donde afirma que el olvido, e incluso el mismo error histórico son factores esenciales en la formación de una nación, y por tanto, en contrapartida, un estudio histórico, representará, para la nacionalidad, un peligro, precisamente porque uno de sus objetos, al menos en teoría, es el de rescatar aspectos del pasado olvidados, o corregir los errores o la tergiversación del mismo.

Algunas posturas que buscan explicar a la nación, la hacen descansar en criterios objetivos, tales como la lengua, el territorio y la historia común.<sup>277</sup> Sin embargo, las posturas objetivistas, no han prosperado porque no todos los

---

<sup>275</sup> Braunstein, Néstor A., *La memoria, la inventora*, México, Siglo XXI, 2008, p. 73.

<sup>276</sup> Véase, Hobsbawm, Eric, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, 2ª ed, trad. de Jordi Beltrán, Barcelona, Ed. Crítica, 2004, p. 21. La referencia a la afirmación de Renan también se encuentra en Defez i Martín, Antoni, “Memoria, identidad y nación”, en Faerna, Ángel Manuel y Torreveano, Mercedes (eds.), *Identidad, individuo e historia*, Valencia, Ed. Folio, 2003, pp. 287-299.

<sup>277</sup> La distinción entre posturas que buscan explicar a la nación en criterios objetivos o subjetivos es ampliamente desarrollada en Hobsbawm, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

miembros de la nación encajan en los elementos mencionados. Veamos el caso, importante para el presente trabajo, de la historia común. Hablar del “pasado histórico de la nación”, como sostiene Hobsbawm, resulta anacrónico. Colocar en el mismo origen temporal a la historia y a la nación, y no ver en esta última, una creación de aquélla, implica no reconocer la propia historicidad del término nación. Ese “pasado histórico”, pretendidamente objetivo, aspira a ser pétreo, inamovible y subordinado a explicar el presente de la nación en cuestión. En consecuencia, surge una posición apologética de “lo nacional”, que puede promover que todos aquellos cuya historia particular suponga un quiebre de la historia nacional sean eventualmente, silenciados, que se neutralice el desafío que puede representar otra versión del pasado al bloque monolítico que es la “historia nacional”. En este punto, no estamos ante una expresión memorística, sino a una aspiración totalitaria: la eternización del pasado.<sup>278</sup>

La otra alternativa que busca sustentar a la nación parte de criterios subjetivos. Desde esta óptica, las naciones existen en tanto hay sujetos que creen en ellas, es decir, que las naciones, y con ellas las identidades derivadas, son susceptibles de ser creadas, y también, de vivir el proceso inverso: diluirse.<sup>279</sup> Para esta postura, las naciones no son esenciales, sino fenómenos sujetos a procesos históricos. Pero no a una historia que ve en el pasado un tiempo petrificado, sino dinámico, dúctil a las diversas interpretaciones historiográficas. La nación es, en este caso, una “comunidad imaginada”. Ahora bien, los defensores de las perspectivas objetivistas, señalan que las definiciones basadas en la subjetividad, son tautológicas, ya que, según afirman, no explican nada pues dan por explicado, lo que hay por explicar. Si hay un grupo de personas que creen en la nación, en realidad se presupone la existencia de ésta y no se la explica.

Como se observa, el problema de la identidad nacional a la luz de la memoria es sumamente complejo. Lo que resulta incuestionable es que en ella se destacan dos procesos especialmente importantes para este trabajo: el de la construcción de una identidad individual y de grupo (en este tocamos el nacional, aunque, por supuesto, no es el único), y el de la exclusión del otro cuya identidad

---

<sup>278</sup> Véase, *Infra*, Capítulo 3.

<sup>279</sup> Defez i Martín, *op. cit.*, p. 291.

problematiza la homogeneidad del grupo. Para entender este segundo proceso recurriremos a otra figura que tiene que ver con la otredad y que también tiene una dinámica de construcción propia: la creación de estigmas.

### **2.3.2 Creación de estigmas**

Según Todorov el mundo contemporáneo tiende a homogeneizarse y uniformarse como resultado de la acelerada circulación de informaciones, bienes de consumo cultural y personas. Dicho proceso, perjudica a las identidades y pertenencias tradicionales y/o alternas. Considera que la necesidad de una identidad colectiva y el repliegue de las identidades tradicionales generan un nuevo culto a la memoria. Matiza su afirmación señalando que el recurso al pasado es especialmente útil cuando se reivindican pertenencias por primera vez. Dichas pertenencias, al ir contra la corriente, se tornan más “vehementes” (es el caso de las mujeres y el de las minorías raciales, religiosas o de la comunidad LGBT, por citar algunos).<sup>280</sup>

En cierta forma, se puede afirmar que en la sociedad contemporánea opera una “lógica” de inclusión y exclusión que se expresa de manera concreta en fenómenos modernos como la marginación, la discriminación, la segregación local y mundial. Varios son los autores para quienes ello supone, en buena medida, la existencia de un desequilibrio de poder sustentado en prejuicios, en miedos, en odio hacia personas o grupos específicos de personas. Olga Salcido, por ejemplo, aborda este tema desde el ángulo de lo que denomina *lo extraño*, noción que define a partir de su contraste con lo familiar, con lo propio, con “lo que no pertenece a nuestro mundo”.<sup>281</sup>

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que al otro se lo convierte en extraño a partir de mecanismos subjetivos y sociales. Aquí la frontera establecida es la esfera de familiaridad, esto es, el conjunto de marcos que dan forma a la manera de entender al mundo. Es el marco que establece el horizonte de lo que Will Kimlicka denomina *cultura societal*, es decir, esa cultura que proporciona significación a la vida de los que la integran a través de toda la gama de

---

<sup>280</sup> Tzvetan Todorov, *Los abusos... op. cit.*, p. 52.

<sup>281</sup> Salcido Olga, “El extraño”, en León Emma (ed.), *El monstruo en el otro: sensibilidad y coexistencia humana*, Madrid, Sequitur, 2011, pp.25 y ss.

actividades humanas, incluyendo aspectos sociales, educativos, religiosos y económicos, siempre en su doble vertiente, pública y privada. Sostener lo anterior en el marco de la *cultura societal* supondría problematizar memorias y valores, así como instituciones y/o prácticas comunes a toda la humanidad. Habría ausencia de pautas compartidas.<sup>282</sup>

De esta forma, quien no coincide con los esquemas de significación *societal* puede verse sometido a una gran cantidad de valoraciones no siempre positivas. En cierto momento, ser considerado como atractivo, susceptible de respeto, y en otro ser tratado con indiferencia; dicha valoración también puede dirigirse a ver a ese otro como inferior, peligroso, sospechoso, anormal, enemigo, extranjero, etc. A los rostros encuadrados en la extrañeza se les somete a un proceso de resignificación de sus rasgos. Olga Salcido sostiene que no es que sean extraños *en sí*, sino extraños *para* alguien.<sup>283</sup>

El extraño es pues una categoría social, una forma particular de entender la otredad, cuyos contornos se forman a partir de una gran variedad de condiciones: nacionalidad, género, edad, clase social, religión, preferencia sexual, entre muchas otras. La extrañeza deriva de una relación social, y no de condiciones *supuestas* como esenciales por aquel que asigna las categorías. Implica un orden de interacción donde al otro se le dota de un lugar a partir de su categorización que, sirve además, como generador de expectativas de comportamiento.

Resulta claro que ninguna relación social colocada fuera del ámbito de pertenencia es neutra. No tiene el mismo valor despreciar al otro, odiarlo o temerle. No es lo mismo evadirlos o buscar su exterminio. Centrémonos pues en el tipo de valoración negativa traducido ahora en el término de estigma.

---

<sup>282</sup> Véase Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, tr. Carmen Castells Auleda, España, Paidós, 1996, pp. 112 y ss. La exposición de las culturas *sociales* resultaría de vital importancia si atendemos al hecho de que es en ellas donde el sujeto se desenvuelve. Desde la perspectiva de Kymlicka, es la cultura *societal* la que proporciona al individuo una diversidad de opciones. Las personas tendrán la posibilidad de elegir entre las diferentes prácticas sociales de su entorno cultural, esto en función de sus creencias sobre el valor de esas prácticas (creencias que bien pueden ser no apreciadas por otras culturas sociales). Hay pues una conexión entre el individuo y la cultura. Para que una elección individual significativa sea posible, los individuos necesitan acceder a una cultura *societal*, pues es ésta la que le dará las vías de acceso a lo que en un determinado contexto cultural es valorizado como la *buena vida*.

<sup>283</sup> Salcido, Olga, *op. cit.*, p. 31.

El estigma, nos dice Erving Goffman, es un término surgido en la antigua Grecia para referirse a los signos corporales (cierto corte o marcas corporales) con los que se mostraba algo malo o poco usual en la calidad moral de quien los portaba. El portador era un esclavo, un criminal o un traidor. En la actualidad, aunque la palabra es ampliamente usada, con ella se suele categorizar a las personas y asignar atributos, supuestamente naturales, a los miembros de cada una de estas categorías.<sup>284</sup>

Evidentemente, el estigma, entendido como *identidad deteriorada*, se desenvuelve en un proceso social, en la dinámica de interacción intersubjetiva, aunque su finalidad sea la de asignar rasgos negativos pretendidamente esenciales en la persona que lo porta. Es en este contexto que, según Goffman, al haber un encuentro entre extraños, las primeras apariencias pueden derivar en tres tipos de estigmas que serán entendidas por la sociedad dentro de las siguientes categorías: 1) las que dicho autor denomina *abominaciones del cuerpo*, es decir, las alteraciones fisiológicas; 2) los *defectos del carácter del individuo*, donde quedarían incluidos aquellos que *carecen de voluntad o padecen una pasión* que es considerada por la sociedad como antinatural o no manejable (por ejemplo, la homosexualidad o el alcoholismo); 3) los estigmas tribales derivados de la raza, la nación o la religión.<sup>285</sup>

Cuando estamos en presencia de una persona estigmatizada, la sanción social busca que la identidad real del individuo responda a una *identidad virtual*. Por ejemplo, si se es hombre se debe actuar como tal, mismo caso si se es mujer, o de cierta nacionalidad o religión. Así, cuando surge alguna discrepancia, una falta de correspondencia entre categoría y actuar esperado hay un *daño*, un irse desviando del camino que *debe ser*, una alteración en la identidad del sujeto, en ocasiones explicada con el término *antinatural* y se justifica que se le desacredite en el mundo social.

Veamos el caso de uno de los estigmas tribales: el del racismo. Éste puede ser entendido como producto de la cultura (algunos incluso dirán que lo es de la

---

<sup>284</sup> Goffman, Erving, *Estigma. La identidad deteriorada*, trad. de Leonor Guinsberg, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 2003, pp.11 y ss.

<sup>285</sup> *Ibidem*, pp. 14 y 15.

cultura moderna), y por tanto es un fenómeno totalmente histórico, susceptible de cambiar a lo largo del devenir, aunque también es cierto que está particularmente presente desde que los procesos típicos de la globalización han puesto en contacto, cada vez con mayores complejidades, a las diferentes culturas. La globalización ha multiplicado las líneas de conflicto, creando, entre otras cosas, nuevas modalidades de identidad y pertenencia.

Entre las estrategias básicas que ofrece el racismo a las sociedades que sienten en riesgo su autoafirmación en épocas de crisis podemos encontrar la magnificación de lo propio mediante mecanismos de difamación y marginación del otro, del extraño; la equiparación de las diferencias en relaciones de superioridad e inferioridad; y el odio colectivo hasta niveles de exclusión y/o exterminio del otro.

A decir de Christian Geulen el racismo pretende sustentarse en un orden que hay que reivindicar mediante la realización de ciertas prácticas a las que atribuyen una justificación derivada de un presunto orden natural. En ese sentido, afirma que el racismo “más que crear una imagen del mundo, de cómo es por naturaleza [...] la crea de cómo *debería ser* por naturaleza.”<sup>286</sup> Así mismo, el término raza no sólo supone desvalorizar lo ajeno, sino también es una descripción de lo propio. Esa *verdad propia* es vista como susceptible de universalización. Así, la persona o la comunidad que asigna estigmas buscan atribuir un valor universal a determinados aspectos de su forma de vida al buscar que prevalescan sobre los otros.

Ahora bien, el problema del racismo, tal como lo hemos referido, nos permite vincular este tema con el de la memoria. Si se pone atención, el rescate memorístico en las sociedades denominadas postmodernas, suele sustentarse en los sectores sociales estigmatizados, marginados, desplazados, etc. Aquellos que han sido beneficiados por las dinámicas sociales, históricas o culturales, no tienen necesidad de impulsar este rescate, ya que su pasado permea de forma dominante en el discurso histórico disponible. Las identidades deterioradas (usemos aquí el término de Goffman) aspiran al reconocimiento, mientras que las

---

<sup>286</sup> Geulen, Christian, *Breve historia del racismo*, trad, de Elena Bombin y Jesús de la Hera, Madrid, Alianza, 2007, p. 15.



identidades históricamente dominantes aspiran al *statu quo*, a la inmovilidad interpretativa del pasado.

En todo caso, el problema se detona cuando el orden social que es el espacio donde se construyen las identidades, eventualmente adjetivado como orden natural, entra crisis. En este punto es cuando surge una de las figuras que François Ost denomina *destemporalización*, es decir, de rechazo del tiempo expresado en la nostalgia de la eternidad.<sup>287</sup> Ésta, es una compensación ilusoria ante una realidad que parece golpear la estabilidad de lo que se percibe como inmutable.

Ante el transcurso del tiempo, las identidades fungen como una especie de ancla, de sujeción ante un fluir que pareciera diluir la identidad. Por ello, las identidades suelen aspirar al inmovilismo, al *no tiempo*, a afianzar la eternidad. Esto es lo que caracteriza a los fundamentalismos identitarios: una nostalgia de la eternidad que busca referentes fuera de la historia, referentes ajenos al devenir. Aquí, la memoria se focaliza en lo que *ha sido*, y por tanto, *debe seguir siendo*. Una memoria tradicional, que nada cíclica y eternamente en *la verdad* de la identidad propia.

Las crisis a las que se enfrentan las identidades radicales, que bien pueden detonarse en el encuentro con el otro, conducen o dan forma a la citada nostalgia. En efecto, en el encuentro con el otro, el ideal del “pueblo uno”, de la homogeneidad, de la aspiración a la verdad única y pétrea puede tambalearse. El encuentro con el otro es el jalón que da la historia a cualquier clase de determinismo al fluir del tiempo, y por tanto, es la negación de la antihistoria.

Es por eso que, al mirar al pasado lo que predomina es el conflicto. Esto es importante para nuestro tema porque son las identidades emergentes, los otros, los extraños, y entre éstos, los estigmatizados los que tienen una experiencia distinta de la memoria. Con ellos, la memoria no es el recuerdo del orden aceptado como natural, no es el ejercicio de reminiscencia de la verdad absoluta. Aquí, la memoria es reivindicación de la diversidad humana, es la demanda de reconocimiento de que hay múltiples historias en continua reformulación. Son los

---

<sup>287</sup> Cfr. Ost, François, *El tiempo del derecho*, trad. de María Guadalupe Benítez Toriello, México, Siglo XXI, 2005, p. 22.

otros, los que, al ser los olvidados de la historia –de la historia inmóvil y eterna de los unos-, asumen la incertidumbre del cambio. Niegan el orden natural porque éste no los ha reconocido como copartícipes del género humano. Niegan el orden que ha *esencializado* al ser humano tomando como parámetro una sola imagen de hombre, y con él, un solo ideal social. Finalmente, niegan el deseo de sustraer lo esencial del ser humano de lo eterno, para depositarlo en una idea de condición humana que trasciende, no el tiempo, sino las identidades radicales que, arraigadas en lo antihistórico, niegan el rostro humano al diferente.

El discurso de lo *natural*, asumido como propio por los partidarios de la memoria como reminiscencia, se torna en lo menos natural para los estigmatizados. Esto tiene una proyección refleja al territorio teórico de los derechos humanos y el ámbito social donde éstos se desarrollan. Supone saltar al ámbito de la discusión jurídica moderna, donde han venido tomando forma. Pues, si aceptamos en principio *ubi homo ubi ius*, resulta claro que la cuestión de la memoria, y con ella, la del otro, encontrarán una esfera de discusión única en el campo del derecho en general, y específicamente, en el de los derechos humanos.

### **Capítulo 3. Memoria, derechos humanos y derecho**

#### **3.1 Construcción de los derechos humanos**

Según Priscilla Hayner, cuando un Estado (o específicamente los órganos de poder de éste) busca explorar los usualmente llamados *abusos del pasado*, puede guardar una gran diversidad de motivaciones que justifican su acción, entre otros: castigar a los autores de dichos abusos, investigar la *verdad* de los hechos, reparar los daños, rendir homenaje a las víctimas o evitar abusos futuros. Las motivaciones también pueden tener un motivo político: la reconciliación nacional, contener los conflictos legendarios, o bien, si se trata de un nuevo régimen, destacar la preocupación del mismo por unos *derechos humanos*, como una manera de legitimarse.<sup>288</sup>

Sea cual sea la motivación de que se trate, podemos descubrir en todos ellos dos polos temporales vinculados en un punto de convergencia. Uno de esos puntos es el pasado mismo, concretamente, el pasado donde ocurrieron los hechos de los que se dice, constituyen violaciones a los derechos. El otro referente está en el futuro, un futuro deseable donde los eventos ocurridos en el pasado, se espera no se vuelvan a cometer.

Lo anterior mantiene, sin duda, una estrecha relación con los derechos humanos. A manera de ejemplo podemos citar el artículo 19 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* que lleva implícito un “derecho a saber la verdad” cuando señala que el derecho a la libertad de opinión y expresión incluye “el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas (...) por cualquier medio de expresión.” De esta forma, conocer el pasado, puede ser entendido como una de las expresiones del derecho a saber la verdad.

En este capítulo, una de las bases subyacentes está constituida por los dos supuestos temporales mencionados: el pasado y el futuro. Tal vez por ello resulta natural que uno de los temas que se analizará será el del perdón, figura compleja que mira hacia los dos horizontes citados. Mira al pasado porque, como dice François Ost, el perdón es una manera de “saldar el pasado”, esto es, de

---

<sup>288</sup> Hayner, Priscilla, *Verdades Innombrables. El reto de las comisiones de la verdad*, trad. Jesús Cuéllar, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 38.

plantearlo (o replantearlo) para superar la dinámica eterna que caracteriza, entre otros, a la memoria intransitiva (una de cuyas expresiones es la antítesis del perdón: la venganza). Por otra parte, el perdón es también una promesa, término igualmente tomado de Ost, entendida como la capacidad de la sociedad para comprometerse con el futuro por medio de “anticipaciones normativas”. Por medio del perdón, se da ese salto cualitativo que permite que el pasado tome una nueva significación. Se rompen, al menos en teoría, las cadenas de la violencia, y se construye, simultáneamente, un contenido normativo que da forma o viabilidad a los derechos del futuro.<sup>289</sup>

Cabe precisar que este oscilar entre el pasado y el futuro encuentra expresión en la temporalidad misma de la comunidad política. Una serie de convenciones teórico-explicativas parecen pasar de largo ante las implicaciones temporales referidas al elaborar discursos legitimadores cuya pertinencia fáctica puede ser puesta en entredicho. Veamos brevemente este punto, antes de continuar con la cuestión del pasado y el perdón.

A decir de François Ost, la cuestión de la legitimidad de un orden jurídico en la modernidad tiene que ver con el llamado “momento fundador”.<sup>290</sup> En efecto, el instante hipotético originario podría identificarse con el recurso al discurso legitimador del contrato social cuyo origen histórico se encuentra en el siglo de las luces, en oposición a las teorías pactistas clásicas del antiguo régimen. Me parece oportuno no perder de vista que el contrato social es un supuesto, un “imaginable” disponible en la teoría, pero no en la historia. Es pues, un pilar de la teoría política moderna que busca ser un sustento de legitimidad que contraste con la tradición dominante en el antiguo régimen.

Surge, sin embargo un problema. La noción de contrato social, al quedar fuera de la jurisdicción de la historia, en realidad se acerca, paradójicamente, a una especie de *origen mítico* del Estado moderno. Un imaginable pretérito que sólo tiene sentido porque se le da forma desde “el futuro” que, teóricamente, busca inaugurar. Ese *futuro por inaugurar* resulta ser nuestro presente. Su manifestación es una teoría política, que se ha visto en la necesidad de subsanar

---

<sup>289</sup> Ost, François, *op. cit.*, p. 33.

<sup>290</sup> *Ibidem*, p. 56.

la oscuridad de su origen histórico, con el establecimiento de una hipótesis fundadora.

Ante lo anterior, pienso que resulta clara la imposibilidad de identificar históricamente el momento preciso en que nace el orden jurídico. O como sostiene Ost, es difícil establecer históricamente “el punto cero del derecho”, pues siempre habrá un derecho anterior al derecho. Esto es, me parece, el problema que enfrentó Hans Kelsen cuando refiere que el fundamento de validez del orden normativo en la *norma fundante básica*. El autor de la *Teoría pura del derecho* señala que a la cuestión de la validez de la norma no se le puede contestar mediante la verificación de un hecho empírico, “el fundamento de validez de la norma no puede ser semejante hecho”. Y en seguida, se refiere la llamada falacia naturalista: “De que algo sea, no puede seguirse que algo *deba ser*, así como de que algo sea *debido*, no puede seguirse que algo sea.” Y concluye que el fundamento de una norma sólo podrá encontrarse en otra norma válida superior que fungiría como una premisa mayor. Sin embargo, el fundamento de validez de una norma no puede continuar hasta el infinito, así que Kelsen supone una norma suprema denominada norma fundante básica (*Grundnorm*), la cual se erige como fuente común de validez de todas las normas pertenecientes al mismo orden.<sup>291</sup>

La norma fundante básica ya ha sido ampliamente discutida y criticada en la doctrina jurídica contemporánea. Para este trabajo basta con decir que me centro más en el proceso de definición del contenido de la norma que en la validez de la norma formalmente hablando. Por supuesto no someto a duda la relación entre

---

<sup>291</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 201 y 202. La reflexión de Hans Kelsen, por otro lado, me parece que se desenvuelve en una problemática que los escépticos, desde Sexto Empírico, afrontaron en un contra-argumento hacia los *dogmáticos*. Efectivamente, nos dice Sexto Empírico que no se puede buscar el fundamento de algo intelectual en algo fenoménico o empírico. La razón que arguye es que entonces, habría que buscar una garantía que soporte el fenómeno que, en principio, era garante. Es decir, ahora el problema es fundamentar lo fenoménico. Si ese fundamento es algo intelectual, caemos en un *tropo*, el del círculo vicioso. Ante dicha situación, continúa Sexto Empírico, la alternativa es encontrar la garantía o fundamento de algo intelectual en algo también intelectual. El problema, sin embargo, se complica, porque entonces habría que buscar un fundamento anterior a la garantía misma, pero eso nos lleva al tropo *ad infinitum*. Finalmente, señala Sexto Empírico, se puede pretender dar solución al problema del fundamento, estableciendo un punto fundante, que no sea a su vez, susceptible de fundamentar, evitando con ello, la recurrencia *ad infinitum*. El problema de esta solución, señalan los escépticos, es que no resuelve el problema del fundamento, dado que cae en otro tropo, el de la *hipótesis*. Dado que hay un punto que no ha sido fundamentado, y por tanto, no ha sido demostrado, no se pueden derivar de ese punto, otras realidades, intelectuales o fácticas. Véase, Sexto Empírico, *Esbozos pirrónicos*, introd. y trad. Antonio Gallegos Cao y Teresa Muñoz Diego, Barcelona, Gredos, 2009, pp. 55 y ss.

forma y contenido normativo, al contrario, ésta me resulta incuestionable. El problema en todo caso radicaría en si es posible afirmar la memoria histórica como sustento de los derechos humanos (que eventualmente son referidos más al contenido que a la forma jurídica propiamente dicha), es decir, como una base que toma arraigo en hechos pasados más que en una norma hipotética. Esto tiene un equivalente reflejo en el ámbito político con el mencionado *contrato social supuesto*.

Como se ha ya señalado, nuestra propuesta parte del rescate de la memoria histórica para construir los derechos humanos. La pregunta es ¿es posible esto, si desacreditamos, como lo hace Kelsen, un sustento empírico de la norma? ¿no es acaso el pasado el *substratum* empírico de nuestra propuesta? En otras palabras, ¿no estaríamos cayendo en la falacia naturalista si derivamos los derechos humanos (*deber ser*) del pasado (*ser*)?

En este punto es importante reiterar lo dicho más arriba en torno a las cuestiones hipotéticas de toda teoría, ya jurídica, ya política. Pero esos supuestos o hipótesis pueden ser relativizados si partimos de herramientas históricas. Mencionábamos que el contrato social es un supuesto, y por tanto, no puede ser rescatado memorísticamente. Ese momento fundante es una especie, afirmamos, de mito originario de la modernidad, ajeno a la historia. De hecho, me atrevo a sugerir que es la historia la que es negada con el recurso al contrato social. Sin embargo, me parece que surge una paradoja en el recurso que se hace del contrato social pues en este supuesto, es el derecho el que resulta ser producto de un hipotético contrato, esto es, en dicha propuesta, la falacia es la inversa a la atribuida al iusnaturalismo, pues deriva un *ser* (el fenómeno jurídico expresado en derecho positivo) de una hipótesis no probada (el contrato social, por ejemplo).

Atendiendo a lo anterior, Kelsen, particularmente el de la *Teoría Pura* es un moderno. Pues para él, la norma fundante básica no es un hecho histórico, y la diferencia claramente de la materia empírica que es la historia. Es pues una norma hipotética que brota en un pasado no definido históricamente. El problema se complica si vemos en dicha norma hipotética una especie de *deber ser* fundante que garantice la existencia de un orden jurídico válido. Pero al ser un *deber ser* no sustentado en la historia se evidencia un problema teórico complejo expresado en

el planteamiento de la siguiente pregunta: ¿cuál es el origen (o fundamento garante) de dicha norma fundante, es decir, de ese *deber ser* originario? Me parece que para Kelsen, el origen de la norma fundante o hipotética fundamental son, paradójicamente, las normas del presente. Kelsen parece decir que si estas normas *son* válidas, lo son porque su validez deriva de aquella norma que, para que funcione la construcción de Kelsen, *debe ser*.

Surge así otra cuestión: la *validez* de las normas del presente ¿puede ser entendida como un *hecho*? Y si no es un hecho entonces ¿qué es? Haciendo un ejercicio de ficción, las normas jurídicas válidas que dan forma al orden jurídico, *son necesariamente algo*, es decir, tienen un rango ontológico que incluso las hace objeto de estudio de la ciencia jurídica. Es decir, la ciencia del derecho tiene como objeto de estudio normas, normas que *son*, y más aún, normas que *son* eventualmente en el presente. Las normas de derecho, si se me permite la expresión, *son deber ser* jurídico. Pero además, esas normas que *son* en el presente, *son* el *sustratum* empírico que sustenta un *deber ser hipotético* que es la norma fundante. Es pues, la de Kelsen, una derivación inversa. Deriva un *deber ser* (norma fundante básica) de un *ser* (las normas que *son* en el presente). Adicionalmente, deriva de una premisa particular (ubicada en las normas válidas que *son* en el presente), una norma hipotética ubicada en un pasado ajeno a la historia.

A raíz de las anteriores consideraciones, me parece pertinente y totalmente significativo señalar que el origen ya de la sociedad, ya del orden jurídico, no se da en el vacío histórico. En este sentido es que François Ost cita a Paul Ricoeur: “Jamás se presenta ante nosotros el comienzo de la regla, lo único que podemos hacer es remontarnos de institución en institución”, y agrega, que “nuestra acción, nuestro discurso e incluso nuestra libertad sólo son posibles si tienen como trasfondo una interacción dada de antemano”, sin esas estructuras previas de sociabilidad habría una carencia total de sentido.<sup>292</sup>

Toda fundación, en la sociedad, en el derecho, o en cualquier otro ámbito humano, no se da en la nada. Fundar necesariamente requiere de una ruptura con

---

<sup>292</sup> Ost, François, *op. cit.*, p. 59.

lo previo, es decir, requiere de cambio, y *si es cambio es historia*. Así, Derrida señala que la fundación es un acto revolucionario, en el cual se puede afirmar un nuevo derecho cuya autoridad emana sólo con su propia “violencia fundadora, producto de un acto performativo puro”. En ese momento de violencia fundadora, puede haber un no derecho –el sujeto performativo está liberado de toda ley-, pero no puede haber una no historia. Al contrario, la fundación, la creación de lo nuevo por la revolución opera en el devenir histórico.<sup>293</sup> Sin embargo, Ost se aleja de Derrida, cuando señala que la fundación de la ley no está suspendida en el vacío, en ruptura total y radical con el pasado. Afirma que en la fundación no hay que leer un vacío, sino un vínculo, esto es, una continuidad que no deja de extenderse y de enriquecerse con la historia, con el pasado. A pesar del momento fundante, el pasado sigue irradiando su influencia hacia el presente.<sup>294</sup> *La historia es ruptura y continuidad del pasado en relación al presente.*

Finalmente, la fundación de un nuevo derecho es una promesa. Un ejemplo puede ser el enfrentamiento que una sociedad hace de los crímenes del pasado. Al momento de responder a los abusos del pasado, un Estado puede tener varios móviles, todos –según señalé más arriba- proyectados a una promesa. Así, como veremos más adelante, el establecimiento de una comisión de la verdad tendrá entre sus objetivos esclarecer la misma, reparar los daños, fomentar la reconciliación nacional, reducir o eliminar la posibilidad de que el conflicto aflore de nuevo y por supuesto evitar que los abusos se repitan. En pocas palabras, se busca un nuevo comienzo, la fundación de un nuevo estado de cosas para lo cual, se vuelve el rostro al pasado. Replantear el pasado es el paso necesario para un orden nuevo y/o para enriquecer uno previo. Un replanteamiento que construye o da nuevas perspectivas de los derechos humanos ya existentes. Sólo que en este caso, éstos no son descubiertos en su substancia suprajurídica, tampoco son creados por la norma jurídico-positiva. Igualmente, no son un supuesto teórico de legitimidad política en un aparente vacío histórico. En la propuesta de este trabajo, *los derechos humanos son contruidos a partir del reconocimiento de su historicidad.*

---

<sup>293</sup> Derrida, Jacques *apud*, en *Ibidem*, p. 60.

<sup>294</sup> *Idem*.



### **3.1.1 Replanteando el pasado**

En este punto busco establecer una relación entre el ejercicio memorístico, el derecho en general y los derechos humanos. Para ello, parto de una de las figuras jurídico-políticas más interesantes de la segunda mitad del siglo XX: *las comisiones de la verdad*. Aunque, según veremos no es la única institución que expresa el replanteamiento del pasado, funge como una figura bisagra entre pasado, presente y el objeto de nuestro interés, la construcción de los derechos humanos. Se trata de mecanismos oficiales usados principalmente para documentar o dejar constancia histórica de los abusos o violaciones de derechos humanos cometidos generalmente en situaciones de conflictos armados, guerras civiles o regímenes autoritarios en el pasado.

Aunque ha habido una gran diversidad en la tipología de dichas comisiones, hay algunos elementos que han compartido: responden a la necesidad de dar forma a una narración, una versión del pasado que hasta entonces permanece oculta o ha sido ignorada; varias han afirmado tener como objeto recordar y reivindicar a las víctimas, así como promover la justicia para ellas. En la base, tal vez, late la necesidad de consolidar la legitimidad de un nuevo régimen (una nueva fundación) que busca diseñar una política de protección de derechos humanos hacia el futuro, aunque también, como se verá más adelante, se puede buscar tender puentes dirigidos a la reconciliación de los sectores sociales en conflicto, reparaciones de daño a todas las víctimas, resolución judicial de todos los casos, y por supuesto, reformas institucionales. Como sea, las comisiones de la verdad implican un replanteamiento del pasado.

Como se puede observar, la naturaleza y objetivos de las comisiones de la verdad son en esencia distintos a cualquier proceso judicial. Tal vez por ello es que, para el común de la gente, las expectativas que crean son tan altas y, eventualmente, los resultados alcanzados son tan mesurados que sólo generan una especie de frustración.

Priscilla Hayner destaca las siguientes características de las comisiones de la verdad: 1) se centran en el pasado, 2) no investigan un suceso concreto, sino una serie de abusos cometidos en un determinado período; 3) son organismos temporales, terminando su labor al presentar un informe; 4) tienen el aval o

autorización del Estado y en ocasiones, sobre todo después de un acuerdo de paz, de la oposición armada, lo que les permite acceder con menos dificultad a información oficial;<sup>295</sup> 5) indagan hechos relativamente recientes, generalmente, actos de represión por motivos políticos, con el objeto de mantener o tomar el poder; 6) se trata, por lo general, de abusos masivos que afectan a miles de personas, y 7) la mayoría de estas comisiones son una expresión de la transición de un tipo de gobierno a otro, o bien, de una guerra civil a la paz.<sup>296</sup>

En un primer momento podría pensarse que estos organismos tienen un impacto sumamente débil si se les compara con los tribunales. En cierto sentido, las comisiones de la verdad tienen menos poder que los órganos jurisdiccionales, pues, por ejemplo, carecen de la posibilidad de sancionar penalmente, no emiten sentencias; estas comisiones, a lo sumo, dan forma y emiten recomendaciones no vinculatorias. No obstante, el hecho de que su mandato se centre en una serie o patrón de violaciones, permite que lleguen más lejos en sus investigaciones y poder comprender con mayor profundidad las causas y consecuencias de la serie de violaciones. Su fuerza radica justo en su aparente debilidad: la flexibilidad de su objeto de investigación en comparación a la realizada ante órganos de justicia.

El vínculo con la cuestión de la memoria histórica es evidente. El objetivo más claro que se persigue al instituir una comisión de la verdad es clarificar los hechos del pasado, replegar el silencio con la fuerza del testimonio y debilitar las posturas *negacionistas* de los hechos. Las numerosas entrevistas a las víctimas permiten registrar con un alto grado de detalle la dinámica de la violencia, lo que da paso al rescate de aquello que Hayner ha denominado “historia oculta”.<sup>297</sup> La comisión de la verdad, eventualmente, permite la reivindicación de versiones que sobre el pasado no se encuentran explicitadas en las versiones oficiales de la época: la de las víctimas. Si bien es cierto, se puede tratar de una “verdad” conocida en general por la población, una comisión de la verdad puede abrir la vía para el reconocimiento oficial, mediante la publicación de los testimonios en un

---

<sup>295</sup> Caso emblemático de los modelos de comisión de la verdad es el del Congreso Nacional Africano por ser ejemplo de un grupo de resistencia armado que de manera autónoma estableció una comisión para investigar sus propios abusos en el pasado. Véase, Hayner, Priscilla, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

<sup>296</sup> *Ibidem*, pp. 41 y ss.

<sup>297</sup> *Ibidem*, p. 54.

informe. En un ejercicio tautológico, pero significativo, el objetivo de una comisión de la verdad es, justamente, la *verdad*.

Lo anterior nos conduce a abordar, aunque sea brevemente, la cuestión de los mandatos que le sirven de marco de referencia a las citadas comisiones. Así, la búsqueda de la verdad estará sujeta a los siguientes puntos: 1) la indicación explícita de qué abusos son los que se buscará investigar, es decir, el objeto materia expresado en directrices generales, o bien, en casos concretos que serán objeto de las indagaciones, y 2) el ámbito temporal y el marco geográfico.

Ahora bien, ha habido ocasiones en las que el entramado de abusos es tan generalizado y amplio que, las comisiones han tenido que restringir su actuar y centrarse a una pequeña parte de los abusos cometidos, lo cual sacrifica, en buena medida, el objetivo neural de la comisión: la verdad.<sup>298</sup> Adicionalmente, puede haber restricciones de tiempo, económicas o de personal, poco acceso a la información o presiones políticas que pueden conducir a los comisionados a eludir ciertos temas en el proceso de investigación o en el informe final.

Replantear el pasado mediante las comisiones de la verdad, puede implicar aclarar el papel que, en el marco de la violencia de una determinada sociedad, tuvieron los actores internacionales, concretamente gobiernos extranjeros, que pudieron ayudar a financiar, armar o entrenar a los grupos en conflicto. Cuando hay violaciones generalizadas a los derechos humanos se debe investigar también el papel que tuvieron en la comisión de dichos crímenes los gobiernos extranjeros.<sup>299</sup>

Otro punto de encuentro con el replanteamiento del pasado es el del acceso a los archivos históricos. Lo es porque ello supone ejercer lo que ahora constituye

---

<sup>298</sup> Por ejemplo, algunas comisiones, como la de Argentina, Uruguay o Sri Lanka limitaron sus investigaciones sólo a casos de desapariciones, lo cual supuso, claro está, sacrificar una parte significativa de la verdad, pasando por alto, abusos como tortura o detenciones ilegales. En Chile, la comisión sólo investigó los abusos que concluyeron en muerte, pasando por alto aquellas que no concluyeran en esta última consecuencia. Véase, Hayner, Priscilla, *op. cit.* p. 112.

<sup>299</sup> Hayner cita un fragmento del Informe de la comisión de la verdad de Chad, donde se indica la cantidad exacta de financiamiento exterior que obtuvo el régimen en cuestión, así como el entrenamiento que recibieron los servicios de inteligencia responsables de los peores abusos. Según dicho informe, Estados Unidos encabezó la lista de países que proporcionaron dicha ayuda. Por su parte, el informe de la comisión chilena esbozó los vínculos políticos y económicos entre los Estados Unidos y el régimen militar, mismos que se mantuvieron con total normalidad en los peores años de la dictadura. Para ahondar más, véase, *Ibidem*, pp. 116 y 117.

una modalidad del derecho al acceso a la información. Un derecho cuyo ejercicio, como se ha constatado en pasado, puede ser acotado por el grupo en el poder para modificar las versiones históricas a su conveniencia. Así, por ejemplo, la junta militar argentina, antes de dejar el poder y por temor a afrontar sus crímenes, no sólo buscó garantizar su inmunidad, sino también emitió un decreto ordenando la destrucción de todos los documentos relacionados con la represión militar. Según Jean Favier, uno de los problemas centrales en torno a la elaboración de los archivos es el de la selección de lo que se debe o puede guardar (lo cual se puede agravar si hay una tendencia a querer guardarlo todo o, por el contrario, a borrar toda evidencia), la conservación material de los fondos y el libre acceso o no de los ciudadanos para el eventual esclarecimiento de sus derechos. Los enemigos del archivo son fundamentalmente dos: la acumulación excesiva y la destrucción, del manejo o control de estos dos enemigos depende la posibilidad de poder rescatar el pasado.<sup>300</sup>

Me parece que la construcción de derechos humanos, o al menos, algunas de sus narrativas, pueden ser considerada como deudora, en buena medida, de los procesos de recuperación memorística que han permitido advertir nuevos enfoques de lo ocurrido en contextos de abusos sistemáticos y/o generalizados en contra de la población. Uno de estos procesos, no el único por cierto, puede ser el surgimiento de estas comisiones. Los sucesos o acontecimientos identificados como crímenes permiten otorgar un sentido nuevo, no sólo al derecho, sino a la conformación de los derechos humanos, o bien, fundar un nuevo destino en la percepción de estos últimos. En ese sentido, las comisiones de la verdad han permitido, en el mejor de los casos, por supuesto, certificar hechos que han tenido lugar y sentar las bases para garantizar el impulso de un nuevo comienzo que, más que una ruptura con el pasado (aunque algunos con interés en destacar nuevas legitimidades políticas así lo busquen), constituye un cambio en las narrativas con el objeto de generar una promesa fundada en el rescate y/o reconocimiento del otro lado de la moneda histórica.

---

<sup>300</sup> Favier, Jean, "Constitución y función de los archivos", en Foro Internacional Memoria e Historia, UNESCO 1998, *¿Por qué recordar?*, trad. de Silvia Peña, España, Academia Universal de las Culturas-Granica, 1999, pp. 49 y ss.

A la luz de lo visto en torno al ejercicio memorístico, se puede afirmar que la construcción de los derechos humanos parte de la intención de reparar la injusticia del pasado. Como dicha reparación suele llegar muy tarde para las víctimas directas, la misma opera en la forma de una promesa dirigida al futuro, concretizada en el derecho. El derecho puede ser entendido como la promesa que, en este contexto, permitirá adoptar nuevas medidas no solo en el caso de crímenes del pasado, sino también en el caso de los grupos en situación de vulnerabilidad, medidas que pueden ir desde el cambio de términos en el uso del lenguaje jurídico (ya no habrá “indios”, sino indígenas, ya no son “minusválidos”, sino personas con capacidades diferentes, ya no hay “viejos”, sino adultos mayores, etc.), hasta la prohibición expresa de la discriminación, y en algunos casos, para garantizar la igualdad de oportunidades, el surgimiento de las llamadas acciones afirmativas. El contenido de todas estas medidas abreva de la conciencia desarrollada en la sociedad de un pasado que ha resultado oneroso para estos grupos.

Como se observa, replantear el pasado en el proceso de construcción de los derechos humanos, implica a su vez, dar forma a una nueva perspectiva en la relación del presente con el pasado. Se dice comúnmente que “hay que comprender el presente por medio del pasado.”<sup>301</sup> Habría que agregar también la relación inversa: “comprender el pasado mediante el presente”.<sup>302</sup>

Las comisiones de la verdad, el acceso a los vestigios documentales de acontecimientos pasados, el reconocimiento de la vulnerabilidad que en el tiempo ha encarnado en ciertos sectores sociales suponen una problematización del término *verdad* del pasado. Me parece que, al ser el ejercicio histórico-memorístico un acto humano, con rasgos definidos desde el ángulo de un sujeto, en realidad el *pasado* es, más que la clarificación de una verdad pretérita, una *construcción* y una *reinterpretación* constante hecha desde el presente.

---

<sup>301</sup> Véase la referencia a dicha visión en Le Goff, Jacques, *Pensar la historia. Modernidad, presente, progreso*, trad. de Marta Vasallo, Barcelona, Paidós, 2005, pp. 27 y 28.

<sup>302</sup> Benedetto Croce, por ejemplo, considera que “por lejano que parezcan cronológicamente los hechos que la constituyen, la historia está siempre referida en realidad a la necesidad y a la situación del presente”, citado en *Íbidem*, p. 27.

En lo anterior, esto es, en el pasado entendido como construcción, radica un peligro potencial, o bien, un posible beneficio para la cuestión de los derechos humanos. Un riesgo porque ese pasado lo puede construir un régimen totalitario, un gobierno que, de facto, ha cometido abusos que busca dejar en el olvido. Un beneficio posible porque el papel de la memoria histórica, en ámbitos concretos como el de las comisiones de la verdad, busca desarrollar nuevas lecturas que rescaten a las víctimas y que unan ese pasado, no solo al presente, sino también al otro horizonte temporal: el del futuro.<sup>303</sup>

En un primer momento, podría pensarse que esta forma de ver el pasado resulta a todas luces anacrónica, pues subordina el abordaje de *lo pasado* a la construcción de los derechos humanos, discurso éste indudablemente afincado en el presente. Sin embargo, busca ser lo contrario, ya que parte del escepticismo hacia la historia oficial es que, ésta sí, suele ser anacrónica en el uso de la historia. Una forma de respetar el pasado –desde el ángulo de la memoria histórica- es reconocer el pasado en un diálogo permanente con el presente, y no como un monolito subordinado a la gloria del régimen dominante en cuestión.<sup>304</sup>

Por otro lado, es el presente donde se desarrolla el discurso del pasado, porque el narrador de la historia lo hace desde su momento. Esto es verdad, no sólo para el historiador profesional, sino también para la víctima que rinde su testimonio, o para el que simplemente recuerda. El “discurso”, ya sea histórico o testimonial (ambos se despliegan al narrar el pasado), tiene inevitablemente la marca del presente. Como dice Beatriz Sarlo al comentar a Paul Ricoeur: “el presente tiene una hegemonía reconocida como inevitable y los tiempos verbales del pasado no quedan libres de una “experiencia fenomenológica” del tiempo presente de la enunciación”.<sup>305</sup>

Veamos ahora cómo se desarrolla esta tensa relación entre el pasado y el presente en las nociones de olvido y perdón desde el ángulo jurídico.

---

<sup>303</sup> Más adelante, veremos cómo el actuar de las comisiones se proyecta al futuro, por ejemplo, al señalar la importancia de reformas jurídicas que vayan dirigidas a una mayor garantía en el cumplimiento de los derechos humanos que van tomando forma. *Supra*, 3.2 Derechos Humanos, creación de la norma y recuperación del pasado.

<sup>304</sup> Véase la clarificación conceptual desarrollada en *Supra*, punto 2.1.1. Memoria histórica, entre memoria e historia.

<sup>305</sup> Sarlo, Beatriz, *Tiempo pasado. Cultura de la memoria y giro subjetivo*, México, Siglo XXI, 2006, pp. 64-65.

### 3.1.2 Olvido y perdón

En este punto continuaré con la referencia a la figura de las comisiones de la verdad, instituciones *ad hoc* que, como vimos, suelen ser creadas para investigar la *verdad* sobre eventos pasados que involucran abusos por parte de autoridades que detentaron el poder. Sin embargo, ahora centraré el análisis en la noción de perdón, en la figura de la amnistía, y la instrumentalización política de que ésta puede ser objeto. Es necesario precisar, que en este punto no especularé sobre la noción de *verdad* que subyace en la justificación que las comisiones referidas tienen, pues es una noción en sí misma es ya problemática. En todo caso, es una discusión que tengo como un supuesto de este análisis cuya problematización he sugerido cuando referí las nociones de memoria, historia y el híbrido, memoria histórica.

Muchos de los defensores del rescate memorístico, particularmente durante el surgimiento de numerosas comisiones de la verdad que tuvo lugar a finales del siglo XX y principios del actual, afirmaban que el hecho de sacar a la luz la verdad constituía un paso necesario en el camino hacia el perdón y la reconciliación. En cierta forma, el sustento de dicha afirmación era que para que las víctimas puedan perdonar, es necesario saber a *quién* se perdona y de *qué* se le perdona.

Tal vez por lo anterior es que François Ost señala que el perdón es la capacidad de la sociedad para “saldar el pasado”, es decir, para superarlo rompiendo el ciclo interminable de la venganza y del resentimiento.<sup>306</sup> Pareciera afirmar que en la medida en que la venganza no trasciende el pasado que alimenta el resentimiento, se torna perpetuamente regresiva. O, como vimos con Todorov, el pasado se ahoga en su singularidad.

No obstante lo anterior, se puede afirmar que cuando la recuperación memorística se inscribe en la perspectiva de una futura reconciliación se puede inaugurar una temporalidad nueva, esta vez, con un sentido alterno al de la venganza. El perdón resulta ser un acto de memoria y de remisión, pues el ofendido libera al ofensor de una falta que es reconocida por ambos, en vistas de inaugurar una nueva historia que genera una ruptura en el eterno retorno a la

---

<sup>306</sup> Ost, François, *op. cit.*, p. 33.

venganza. Con él, la víctima y el ofensor se liberan juntos del pasado y generan a su vez una promesa. En ese sentido, Ricoeur señala que “el perdón es una especie de curación de la memoria (...), liberada del peso de la deuda, la memoria se encuentra en libertad para hacer grandes proyectos. El perdón le da un futuro a la memoria”.<sup>307</sup> Por lo anterior es que se puede afirmar que el perdón remite y mira hacia dos perspectivas temporales: el pasado y el futuro.

Ahora bien, está fuera de duda que apelar al perdón no está exento de riesgos, específicamente si tenemos en mente la posibilidad de que el olvido sea usado como instrumento de cálculo político. Esto último ocurre con algunas leyes de amnistía. Ost, respecto a las leyes de amnistía de América Latina señala:

Todo un continente, el de América Latina, se cuestiona a propósito de esa espinosa amnistía sin amnesia. Después de haber estado sumergidos durante más de dos decenios en la noche de las dictaduras, Argentina, Chile, Perú, Guatemala, Honduras, El Salvador, Uruguay y otros países más irguieron la cabeza poco a poco. Se habla públicamente de “transición democrática”; a menudo con amnistía en clave. Se trata, más bien, de autoamnistías, como preciso es reconocerlo: textos impuestos por las juntas militares acorraladas que hacen de ellos la condición de su retirada.<sup>308</sup>

Veamos algunos casos emblemáticos de este uso (o abuso) del olvido o de la memoria, subordinados, no a la posibilidad del perdón, sino al de la especulación política.

La amnistía que el régimen militar argentino se había otorgado a sí mismo fue revocada de manera inmediata por las autoridades civiles y la comisión entregó sus archivos al fiscal general de aquella nación. Dicha información fue esencial en los juicios incoados a los principales miembros de las juntas militares con lo que se consiguió que varios generales fueran a prisión.<sup>309</sup> No deja de llamar la atención, sin embargo, que el entonces presidente Menem apelara al perdón como condición necesaria de la reconciliación. El mensaje no resultó comprensible para amplios sectores de la sociedad argentina, como el caso de las llamadas Madres y Abuelas de la Plaza de Mayo para quienes ese llamado al perdón tenía poca significación si no se sabía la verdad. Primero que nada, sostenían, los

---

<sup>307</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>308</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>309</sup> Hayner, Priscilla, *op. cit.*, p. 66.



asesinos tenían que confesar sus crímenes, y entonces, después de conocida la verdad, podía hablarse de perdón.

Otro caso lo constituye Chile, donde en 1978 Pinochet había promulgado una ley de amnistía que prohibía procesar todos los casos de violaciones a los derechos humanos ocurridos después del golpe militar contra el presidente Allende. Dicha amnistía restringió las posibilidades legales de juzgar los abusos del régimen. El presidente Patricio Aylwin (primer presidente electo después de concluido el régimen pinochetista), ante dicha imposibilidad, optó por una política de investigación y aclaración de la verdad sobre el pasado. Cuando el presidente Aylwin dio a conocer el contenido del informe de la comisión de la verdad públicamente, pidió el perdón a las víctimas en nombre del Estado, subrayando la necesidad de reconciliación. Pinochet respondió señalando su “fundamental desacuerdo con el informe”, e insistió en que el golpe de 1973, había salvado la libertad y la soberanía chilena. No negó las conclusiones del informe.<sup>310</sup>

Otro caso peculiar del uso políticamente instrumental de la amnistía, lo constituye el caso de El Salvador. La respectiva comisión de la verdad publicó un informe titulado *De la locura a la esperanza* donde daba cuenta de abusos cometidos en el contexto de la guerra que por doce años (desde 1980) enfrentó al gobierno salvadoreño contra el grupo guerrillero Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional. Sin embargo, el informe (impulsado por la ONU) no constituyó una declaración oficial de reconocimiento de la verdad. Al contrario, el ministro de Defensa, respaldado por todo el Estado mayor lo calificó, de injusto, inmoral, ilegal, entre otros adjetivos. Simultáneamente, el presidente Alfredo Cristiani, señaló que dicho informe no satisfacía el anhelo de reconciliación nacional. Cinco días después, aprobó una ley de amnistía que impedía cualquier acción legal contra los victimarios.<sup>311</sup>

Estos tres casos plantean el problema de si es posible dar forma a una amnistía con amnesia. En ese sentido, Paul Ricoeur señala que la necesidad de la amnistía “está determinada por la reparación de las heridas del cuerpo social [...]”. Una sociedad no puede vivir permanentemente en un estado de cólera contra una

---

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>311</sup> *Ibidem*, pp. 72 y ss.

parte de ella misma.”<sup>312</sup> En cierto sentido, lo que el pensador francés está afirmando es que parte de la viabilidad de una sociedad depende de una necesaria superación de la parálisis generada por el exceso de memoria.

Lo dicho se relaciona con la cuestión de la instrumentalización política del olvido, contrastable con el proceso auténtico del perdón que se sustenta en la dimensión ética ya que remite a una especie de conciencia moral. Ost califica al perdón de “generosa ilegalidad”, expresión que pone de manifiesto el carácter paradójico del acto de perdonar, ya que frustra la aplicación de una ley previamente establecida (que contiene en su texto la aspiración a equilibrar el daño causado y la pena), y por otro lado, “moviliza” el tiempo de la sorpresa, que rompe la continuidad de lo que se perpetúa “aboliendo las deudas”.<sup>313</sup>

Queda claro que las leyes de amnistía están entre las figuras más controvertidas al momento de hablar del perdón. Tal vez, en este punto resulte pertinente traer a colación la clasificación que François Ost hace la amnistía: a) la amnistía menor o de penas, que suele ocurrir después de la condena e interrumpe la ejecución de la misma y b) la amnistía mayor o de hechos, en donde éstos son considerados como no delictuosos, es decir, el pasado es silenciado, y “se hace como si el mal no hubiera sido”.

De ahí que no sea ajeno a la realidad considerar que la amnistía, en ciertos casos, más que resultar ser un ejemplo del perdón, puede ser su contrario, una tentativa de borrar lo incómodo. Ricoeur diría que estamos ante una “fechoría del olvido”, que bien podría buscar banalizar el crimen, bajo la referencia a valores como la solidaridad y la clemencia.<sup>314</sup>

Así, ante el dilema de ver en la amnistía un olvido inducido dolosamente o un perdón auténtico, parece que una de las formas de resolverlo es atender al contexto, esto es, dependerá de las circunstancias de cada caso en particular. En la práctica, en casos verdaderamente destacables, ha operado la llamada *amnistía sin amnesia*, de los cuáles el caso sudafricano ha sido emblemático. Centrémonos brevemente en él.

---

<sup>312</sup> Ricoeur, Paul, “El olvido en el horizonte de la prescripción”, en Foro Internacional Memoria e Historia, UNESCO 1998, *¿Por qué...*, cit., pp. 77 y 78.

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 134.

<sup>314</sup> *Ibidem*, nota 105, p. 142.

Con la terminación del régimen del *Apartheid*, se creó, por medio de la *Ley de Fomento de la Unidad Nacional y la reconciliación*, una comisión de la verdad que tenía entre otras facultades la posibilidad de otorgar amnistías individuales. Según Hayner la comisión trabajó a lo largo de dos años y medio en tres comités interconectados estrechamente: el Comité de Violaciones de los Derechos Humanos que era el encargado de recibir las declaraciones de las víctimas y los testigos, así como registrar la gravedad de las violaciones de los derechos humanos; el Comité de Amnistía, que decidiría sobre ellas; y el Comité de Reparaciones y Rehabilitación que desplegaría su actividad para proponer programas de reparación del daño.<sup>315</sup>

Una de sus competencias más polémicas de la segunda comisión había resultado ser el de conceder amnistías individuales para delitos políticos cometidos entre 1960 y 1994. La Comisión recibió más de siete mil peticiones de amnistía, misma que sólo se concedió a los sujetos que confesaron su involucramiento en crímenes del pasado y que demostraran su móvil político. Si se estaba ante violaciones graves de los derechos humanos, la audiencia era pública, en presencia, no sólo de los integrantes de la comisión, sino también, de las víctimas y/o sus familias. Para valorar si el peticionario cumplía con el perfil requerido, el Comité de Amnistía valoraba la relación del acto u omisión y el objetivo político perseguido. Si no se comprobaba este vínculo, la amnistía no procedía.<sup>316</sup>

A decir, de Hayner, era obvio que en este sistema sólo buscarían amnistía y, por tanto, ofrecerían el trueque de amnistía por verdad, aquellos personajes que tuvieran razones para temer un juicio. Había la esperanza de que la celebración de los primeros juicios, aumentara la percepción de una amenaza real a ser procesado. Así, algunos casos emblemáticos que concluyeron en condenas, impulsaron el aumento de peticiones de amnistía. Finalmente, es importante referir que dicha comisión se vio involucrada en batallas legales que cuestionaban la constitucionalidad de su capacidad de amnistiar en el caso de violaciones graves a

---

<sup>315</sup> Para la referencia a la amnistía en el caso de Sudáfrica, nos basamos en Hayner, Priscilla, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 76.

los derechos humanos. Al final el Tribunal Constitucional de Sudáfrica falló a favor de la comisión.<sup>317</sup>

Aunque durante el desarrollo del proceso de amnistía en Sudáfrica no estuvo exento de críticas, constituye el ejemplo más acabado donde se vincula a la amnistía a un sentido que va más allá de implicaciones de la instrumentalización política. En cierta forma, con la implementación de las comisiones sudafricanas se buscaba expresar la necesidad de una nueva fundación donde, era necesario *saber la verdad*. Y para ello, quien mejor que el indiciado, que, al solicitar la amnistía, declara y reconoce la verdad en aras de romper el ciclo de silencio cómplice.

Pero la cuestión de la memoria y los derechos humanos no se agota con la cuestión del perdón. También juega un papel axial el vínculo entre justicia y pasado.

### **3.1.3 Justicia y pasado**

En este punto quisiera centrar la reflexión en torno a la problemática y las implicaciones que en materia de recuperación del pasado surgen al juzgar hechos o crímenes del pasado cuando no hay aún un reconocimiento de hipótesis normativas de los mismos, la controvertida solución que planteaba la creación de tribunales *ad hoc* y el actuar del juez como guardián de la promesa y neutralizador de la memoria singular, o bien, como garante de la justicia en estos casos.

Como se señaló en los puntos previos, las comisiones de la verdad, al rescatar –en el mejor de los casos– la versión de las víctimas, probablemente en sesiones públicas, suele publicar un informe que materializa en texto los hechos en cuestión, buscan, nos dicen, dar voz pública a las víctimas y contribuyen a dar forma a la conciencia de la población en general sobre esos hechos. Incluso, para algunas de las víctimas, este proceso bien puede tener un efecto catártico. En ese sentido, las comisiones pueden ayudar a diseñar programas dirigidos, llegado el momento, a la reparación del daño.

---

<sup>317</sup> *Ibidem*, p. 79.

No obstante, y a pesar de la posible contribución a la justicia por parte de las comisiones de la verdad, éstas no sustituyen el trabajo de los tribunales. Si acaso, pueden coadyuvar en las labores del fiscal para que los presuntos responsables rindan, eventualmente, cuenta de sus actos. De hecho, varias de las comisiones existentes en los últimos años han pasado sus archivos a las fiscalías u organismos de procuración de justicia.

Dado lo anterior, me parece reveladora la siguiente frase de François Ost: “La ley para el futuro, el juicio para el pasado”.<sup>318</sup> Para este punto me centraré en la segunda parte del aserto, aunque no dejo de anunciar que posteriormente ahondaré en el derecho como forma de promesa, y que, justo por ser promesa esta vuelta al futuro.

El guardián (o garante, dirá Ronald Dworkin) de esas promesas es el juez, pues es éste el que *aplica* o interpreta la ley preestablecida a los hechos pasados. Claro que dicha concepción del papel del juez no es tan sencilla. El juez, para aplicar la norma, tiene que interpretarla a la luz de hechos pasados que no siempre son claros. La interpretación de las normas no es sencilla, porque el pasado tampoco lo es de forma necesaria. El juez, como operador jurídico, no sólo reacomoda el derecho, sino también el pasado.<sup>319</sup>

Lo anterior mantiene una estrecha relación con la hermenéutica. Por un lado, el juez trata de dirimir los casos del presente a partir de textos generados en el pasado (la ley, la constitución, criterios jurisprudenciales). Adicionalmente, los “casos del presente”, cuando llegan al conocimiento del juez, son hechos del ayer que buscarán ser dirimidos con una interpretación hecha en el ahora. Más aún, la decisión del juez, podría fungir como precedente para casos futuros, esto es, la decisión judicial puede tener una significación hermenéutica para el juez del futuro.

Como señalé, Ost plantea que el juez es el guardián de la promesa materializada en una norma jurídica. Por ello, desde mi perspectiva, el juez es

---

<sup>318</sup> Ost, François, *op. cit.*, p. 146.

<sup>319</sup> Es probable que la problemática en torno al juez como garante de la ley preestablecida sea especialmente aguda para el positivismo jurídico, en tanto que para esta corriente iusfilosófica resulta difícil aceptar la idea de que los derechos puedan preexistir a la legislación. La problemática que se anuncia en este capítulo está estrechamente relacionada con aquella que es objeto de reflexión de Dworkin en torno a la aceptación o no de derechos explícitamente previstos en el conjunto jurídico-normativo de una comunidad. Véase, Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ed. Ariel, 2002, pp. 36 y ss.

también, simultáneamente, una especie de guardián de la memoria ejemplar. Es en virtud de la sentencia, que el juez puede evitar que se eternicen los conflictos causados por la expresión básica de la memoria singular: la venganza privada. En ese sentido, impartir justicia es una manera de zanjar la memoria intrascendente, de evitar la venganza y/o el olvido de las víctimas. Es por esto que el perdón no puede preceder a la justicia, la lógica el perdón requiere que el acusado sea reconocido como culpable.

Así, si la norma jurídica es una promesa, la sentencia del juez, funge también como una segunda promesa, pues puede imprimir un cierto sentido a los precedentes y a la jurisprudencia.<sup>320</sup>

Si regresamos al punto del perdón, nos daremos cuenta que constituye un punto nodal entre el pasado y la justicia. Ost sostiene que el perdón “excede a la ley de la equivalencia que se asocia con mayor frecuencia al reino de la justicia”.<sup>321</sup> Esto es así porque el perdón, a sus ojos, es un acto gratuito, validado por la autonomía volitiva del ofendido, y que por tanto, no puede ser impuesto por la ley o por cualquier política pública. Es por ello que el perdón se separa de la lógica jurídica, pero no lo suficiente como para generar una relación de oposición. De hecho, el propio Ost señala que el “castigo judicial”, al buscar “reparar” un daño, es ya, en cierta forma, una manera de perdón. Ambos, el castigo y el perdón, ponen fin –de distinta forma ciertamente- al círculo memorístico del pasado intrascendente, cómo mencioné, limitan la posibilidad de eternizar la venganza privada.

Como referí previamente, el perdón se sustenta en la voluntad de la víctima. En la impartición de justicia, el juez está separado de las partes y la base que sustenta su decisión no es la voluntad propia sino la palabra materializada en la ley o en el precedente. En este sentido Ost recurre a una paradoja detectada por Hegel en relación a la sanción:

[...] la sanción honra al culpable: al infringírsela, la sociedad le da a entender que él es responsable de sus actos y por ende capaz de actuar de manera distinta. Cualquiera que sea la gravedad de su falta, él no se reduce a ésta; y, desde este

---

<sup>320</sup> Ost, François, *op. cit.* p.34.

<sup>321</sup> *Ibidem*, p. 135.

punto de vista, la sanción aparece como el primer paso en la dirección de un futuro diferente de la mera repetición de un pasado culpable.<sup>322</sup>

A pesar de lo anterior, se han dado casos, donde está en juego el rescate memorístico, en los que se ha cuestionado el problema la impartición secular de la justicia. Me refiero al caso de los crímenes de lesa humanidad que tuvieron lugar durante buena parte del siglo XX. Si la justicia procede teniendo como sustento una promesa afincada en una norma jurídica escrita, ¿qué ocurre con los crímenes del pasado, realizados antes de que se les diera expresión jurídica escrita?, ¿acaso no se contravino el principio de *nulla poena sine lege* con la instauración de tribunales *ad hoc* como los de Nüremberg o Tokio, y más recientemente los de la ex Yugoslavia y Ruanda?

Me parece que los tribunales *ad hoc* guardan una importancia dual, primero, por su papel en la conformación gradual de una idea de los derechos humanos durante el siglo pasado que contribuía a formar el rasgo de imprescriptibilidad de su violación (una manera de ejercicio de la memoria); segundo, en la delimitación de los crímenes de agresión, genocidio y lesa humanidad, como antecedentes de la hoy denominada jurisdicción universal de los derechos humanos.<sup>323</sup>

Ciertamente, dichos tribunales fueron -han sido- objeto de varias críticas. Se ha afirmado, por ejemplo, que dado que su constitución es posterior a los hechos que pretenden juzgar, van en contra del principio de legalidad.<sup>324</sup> También

---

<sup>322</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>323</sup> En realidad, y a efecto de ser más precisos, es importante destacar una clara referencia hacia la aprobación del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. El documento, aunque no lo explicita, es una recuperación memorística de los ejercicios de jurisdicción penal *ad hoc* que tomaron forma durante el siglo XX. Al respecto, el quinto párrafo del preámbulo señala: “Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”. Este párrafo, reconoce una impunidad pretérita, y explicita su mirada al futuro con el término *prevención*.

<sup>324</sup> Aquí volvemos al complejo problema analizado por Dworkin en torno a la posibilidad de solucionar casos (en nuestro caso aquellos cuya materia fueron o son objeto de los tribunales *Ad hoc*) partiendo del supuesto de que la eventual resolución judicial considerada como más justa tome en cuenta estándares preestablecidos que llama principios, es decir, estándares observables en tanto exigencias de justicia, equidad o moralidad. Según Dworkin, una vez decidido el caso “el fallo crea una norma determinada [...]. Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido; el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva.” En este punto, advierto la presencia del problema de la temporalidad de la justicia como diferente a la temporalidad de la ley. En cuanto a la cuestión de la naturaleza material de dichos principios, y a efecto de seguir la lógica argumentativa de este trabajo, opto por seguir mi camino y señalar que se trata de un contenido que ha tomado forma en una lenta acumulación memorística. *Cfr.* Dworkin, Ronald, *op. cit.*, pp. 80 y ss.

se ha advertido que son tribunales especiales ya que suelen ser implementados teniendo en mente como destinatarios, principalmente, a los derrotados. Tal vez resulte significativo afirmar que, ha sido justamente por estas críticas, que se ha impulsado el desarrollo de una noción de los derechos humanos a partir del rescate memorístico de las víctimas que permitiría, a pesar de sus expresiones jurídicas *imperfectas*, impartir justicia. Las críticas hacia los mecanismos de justicia *ad hoc* impulsaron una particular evolución en la historia de la llamada jurisdicción universal de los derechos humanos.

No es casual que el fiscal norteamericano Robert H. Jackson manifestará durante el primer alegato en Nüremberg lo siguiente: “Aunque esta ley se aplique aquí, por vez primera, a los agresores alemanes, incluye también y debe, si realmente ha de servir de algo, condenar los actos de agresión de cualquiera otras naciones, sin excluir a las que se sientan aquí como jueces”<sup>325</sup>. Dicha afirmación es relevante para nuestro tema. Lo que el fiscal, en cierta forma, está diciendo es que una auténtica justicia, debe trascender el hecho concreto de que se está juzgando a los derrotados. Es decir, se debe reconocer que hubo y puede haber crímenes perpetrados por los vencedores. Esto es una forma de recuperar “ejemplarmente” la memoria de los crímenes pasados: reconociendo que los que juzgan, es decir, los que han instaurado dichos tribunales, también pueden cometer dichos actos. La consecuencia en la construcción memorística de los derechos humanos es clara: el juez, en los futuros casos, no puede ser establecido por los vencedores, ni debe tratarse de tribunales especiales (que parten de una necesaria singularidad), ni instituirse en un tiempo posterior a los hechos en detrimento de la certidumbre jurídica. Abre la puerta para recuperar “memorísticamente” a las víctimas de los crímenes cometidos, por ejemplo, en el caso de la explosión de la bomba atómica en Japón, o de las violaciones perpetradas por soldados de la OTAN en la ex Yugoslavia.

En cierta forma, la Corte Penal Internacional, es producto de un rescate memorístico. Tanto los contenidos de las normas del Estatuto de Roma, como el proceso judicial en sí, buscan evitar, no sólo la comisión de los crímenes citados,

---

<sup>325</sup> Citado en Radbruch, Gustav, *op. cit.* p. 178.



sino las debilidades en la jurisdicción evidenciados con los tribunales *ad doc*. Se ha ido construyendo un nuevo perfil de los derechos humanos a partir de la recuperación del pasado: el de la jurisdicción universal. Se trata, de una creación jurídica proyectada al futuro, nutrida por el pasado. Es, también hay que decirlo, una creación inacabada, donde se busca que el juez, sea el guardián de la promesa –dirá Ost- o garante de la justicia –según Dworkin-, y no el protector de los intereses de los vencedores.

Veamos ahora, como la memoria y la construcción de los derechos humanos toma forma en la noción de promesa.

### **3.2 Derechos humanos, creación de la norma y recuperación del pasado**

Hemos visto en el anterior punto cómo se expresa la recuperación memorística y las tensiones que genera en relación a la impartición de justicia y al establecimiento de entidades que buscan clarificar la verdad de los hechos pasados que implican extralimitaciones de la autoridad en la vida de las personas. Ahora, quisiera centrar el análisis en la generación de normas jurídicas como expresión dual: primero, como recuperación memorística, y segundo, como promesa hacia el futuro. En ambas expresiones, me parece, hay un contenido que no es otro sino, una especie de construcción de los derechos humanos que encuentra en la recuperación del mundo concreto de lo pasado, un sustento que dota de firmeza a su fundamentación.

Tal vez para explicar lo anterior, referir de nuevo a la figura de las comisiones de la verdad nos de elementos de comprensión, pues uno de los logros adicionales que dichas comisiones pueden alcanzar en el proceso de rescate memorístico es el de evidenciar las debilidades de las estructuras institucionales o leyes vigentes, mismas que tendrían que ajustarse a efecto de que no se registren actos de tal índole en el futuro. En efecto, su labor de investigación permite implícitamente una especie de evaluación que constituye el eje de sus conclusiones y recomendaciones referidas a reformas jurídicas y/o políticas. Aunque las recomendaciones de las comisiones no son propiamente vinculantes si proporcionan directrices de cambio a partir de los cuales la sociedad

civil ejerce presión sobre las autoridades encargadas de crear e interpretar “compromisos normativos”, es decir, normas jurídicas.

Pero vayamos por partes. Veamos la cuestión de la creación de la norma entendida como compromiso hacia el futuro, pero a partir de la recuperación del pasado. Para ello me auxiliaré, una vez más de la propuesta de François Ost, para quien la ley supone un “compromiso normativo”, al menos en la noción que la concibe bajo los términos de un contrato social. Todo compromiso normativo, afirma, materializa “la institución de la promesa”. Se puede ya anunciar que para nuestra propuesta, esta promesa, es decir, este compromiso normativo, aunque deriva del pasado, ve hacia el futuro, busca garantizar un orden deóntico contra la imprevisibilidad del mundo fáctico.<sup>326</sup>

De esta forma, me parece que la norma jurídica vincula el pasado y el futuro de forma tal que, mediante su gestación, busca eliminar el caos, la incertidumbre de un mañana que no nos pertenece aún, mediante el establecimiento de una norma que, anticipándose a hechos futuros posiblemente violatorios de la integridad humana, recupera retrospectivamente a la memoria en un ejercicio dialéctico entre lo pasado y el porvenir.

Es importante tener presente que la creación de la norma no sólo se gesta a partir de la recuperación memorística de eventos pasados, esencialmente, singulares. El acto de la memoria puede tener como objeto una larga tradición, esto es, una lenta constitución de costumbres ancestrales, que bien puede tratarse de aquellas que le han dado forma a *derechos* que se nos presentan como inderogables, o bien, a prácticas sociales que naturalizan un orden que resulta oneroso para una parte de la población. “En esa memoria activa de la tradición, la sociedad hunde sus raíces, que son las que garantizan su identidad y su estabilidad.”<sup>327</sup> Me parece importante tener presente el elemento paradójico referido en torno a la memoria de la tradición: dicho ejercicio memorístico puede estar cercado por posturas conservadoras, que aspiran al inmovilismo porque elevan, el contenido de la memoria a rango de dogma o de naturaleza

---

<sup>326</sup> Ost, François, *op. cit.*, p. 34.

<sup>327</sup> *Ibidem*, p. 34.

esencializada. O para usar una metáfora de Ost: la norma, jurídica por supuesto, *se congela*.

Lo dicho anteriormente, trae a colación la propuesta de Adela Cortina. La hipótesis sugerida en torno a la raíz pretérita de la norma, puede ser matizada a su vez, a partir de las dos formas que tiene dicha autora de entender el origen de la asociación política. Una se desenvuelve en la tradición del *Contrato* entre individuos libres que constituyen y mantienen artificialmente al Estado. La otra ve como origen a la figura de la *Alianza* que da cohesión a los lazos entre los seres humanos, no en un contrato fundado en el interés, sino en el reconocimiento mutuo de la idéntica humanidad de los que le dan forma. En la alianza los vínculos sociales se mantienen por un sentido internalizado de identidad y reconocimiento del otro. En el contrato, en cambio, el vínculo se mantiene por la coacción.<sup>328</sup>

Resulta claro que desde la aparición de la Modernidad, el discurso predominante ha sido el del contrato social. La historia de la alianza, cuyo origen remoto está en el *Antiguo Testamento*, ha caído paulatinamente en el olvido. Cortina señala, y en este punto sigue a Jonathan Sacks, que mientras la historia del Contrato corre paralela al discurso del hombre racional que busca desencantar al mundo, la historia de la Alianza va de la mano con un discurso religioso (concretamente judeo-cristiano) y tradicional.<sup>329</sup>

Como señalé anteriormente, el contrato social no es propiamente un hecho histórico acontecido en un lugar y en un tiempo específico. En realidad, se trata de un discurso o recurso hipotético al que se apela para justificar la obediencia a un orden establecido.<sup>330</sup> El caso de la alianza puede ser similar, dado que tampoco se

---

<sup>328</sup> Cortina, Adela, *Alianza y Contrato. Política, ética y religión*. Madrid, Trotta, 2001, pp. 17 y ss.

<sup>329</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>330</sup> Ello no quiere decir que las corrientes de pensamiento que dan forma a la doctrina del contrato social no hayan coexistido con expresiones documentales histórico-culturales que abrazaban contenidos fundamentalmente pretéritos, y que recuperaban una tradición, en ocasiones de origen medieval, en la que se referían peticiones y quejas (*cahier de doléances*). Los *cuadernos de quejas* eran, no sólo documentos que buscaban consolidar candidaturas a los Estados Generales convocados hacia 1789, en Francia, sino que encarnan testimonios memorísticos, así como una especie de sondeo, no sólo del pueblo, sino de los estamentos. Esto último, permite ubicar estos cuadernos de quejas, como testimonios que se expresan aún en la dinámica del Antiguo Régimen, en tanto expresión de la voluntad de entidades corporativas. Sin embargo, también encarnaban expresiones modernas, dado que, se afirmaba eran expresión de la voluntad general, esta sí, noción cercana a la modernidad política. Véase, Martucci, Roberto, "La constitución inencontrable, conflicto constitucional en Francia durante la transición de la monarquía a la República (1789-

sustenta históricamente como acontecimiento singular en un lugar y momento determinados. Sin embargo, su gestación, al menos como noción, sí puede haber tomado forma a lo largo de una añeja tradición, claramente cercana a la memoria religiosa. El Contrato parte del supuesto de la libertad que permite acordar reglas que permitan vivir en sociedad. La Alianza parte del supuesto de lo que *ha sido* en el pasado.

Ante lo anterior, una pregunta pertinente es: ¿realmente, contrato y alianza, son nociones contradictorias? La respuesta de Adela Cortina es categórica: no. En todo caso, sería deseable que se complementaran. Señala que las dos tienen su parte de verdad, porque ambas han sido contadas. Los seres humanos pueden reconocerse en ambos discursos. Adela Cortina no ahonda en la cuestión de las normas jurídicas (y su contenido), pues su análisis va dirigido a la reflexión política, pero haciendo un ejercicio proyectivo, podríamos afirmar que, la creación de la norma (concretamente, de su contenido deóntico) puede resultar de una doble fuente: primero, del contrato, en la medida que es producto de una voluntad de acordar, y segundo, de la alianza, en tanto que recuperación (con su respectiva reinterpretación) de la tradición.

Por su parte, François Ost plantea que la tradición es un puente tendido entre las épocas, y en ese sentido, el derecho, más que ninguna otra disciplina, puede ser visto, no sólo como expresión contractual, sino como tradición, “ya que se constituye por medio de sucesivas sedimentaciones de soluciones, e incluso, las novedades que produce se derivan genealógicamente de los argumentos y de las razones acreditados en uno u otro momento del pasado”. Para Ost, el derecho puede institucionalizar la tradición, esto es, permite generar un conjunto de normas que definen un orden en una continuidad histórica. En el mismo orden de ideas, la tradición “es una anterioridad que se constituye en autoridad [...] un código de sentido y de valores que se transmiten de generación en generación”, legado que, con el transcurrir del tiempo, define y mantiene un orden.<sup>331</sup>

---

1799)”, en Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, derecho político e historia constitucional, No. 2, Revista electrónica consultada en <http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/segundo/pdf/francia.pdf>, el 27 de septiembre de 2014.

<sup>331</sup> Ost, François, *op. cit.*, p. 52.

Considero oportuno recordar lo que para Ost son los elementos de la tradición.<sup>332</sup>

a) La referencia al pasado. En el derecho, afirma el autor comentado, se busca conservar el pasado mediante la institucionalización que, para nuestro caso, opera como proceso de creación de la norma. Así, el contenido normativo buscará ser mantenido a buen resguardo del cambio. Ciertamente, se puede cuestionar la inteligibilidad, la oportunidad, la veracidad moral y/o la rectitud de una determinada solución jurídica. En este caso, el operador jurídico deberá dar soporte a las pretensiones de validez cuestionadas, al momento en que busque explicitar la compatibilidad de la solución adoptada con la tradición institucionalizada por la norma. En este sentido, la motivación de la decisión judicial puede buscar estar adherida a la tradición.

b) La autoridad en el presente. Se refiere a que no todo el pasado puede constituir una tradición. Es decir, sólo una parte del universo pretérito “es objeto de selección, transmisión y consagración”.<sup>333</sup> Así, resulta claro que dichas acciones son producto de una cierta interpretación del pasado. Cuando una interpretación del pasado pugna por institucionalizar normativamente cierto aspecto de la tradición, dicha interpretación podrá ser impugnada o problematizada por otro sector social.

Así, el contenido normativo construido por la tradición, tanto como por la voluntad expresada en un contrato social, no es ajeno a cuestionamientos y por tanto a debates. Se puede afirmar que la recurrencia a la tradición, debe acompañarse de un “distanciamiento”, esto es, de un sentido crítico que nos lleve a adoptar una actitud hipotética hacia la misma que permita no caer en el supuesto de atribuir al legado tradicional la categoría de “verdad única y permanente”. En otras palabras, la tradición, como uno de los elementos base de la institucionalización normativa, debe ser relativizada, esto es, debe ser colocada en el marco de su propia historicidad.

---

<sup>332</sup> *Ibidem*, pp. 53 y ss. Cabe señalar que en esta enunciación de los elementos de la tradición, Ost sigue a su vez a Martín Krygier.

<sup>333</sup> *Ibidem*, p. 53.

De lo dicho hasta ahora, podemos señalar como lógicamente necesario que el momento de la creación de la norma jurídica no está suspendido en el vacío. De hecho, desde la perspectiva de la alianza, el establecimiento de una ley, por ejemplo, más que un rompimiento con el pasado, puede ser entendida como su continuidad. Por supuesto que la continuidad de una norma se enfrenta a una realidad que no deja de oponerle singularidades fácticas inéditas que no pueden sino someterla a una continua tensión dialéctica; François Ost lo explica señalando que se trata de ver en dicho fundamento normativo “algo como un vínculo que no cesa de extenderse y de enriquecerse en la dirección de un pasado que jamás ha dejado de irradiar en la dirección del presente”.<sup>334</sup>

Podría pensarse que esta concepción normativa es conservadora. Sin embargo, dicha apreciación se diluye si atendemos a lo dicho por Paul Ricoeur en el sentido de ver en el momento fundador de la ley un momento lleno de contenido, que reconoce el pasado –incluso la “legalidad” anterior a la legalidad-, que enfatiza una continuidad reinterpretada, más que un momento vacío donde se busca establecer una imagen totalmente nueva, pero sin arraigo en la realidad memorística del hombre. Es entender a la ley como norma proyectada al futuro y en diálogo permanente. No la *ley pétrea*. Creer en una imagen de hombre, que *debe imponerse* a partir de una creación legal sin sustento en el pasado, bien puede generar, paradójicamente, totalitarismos o ineficacia.<sup>335</sup>

Es así como, afirma Ost, el derecho (ahora ya no sólo el juez, sino el creador de la norma general) asume el papel de “guardián de la memoria social”, que reúne en sí, contra los peligros del olvido, una gran cantidad de material pasado permitiendo que la vida social se desarrolle en la continuidad de una memoria común.<sup>336</sup> Aquí es donde se unen las propuestas de dos de nuestros autores eje: Todorov y Ost. Dicha unión se da en el momento en que recogemos selectivamente del *infinito*, y por tanto, *imposible* material pasado. Para ello es necesario trascender la singularidad abismal del pasado. Es decir, recordar ejemplarmente y olvidar singularmente.

---

<sup>334</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>335</sup> Ricoeur, Paul *apud* en *Ibidem*, p. 60.

<sup>336</sup> *Ibidem*, p. 71.

Me parece que el rescate memorístico que toma expresión en el derecho no se puede sustentar en el recuerdo singular, intrascendente, pormenorizado hasta el mínimo detalle del pasado. Eso es imposible, ya que se sacrificaría la generalidad de la norma. Estaríamos inmersos en un caótico mar de normas especiales. En el proceso de creación normativa hay que *elegir* el pasado que permita proyectarse al futuro, no elegir el pasado que inmovilice el derecho presente.

El derecho puede servir para fijar una memoria social en torno a valores que se van forjando a lo largo del tiempo a través de la creación de la norma. Valores que pueden derivar en fundamentales, tal como resultan ser aquellos que hoy identificamos como derechos humanos. Ahora corresponde ver cómo se pueden expresar dichos valores en el derecho. Es decir, cómo se relacionan los derechos humanos con la ley y con la constitución.

### **3.2.1 Derechos humanos y ley**

Para abordar la relación entre los derechos humanos y la ley, me parece conveniente recurrir a la evolución histórica que sobre la noción del Estado de derecho expone Gustavo Zagrebelsky. A partir de ello, me parece, se podrá dar cuenta de cómo se ha expresado la noción del derecho como promesa a partir del enfoque contractualista que, como vimos en el anterior punto, resultó dominante sobre el enfoque que fundaba la sociedad en la figura de la *Alianza*.

Para ello parto del supuesto de que la ley, en su derivación contractual, aunque puede ser entendida como una promesa, no es construida a partir de una mirada directa al pasado, sino que el énfasis de su creación es puesto en el acuerdo, aun cuando se trate, según veremos, de un acuerdo restringido, tanto en sus participantes, como en sus contenidos. Esta restricción anuncia límites a una posible compatibilidad con la noción de los derechos humanos como construcción memorística. En cuanto a los titulares de los derechos, la principal limitación deriva del hecho de que los participantes en el acuerdo no son todos, sino sólo un sector social que neutraliza bajo el paradigma de norma general y abstracta a la existencia de una diversidad humana y no da cabida a los sectores humanos disidentes o en situación de vulnerabilidad.

Para Zagrebelsky la primacía de la ley, en su versión moderna, se remonta al siglo XIX, el llamado siglo del “Estado de derecho”. Con esta expresión se busca dar forma a la intención de eliminar la posible arbitrariedad del actuar estatal ante otra de las categorías de la modernidad: los ciudadanos. Lo anterior, sin embargo, no disminuye la amplitud de la noción Estado de derecho, cuyo contenido semántico y valorativo, bien puede variar según la época y el autor. Así, no es de extrañar que los regímenes totalitarios del siglo XX se pudieran definir a sí mismos como *Estados de derecho*. En realidad, estamos ante un calificativo que bien se podría aplicar a cualquier situación donde se afirmara la citada lucha contra la arbitrariedad.<sup>337</sup>

Posteriormente, continúa Zagrebelsky, apareció el denominado Estado liberal de derecho, que a diferencia del anterior, tenía un contenido sustantivo en cuanto a las funciones y fines del Estado: garantizar al individuo la libertad en el marco de la sociedad.<sup>338</sup> Por sus rasgos, el Estado liberal de derecho es un Estado fundamentalmente legislativo, y por tanto, se encuentra afirmado implícitamente en el principio de legalidad.

En opinión de Zagrebelsky el principio de legalidad conceptualiza a la ley como un acto normativo supremo al que no se le puede oponer la fuerza en cualquiera de sus formas. Con la primacía de la ley, se afirma, se derrota al absolutismo. “El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho”.<sup>339</sup> Es por ello que la concepción típica del Estado de derecho y del principio de legalidad se corresponden con el positivismo jurídico que, continúa el autor, parte de reconocer la concentración de la producción del derecho (por supuesto una especie de *derecho legal*) de la instancia legislativa de origen estatal. La actividad de los juristas se reduce a buscar la voluntad del legislador.

Ahora bien, es importante recordar que para el llamado Estado de Derecho, la fuerza de la ley parte, al menos en la tradición que inaugura la Revolución

---

<sup>337</sup> Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 5ª ed., trad. de Marina Gascón, España, Ed. Trotta, 2003, p. 23.

<sup>338</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>339</sup> *Ibidem*, p. 24.



Francesa, de un supuesto central de la teoría política moderna: el de la soberanía de la nación. Es en el titular soberano donde ancla la fuerza normativa absoluta. Así, esta noción de la ley busca que ésta encarne la fuerza motriz de la maquinaria estatal.

El principio de legalidad francés guarda cierto paralelismo con el *rule of law* inglés. “En la tradición europea continental la impugnación del absolutismo significó la pretensión de sustituir al rey por otro poder absoluto, la Asamblea soberana; en Inglaterra, la lucha contra el absolutismo consistió en oponer a las pretensiones del rey los “privilegios y libertades” tradicionales de los ingleses, representados y defendidos por el parlamento.”<sup>340</sup> Según Zagrebelsky, el significado liberal del principio de legalidad tiene tres expresiones que, hoy en día, han entrado en crisis:<sup>341</sup>

- a) La sujeción de la Administración a la ley. La ausencia de leyes suponía la imposibilidad del poder ejecutivo para actuar, ya que éste no tiene potestades originarias, depende en su totalidad de la ley previa, que es a su vez, garantía contra la arbitrariedad.
- b) Para los particulares, rige lo contrario, el principio de autonomía. Para éstos, la ley debe ser respetada como límite “externo” de la “autonomía contractual”. La ausencia de leyes es, implícitamente, la autorización para la acción de los particulares.
- c) La ley como norma general y abstracta. *Generalidad* supone que la norma legislativa opere frente a todos los sujetos de derecho sin distinción, este rasgo se vincula estrechamente al postulado de igualdad ante la ley como garantía de imparcialidad del Estado y antídoto ante posibles “privilegios”. La abstracción es definida como la “generalidad en el tiempo”, esto es, que

---

<sup>340</sup> *Ibidem*, p. 25. En la misma línea, Cecilia Mora Donatto señala que el constitucionalismo británico, ya en el siglo XIX, tiene como características definitorias los principios de “gobierno representativo” y de “Estado de derecho”, es decir, la legitimación democrática del poder y el “gobierno de leyes”. En esta concepción, puesto que el derecho comienza con la ley, el Parlamento se tornaría en el verdadero soberano, dirigido por el principio de mayoría. Citando a Rousseau, Mora Donatto considera que la voluntad política de los británicos “queda después enajenada y por ello enteramente sometida a la voluntad política de sus representantes”, véase, Mora Donatto, Cecilia, *La nueva temática de los derechos fundamentales. Apuntes para su discusión*, México, UNAM/IIJ, Agosto, 2001, p. 3.

<sup>341</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 29.

la ley consiste en prescripciones destinadas a valer indefinidamente, y en virtud de ello, formuladas en supuestos abstractos. Con ella se busca garantizar la estabilidad del orden jurídico, generando certeza y previsibilidad.

De momento, para efectos de este trabajo, importa particularmente la crisis del tercer rasgo clásico de la ley, es decir, el paradigma que la entiende como norma general y abstracta. El origen de dicha crisis puede rastrearse en el reconocimiento de la amplia diversidad de grupos y estratos sociales que pueden dar lugar a la necesidad de una diferenciación en el tratamiento normativo, derivado ello de las particularidades que en el mundo fáctico toma el principio de igualdad. Ello es importante porque posiblemente estaríamos en presencia de los grupos humanos cuya cohesión como grupo en situación de vulnerabilidad derivaría de un pasado lleno de agravios susceptible de ser rescatado. Ante la abstracción de la norma, surgiría la necesidad de un matiz legal expresado, por ejemplo, en las llamadas acciones afirmativas que buscan neutralizar las disparidades reales que operan en la sociedad y que tienen a ciertos sectores sociales en desventaja ante una ley general y abstracta que ignora dicha situación originaria.

Según Zagrebelsky, el principio de legalidad era una traducción en términos jurídicos de la hegemonía de la burguesía, encarnada en la Cámara representativa, y en oposición a los poderes ejecutivo y judicial. Desde este ángulo, los cuerpos judiciales, se tornaron en entidades de mera aplicación del *derecho* generado por el legislativo. En cuanto al ejecutivo, se garantizaba la ya citada subordinación de la Administración a la ley. Esta hegemonía de la ley, suponía el reconocimiento de su superioridad frente a los demás actos jurídicos y también, continúa Zagrebelsky, frente a los documentos constitucionales de entonces, caracterizados por tener una flexibilidad ante modificaciones legislativas. Jurídicamente la ley lo podía todo.<sup>342</sup>

En consecuencia, el surgimiento de fuerzas discordantes no encontraba expresión en la ley. Eran neutralizadas por ésta debido a la restricción que

---

<sup>342</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

operaba en el derecho al voto y en el acceso a los órganos de representación. El monopolio legislativo de una sola clase social determinaba el perfil de la legislación. La flexibilidad misma de las constituciones permitía que, ante los grupos sociales marginados o *disruptivos*, se apelara a estados de excepción para controlar la protesta política y con ello salvaguardar la homogeneidad del régimen de derecho.<sup>343</sup>

Con el siglo XIX surge también una teoría propia de los derechos subjetivos que responde fielmente a los postulados del Estado de derecho. De hecho, el propio Estado se configura como un sujeto regulado por el derecho. De este modo, continua Zagrebelsky, el *sujeto-Estado* podía entablar relaciones recíprocas con los individuos en el marco del *Estado-ordenamiento*. Sólo el primero era considerado sujeto de la ley. El segundo, al ser el generador de la ley, no puede estar sujeto, más que a sí mismo, lo cual resulta ser, más que sujeción, una expresión de libertad. En esta concepción jurídica, sólo se aceptan como derechos aquellos que el legislador crea mediante la que consideran la principal fuente jurídica: la ley. Los derechos, en esta propuesta, no son una sustancia susceptible de *reconocimiento*, ya que son posteriores al Estado y no previos al mismo.<sup>344</sup>

Aunque la tradición del constitucionalismo se remonta varios siglos atrás, en el citado siglo XIX, el término de Constitución no era aún entendida como norma jurídica suprema “en tanto que de ella no emanaban derechos que pudieran ser aplicados directamente por los jueces”, con lo que la ley se constituyó como la fuente principal del derecho, y por tanto, de los derechos de los ciudadanos. Como sostiene Cecilia Mora Donatto: “El Estado constitucional de derecho quedó reducido al Estado legal de derecho”.<sup>345</sup> Lo anterior quiere decir que los ciudadanos sólo podrían ejercer los derechos que el Estado, a través del Parlamento y de las leyes (producto de la actividad de aquel) les concediera. Así, tales derechos no eran conceptualizados como constitucionales, sino como legales.

---

<sup>343</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>344</sup> *Ibidem*, pp. 47 y ss.

<sup>345</sup> Mora Donatto, Cecilia, *op. cit.*, p. 2.

Fue la tradición francesa de los derechos la que nutrió en buena medida esta manera de entender la ley y los derechos derivados de ella. La proclamación de ciertos derechos en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* no fue propiamente derecho positivo sino la expresión de una nueva concepción del poder político. No deja de resultar interesante que dicha declaración establezca expresamente la importancia de la ley para la viabilidad de los derechos. En el art. 4º establece expresamente: "...el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los restantes miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. *Estos límites sólo pueden estar determinados por la Ley.*" En seguida, el artículo 5º señalaba: "...Todo lo que *no está prohibido por la ley* no puede ser impedido, y nadie puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que aquella no ordena." Finalmente, el art. 6º categóricamente refería que la ley era la expresión de la voluntad general, la cual se formaba por la concurrencia, por medio de sus representantes, de todos los ciudadanos. Bajo esta vertiente jurídica, la ley no está sometida a los derechos, al contrario, como sostiene Zagrebelsky, "se produjo el control de legalidad de los derechos".

Ferrajoli señala en la misma línea que "En el Estado legislativo de Derecho, carente de constitución o dotado de constituciones flexibles, la garantía de los derechos fundamentales, incluidos los de libertad, quedaba confiada únicamente a la política legislativa, que podía reducirla o suprimirla legítimamente. Mora Donatto denomina a este proceso como "juridificar la atribución al pueblo de la soberanía", esto es, convierte en poder jurídico el poder del pueblo. La atmósfera ilustrada sugería que la libertad del hombre sólo estuviera sujeta a la voluntad de él mismo. De ahí que la soberanía se sustentara como derivación de la capacidad racional del hombre expresada por sus representantes en la ley.<sup>346</sup>

De lo dicho en torno al Estado de derecho y de la importancia que los derechos legales tienen para dicha noción, se presenta la cuestión sobre el enorme peso que la forma jurídica tiene en esta noción jurídica. Si revisamos de nuevo el seguimiento que Zagrebelsky hace en torno a la misma, podemos

---

<sup>346</sup> *Ibidem*, p. 4.

percatarnos que la referencia al eventual contenido substancial de las normas legales cede ante los requisitos formales que enfatizan la fuerza de la ley. La ausencia del elemento substancial en la descripción que del Estado de derecho hace el autor italiano abre la puerta para la tradicional dualidad entre el derecho entendido como forma y aquel que es caracterizado a partir de la substancia y cuya figura controversial ha sido evidenciada con la tensión entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo.

Como sabemos, el discurso de los derechos humanos ha estado volcado tradicionalmente al contenido, más que a la forma del derecho. Ello supone un conflicto de difícil solución que ya había sido diagnosticado desde el capítulo 1 de este trabajo.<sup>347</sup> A decir del propio Zagrebelsky, esta dualidad es más compleja que la citada tensión iusfilosófica. Da una serie de argumentos que coadyuvan en ese sentido. Para este trabajo, sin embargo, resulta significativa la propuesta que da a la cuestión de lo que llama el *derecho-substancia*.

Comienza por cuestionar el argumento que afirma que toda profesión de fe en una idea material del derecho corre en menoscabo del derecho formal porque implicaría el abandono de las formas positivas de producción del derecho. En la misma línea cuestiona que el formalismo esté al servicio de la autocracia. Afirma en cambio, que el derecho es una realidad de doble naturaleza, “bifronte”, en la que opera una tensión entre la fuerza (elemento formal) y las expectativas de justicia (elemento sustancial).<sup>348</sup>

Señala que del derecho se espera, inseparablemente, fuerza y justicia. “Cualquier ley, incluso la dictada por los motivos y los intereses más innobles e inconfesables [...] busca siempre justificarse o transformarse con cualquier motivo que pueda maquillarla para que todos la tomen por buena.”<sup>349</sup> Agrega complejidad al argumento, al señalar que la justicia puede referirse al contenido de la ley, o bien, al legislador mismo. Así, una ley podrá ser justa respecto a su contenido, pero injusta por la ilegitimidad de quien la hace, y viceversa, una ley podrá emanar

---

<sup>347</sup> *Supra*, Capítulo 1. Derechos humanos y filosofía de la historia.

<sup>348</sup> Gustavo Zagrebelsky, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2014, pp. 21 y ss.

<sup>349</sup> *Ibidem*, p. 24.

de un poder legislativo legítimo, pero ser injusta en su contenido.<sup>350</sup> Pasar por alto cualquiera de las dos justicias, sería proceder reductivamente.

Parece no haber duda que para Zagrebelsky la fuerza, por sí sola, no fundamenta la ley. Resulta, en cambio, significativo el destacado lugar que otorga al contenido de la norma. Esto podría acercarlo a las posiciones iusnaturalistas que colocan en un estadio diferente el derecho positivo y un orden normativo supralegal. Sin embargo, me parece que hay un rasgo que separará de manera radical la propuesta de Zagrebelsky del iusnaturalismo clásico. Este rasgo es el referente al origen del contenido de la ley. Para el iusnaturalismo será un orden de naturaleza, se ha dicho, metafísico. En el caso del autor que comentamos se trata una idea de justicia que deriva del contexto histórico-cultural de la comunidad para la cual la ley busca hacerse valer como tal.<sup>351</sup>

Esta referencia al contexto histórico lo coloca muy cerca de la tesis central de este trabajo, dado que la construcción de los derechos humanos que propongo, se da, justamente, en el devenir temporal, concretamente, en la recuperación memorística que será una especie de sedimento que, una vez ejemplarizada, dará lugar al contenido de la norma. Más adelante, ahondaré en ello. De momento, quisiera cerrar este punto, señalando que para Zagrebelsky, el concepto de justicia –noción con la que establezco un símil del contenido que constituye el sedimento de la idea de derechos humanos- “nace, cambia, se extingue y es sustituido por otro concepto con el mudar de las culturas.”<sup>352</sup> Esto último plantea un desafío argumentativo para las concepciones objetivistas de la justicia, y se separa, igualmente, de la tradicional raíz natural de los derechos humanos que establece como uno de los rasgos de éstos, el de ser absolutos, universales y ahistóricos.

Veamos brevemente cómo podría aterrizar en un caso concreto la cuestión de los derechos humanos y la ley, tanto en su rostro formal como en uno sustancial derivado de un contexto histórico más que de uno metafísico. El

---

<sup>350</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>351</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>352</sup> *Idem*.

ejemplo lo tomo de Celso Lafer<sup>353</sup> y se refiere a la situación de las minorías nacionales y los apátridas en el contexto de la historia europea de entreguerras. Después de la primera guerra mundial, los Estados, imbuidos en la teoría del Estado de derecho, así como en la consolidación del ideal Estado-nación, impulsaron la protección de esa otra categoría moderna que hemos referido: la ciudadanía. Ciertamente, la protección que los Estados europeos de la época buscaban consolidar legalmente era la destinada a sus connacionales. Ello dejó en estado de vulnerabilidad a las minorías nacionales y a los apátridas, grupos humanos cuya existencia se debía, en buena medida, a la continua reformulación de las fronteras europeas. Ambos grupos, aunque materialmente estaban en un Estado, formalmente, no eran reconocidos. La movilidad de estos grupos (el uso de los pasaportes, documento al que no tenían acceso, se divulgaba poco a poco) se vio afectada radicalmente, por ejemplo, cuando no podían pedir asilo o no podían ser repatriados a ningún Estado reconocido. No eran titulares de derechos en el contexto de los Estados de derechos. Me parece que el reconocimiento de la titularidad de los derechos humanos de estas personas, pasó por un ejercicio memorístico que recuperó los dramáticos eventos en los que estos grupos serían usados al momento de desencadenar la segunda guerra mundial, recuérdese que Alemania invadió Austria con el pretexto de proteger a la minoría alemana que vivía en este país, así como en la ausencia de protección a la que se vieron sometidos una vez que la conflagración había comenzado.

El ejemplo anterior deja claro que, en cuanto a la construcción de los derechos humanos, el Estado de derecho y la ley fundada exclusivamente en la fuerza resultan insuficientes. El contenido histórico-memorístico que les dote de contornos y nuevos alcances, requiere que ahora nos refiramos a los derechos humanos y la constitución.

### **3.2.2 Derechos humanos y constitución**

La significación del término constitución ha variado sustancialmente a lo largo del tiempo. No significó lo mismo en la Grecia antigua, durante el apogeo romano o en

---

<sup>353</sup> Celso Lafer, *op. cit.*, pp. 155 y ss.

la Edad Media. Sin embargo, para efectos de este estudio, es a partir del siglo XVI cuando la historicidad de dicho término toma singular importancia. Se trata del siglo en el que un proceso de cambio en la legitimidad jurídico-política empieza a tomar forma: teólogos juristas españoles como Vitoria y Suárez al abordar el problema de las comunidades políticas, partieron de un derecho natural relativamente independiente de Dios. Es el mismo siglo en el que la escuela del derecho de la naturaleza y de gentes sistematiza la idea de constitución que aparece con los colonos ingleses en territorio americano. Para autores como Grocio, Pufendorf y Wolf la constitución se diferencia de las leyes ordinarias a partir de la superioridad de aquella, lo que le permite ser denominada como fundamental.<sup>354</sup>

Estamos ante filósofos del derecho natural que empiezan a separar la filosofía política y el derecho natural del discurso religioso. En un proceso paralelo, e igualmente de larga duración, la noción de voluntad humana empieza lentamente a constituirse como central en la creación de un nuevo fundamento de las comunidades políticas.<sup>355</sup>

El hecho de que el fundamento de la comunidad política, el Estado, comience a sustentarse en la voluntad humana como expresión de la razón, supone un desdén por la tradición y la historia como ejes de legitimidad política. El derecho se erige como una expresión de la razón humana válida en todo tiempo y lugar. Los derechos humanos, o para usar el término de la época, los “derechos del hombre” responden al modelo racional de la naturaleza del hombre. Ya en la época ilustrada, “la constitución (racional) es el instrumento que permite crear una comunidad donde el hombre asegure su libertad”. La constitución establecida conforme a la razón debe dar cabida a los “derechos del hombre” y a sus libertades.<sup>356</sup>

En esta concepción del estado constitucional los derechos se tornan constitucionales, y no sólo legales. Krüger, citado por Cecilia Mora Donatto,

---

<sup>354</sup> En torno a la evolución histórica del significado del término constitución véase, Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, Ed. Fontamara, México, 2006, pp. 68 y ss.

<sup>355</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>356</sup> *Ibidem*, p. 74



sostiene que “antes los derechos fundamentales valían en el ámbito de la ley, ahora las leyes valen en el ámbito de los derechos fundamentales.” La Constitución se presenta como fuente primaria de dichos derechos. Es cierto que, en dicha concepción constitucional, se revalora el papel de los jueces, despreciado en la concepción del Estado de derecho que alcanzó su cenit durante el siglo XIX. En virtud de la generalidad inherente a los enunciados constitucionales, se hace necesaria una gran capacidad interpretativa al momento de su aplicación a casos concretos. Así, los derechos consagrados en la constitución, ya no serán tanto, “derechos legales”, sino también “derechos jurisdiccionales”.<sup>357</sup>

Toma forma así el constitucionalismo moderno como una corriente jurídico-política que intenta establecer límites específicamente jurídicos a los gobernantes o detentadores del poder en la comunidad política. Busca pues, sustituir el gobierno arbitrario por el gobierno acorde a la constitución. Además, según Tamayo y Salmorán, como el constitucionalismo se identifica con ciertas ideas políticas (como el liberalismo y el capitalismo, entre otras), requiere cierto *contenido* en el propio cuerpo constitucional, como el principio de división de poderes y los ya citados “derechos del hombre”. Lo anterior nos conduce a afirmar que la doctrina del constitucionalismo parte y construye todo su sistema a partir de la convicción en la existencia de valores y/o principios jurídicos invariables, universales y *ahistóricos* en tanto son entendidos como expresión de la racionalidad. De ahí la tesis del “derecho fundamental” que es eje en una nueva idea del derecho constitucional que por su naturaleza prevalece en relación al derecho ordinario. En ese sentido, el derecho fundamental es supralegal.<sup>358</sup>

El anterior aserto de Tamayo Salmorán deja en claro dos de las dimensiones que el término constitución puede implicar. Me refiero al de la constitución como documento que incorpora principios o valores jurídicos, es decir, como recipiente de una substancia axiológica y como documento que reivindica

---

<sup>357</sup> Véase, Mora Donatto, Cecilia, *op. cit.*, p. 5

<sup>358</sup> Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

líneas ideológico-políticas que marcan las pautas de legitimidad del Estado a constituir.<sup>359</sup>

Bajo esta línea, Zagrebelsky señala un paralelismo entre el proceso de codificación de las relaciones civiles y el de constitucionalización. En su opinión, ambos, código y constitución, representan la “adscripción consciente” del derecho a una –y sólo una- voluntad racional, que se dirige intencionalmente contra la “irracionalidad del movimiento histórico-político espontáneo”, con lo que busca reprimir las expresiones del pasado y prevenir las del futuro.<sup>360</sup>

La confianza en la racionalidad de la constitución da la ocasión para recordar lo dicho en otro punto por Todorov.<sup>361</sup> Reprimir las “expresiones del pasado” supone la voluntad de replegar lo pasado –entendido como expresión de la irracionalidad-, con vistas a *ejemplarizarlo*, en cambio, para prevenir en lo futuro, el resurgimiento de la sinrazón.

Así, se entendería que la teoría de la voluntad racional que nutriría el contenido axiológico constitucional, y que fija con ello un orden invariable, busca trascender el tiempo, esto es, se pretende como *ahistórica*. Si la voluntad es afirmada como racional, la historia, nos dirá esta postura, en su dinamismo y relatividad, resultaría irracional. La imprevisibilidad del devenir histórico se repliega ante la planificación constitucional. Por eso, la constitución en su vertiente moderna, busca “la extinción de las fuerzas autónomas de la historia”, es decir, es un intento por sujetar las fuerzas mutables y concretas del mundo de lo *diverso-temporal* a un esquema jurídico-constitucional predeterminado. Con la constitución se buscaba evitar la corrosión del tiempo, para lo cual, afirma Zagrebelsky, había

---

<sup>359</sup> Cfr. Gustavo Zagrebelsky problematiza el término constitución al señalar que puede ser entendida de las siguientes formas: a) como norma constitutiva, en tanto esperanza común de una nueva unidad política que define constitucionalmente su forma de convivencia; b) como norma inclusiva-exclusiva, en tanto establece los límites de legitimidad e ilegitimidad, y con ello, establece diferencias en relación a otras unidades políticas; c) como compromiso, es decir, permite la inclusión pluralista a partir del compromiso de respeto de lo mínimo legítimo; d) como norma duradera, en tanto que supone una trascendencia del acto “constituyente” en sí, es decir, no se agota en el acto creador, sino que se erige como un sujeto permanente y abstracto llamado, también, *constitución*; e) como norma convencional de autonomía social, en tanto obtiene su fuerza de la sociedad, fuerzas que a su vez regula, organiza y disciplina, esto es, la fuerza de la constitución es autónoma, en tanto que la fuerza de la ley es heterónoma. Véase, Zagrebelsky, Gustavo, *La ley...*, cit., pp. 112 y ss.

<sup>360</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, trad. Miguel Carbonell, Madrid, Ed. Trotta, 2006, p. 32.

<sup>361</sup> *Supra*, 2.2.2 La memoria ejemplar.

dos caminos: un retorno al pasado -caso de la restauración- y una ruptura con el pasado -caso de la revolución. En ambos casos, me parece, radica una intensión que busca detonar el cambio para arribar a un orden que detenga el dinamismo del devenir.

Quisiera detenerme brevemente en este punto porque en cierta forma estamos ante la confrontación de la noción de la Constitución entendida como norma constitutiva de una nueva unidad política por un lado, y el devenir histórico por el otro, tensión que encierra, me parece, una caída en la recuperación memorística. Restaurar un antiguo régimen puede ocultar una actitud nostálgica de la eternidad; revolucionar el orden preexistente para establecer un nuevo *statu quo* puede estar alimentado por la esperanza de dicha eternidad. Ambas actitudes necesariamente definen su rostro a partir de una forma de tratar el pasado. Revolucionarios y contrarrevolucionarios pretender poseer el pasado y ambos, estarían dispuestos a usarlo en un eventual momento constitutivo. Para desplegar esta pretensión, sea cual sea la variante pragmática a la que responda políticamente, necesariamente se ven precisados a *recordar*. El ejercicio memorístico es pues, un supuesto, sin el cual, sería imposible planificar, sujetar, regular proyectivamente al futuro. Es decir, sin el ejercicio retrospectivo que es facilitado por la memoria, es imposible el momento fundacional o el retorno al *Antiguo regimen*.

Paradójicamente, sin embargo, cuando recurren al pasado, tanto los que buscan la restauración, como los revolucionarios insertan el sentido fundacional de la constitución en el territorio de lo *antihistórico*, o para ser más precisos, en una idea de la historia regida por un orden que aspira a la permanencia. Puede suceder que ambos crean en principios eternos o inmortales, esto es, en un *substratum* o materia valorativa que escapa a la necesidad histórica. En ese sentido, la constitución tiene una orientación estabilizadora, bien de principios originales que hay que proteger de la superficial corrosión histórica, bien de principios entendidos como *verdaderos* que hay que consolidar en un futuro que “necesariamente” llegará. Por ello, es natural que el poder constituyente busque consolidar “la eternidad de su obra”, una fijeza constitucional que aspira a establecer algunos principios que funjan como cimiento de seguridad para la

edificación de un orden. La constitución, en este sentido es, pues, un instrumento de conservación.<sup>362</sup>

Si nos damos cuenta, desde el momento en que estamos hablando de principios o valores que buscan dar cohesión estabilizadora al nuevo orden constitucional, estamos ya, ante otra noción de la idea de constitución. Ya no como momento fundacional, sino como norma que establece criterios de legitimidad, de inclusión en el eventual nuevo compromiso y como norma substancial que trasciende el momento *constituyente*. Es decir, estamos ante la constitución en su vertiente material o valorativa.

La vertiente material de la constitución también está inserta en la tensión temporal, porque nos estaríamos enfrentando al espinoso tema de la objetividad o no de la moralidad subyacente en los llamados derechos fundamentales. En efecto, la eventual referencia a derechos de rango constitucional abre una serie de aristas vinculadas también a la experiencia de la temporalidad en general, y a la de la memoria en particular.

Suele haber un consenso en llamar parte dogmática a aquella que establece o reconoce los derechos fundamentales, o derechos subjetivos públicos, o bien, derechos humanos, en un documento constitucional. Cómo hemos advertido a lo largo de este trabajo, el fundamento de estos derechos ha sido visto como variado en sus fuentes: la razón, la dignidad, incluso, el derecho mismo.

Sea cual sea la fuente, me parece que hay también una aspiración a una sustancialidad trascendente en dichos derechos (me refiero, por supuesto, a los llamados derechos humanos), es decir, un matiz que sugiere un rasgo de objetividad atemporal que los erigiría como esos principios estabilizadores y extrajurídicos del orden constitucional. Esta postura conduce a la idea clásica de derechos humanos que han sido caracterizados como absolutos, eternos, universales, etc. Rasgos, estos últimos, que entran en tensión con la afirmación de la historicidad inherente a las creaciones humanas.

La cuestión central, me parece, es la de encontrar un punto medio entre una idea de constitución que aspira, por un lado, al orden y pretende establecer

---

<sup>362</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y...*, cit., p. 44.

derechos que funjan como factores estabilizadores y por el otro, una noción constitucional que se reconozca como variable históricamente en su materialidad.

Según Zagrebelsky, la asunción de la diversidad –o del pluralismo como en realidad lo denomina- en una constitución democrática es la propuesta de soluciones y coexistencias posibles. Esto es, asumir la idea de constitución como un compromiso de posibilidades (proyectadas al futuro) y no un proyecto rígido y vertical. Sólo así se está ante una constitución “abierta” que permite, dentro de sus propios límites, la riqueza de la vida humana en la esfera de los derechos básicos como condición de viabilidad de las sociedades pluralistas y democráticas.<sup>363</sup> Esta afirmación de Zagrebelsky armoniza con la propuesta de François Ost que plantea la noción de “gestión de la policromía”, una respuesta a la pretensión de destemporalización del derecho, que reivindica, en cambio, ante el determinismo de un tiempo único que marcha a un mismo paso excluyendo otros ritmos, un tiempo social expresado pluralmente.<sup>364</sup> Entendida así, la constitución sería el “mecanismo de embrague” de las distintas velocidades temporales –es decir, de las distintas formas de entender el tiempo, y en concreto, el pasado- que permitiría integrar en ella al documento integrador de la diversidad, sin caer en una desintegración social que potencialmente temerían los nostálgicos de la eternidad.

Para ello hay que cambiar, nos dice Zagrebelsky, nuestra percepción de la Constitución de una que se afirma como el centro del que irradia luz a los actos jurídicos derivados, a otro que la entiende como punto de convergencia.<sup>365</sup> La diversidad de valores y principios sobre los que se basaría esta propuesta de materialidad de la constitución, para ser compatible con la noción de pluralismo, no debe asumirse como absoluta, cerrada y/o definitiva, sino que debe ser compatible con aquellos otros valores con los que convive. Estamos pues ante la aspiración a una convivencia dúctil construida sobre un pluralismo que niega los ideales de imposición por la fuerza de una cosmovisión. Si los principios, valores o derechos se entendiesen como absolutos, sería imposible salvaguardar varios valores más, en aras de la unicidad monolítica de un fundamento extrahistórico.

---

<sup>363</sup> Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho...*, cit., p. 14.

<sup>364</sup> Ost, François, *El tiempo...*, cit., p. 14.

<sup>365</sup> Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho...*, cit., p. 14

Esto último, me parece, sería pretender afirmar la inmovilidad jurídica bajo los ropajes de una dogmática constitucional. El único contenido, digamos, “sólido”, es justamente el de la pluralidad de valores y principios.<sup>366</sup>

Podría contra argumentarse que sostener la pluralidad de valores implica una paradójica contradicción, ya que por su naturaleza, cualquier propuesta moral aspira a la autonomía pretendidamente absoluta. Es decir, que la moralidad, cualquiera que sea su variante, siempre buscará fundar su validez universal excluyendo a las restantes modalidades. En ese sentido, me parece oportuno recurrir a Ronald Dworkin quien al desarrollar su argumentación sobre los principios y su muy particular despliegue en la resolución de los casos difíciles, señala que

[...] una vez decidido el caso, podemos decir que el fallo crea una norma determinada (por ejemplo la norma de que el asesino no puede ser beneficiario del testamento de su víctima). Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido; el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva. En el caso Riggs, el tribunal citó el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito como estándar básico con arreglo al cual debía entenderse la ley testamentaria, y así justificó una nueva interpretación de dicha ley.<sup>367</sup>

Varias aristas derivan de la anterior cita. En primer lugar, el hecho, no del todo explícito en la misma, de que los principios tienen, en contraste con las normas, un peso relativo que al aterrizar en la resolución de un caso difícil, puede dar lugar a reacciones controvertidas, precisamente, porque no tiene pretensiones de validez universal, contrario a las normas jurídicas cuya explicitación como válida por una regla de reconocimiento en el mundo jurídico permite que su aplicación no sea controvertida. Este peso relativo, tal vez derive del reconocimiento que Dworkin hace de la inexistencia de un discurso moral unívoco que marque la pauta absoluta de la resolución de un caso difícil.

En segundo lugar, destaca la *preexistencia* del principio en relación a la norma. Esto es importante porque el término “preexistencia” supone ya, una temporalidad anterior a la norma, a la cual el juez, al resolver el caso difícil, necesariamente volteará su rostro. Significativo también, que Dworkin señale que,

---

<sup>366</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>367</sup> Dworkin Ronald, *op. cit.*, p. 80.

eventualmente, una norma bien puede *no existir* antes de la decisión, sino que es la apelación al principio preexistente al caso el que le da forma. Finalmente, la recurrencia al principio preexistente no sólo se puede limitar a dar forma a la norma, sino que bien puede marcar una nueva pauta interpretativa futura. En todas estas precisiones, se puede observar el viraje al pasado que realiza el juez para solucionar el caso difícil. En cierta forma, me parece que estamos ante un ejercicio memorístico cuando volteamos a un principio preexistente.

Por otro lado, me parece que Dworkin, al menos en esta parte de su obra, no habla de origen o fuente de los principios, sino que desarrolla su argumento limitándose a señalar su papel en la resolución de los multicitados casos difíciles. Sin duda establece una eventual consustancialidad con referentes expresivos de la moralidad, pero no tiene como objetivo especular sobre el fundamento de esta última. Por supuesto no es mi objetivo pretender agotar el tema de dicha fundamentación, ni siquiera referir de manera general las teorías que buscan establecer su fundamento. Sin embargo, quisiera señalar que para efectos de este trabajo, y en consonancia con lo desarrollado hasta ahora, me parece que el fundamento de la moralidad inherente a los principios puede tener su fuente en una lenta gestación histórica, y cuya explicitación sería detonada por la irrupción de un caso que, al no tener una norma explícita que le dote de solución, necesite recurrir a un principio cuya preexistencia sea ya latente en el horizonte histórico del momento. En ese sentido, recurrir al principio preexistente, tanto como la reconstrucción del caso a resolver, son ambas, expresión de un ejercicio memorístico.

Más puntos de apoyo puede brindar la caracterización de derechos como “triumfo” que el propio Dworkin ha desarrollado. Si recordamos el contexto en que se desarrolla el pensamiento de este autor, podremos advertir que forma parte de una discusión mucho más amplia en la que reivindica el liberalismo, particularmente, ante la acusación de proteger a los individuos ante alguna noción de bienestar social. Ante esta discusión, Dworkin toma partido y señala que lo que ha intentado a lo largo de su obra es “argumentar que la igualdad económica, y los derechos individuales familiares [se refiere a nociones que implican “bienestar de grupo”], surgen de la misma concepción de igualdad como independencia, de tal

manera que la igualdad es el motor del liberalismo, y toda defensa del liberalismo es también, una defensa de la igualdad.”<sup>368</sup>

Dworkin considera que toda definición clara y útil de la noción “derecho”, parte de la referida oposición entre derechos y bienestar general, es decir, se construye a partir de la conciencia de que los derechos individuales no corren necesariamente en la misma dirección de ciertas decisiones políticas que apelan en su justificación a una noción de bienestar general. Dworkin es firme al responder a este dilema:

Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio.<sup>369</sup>

Conforme a lo anterior, para Dworkin, alguien tiene un derecho cuando se encuentra facultado, esto es, cuando puede reivindicar *un hacer* o *un tener*, aun cuando ello resulte oneroso para el bienestar general. En otras palabras, los derechos son *cartas de triunfo* susceptibles de oponerse al bienestar general.

Resulta pertinente intentar vincular la propuesta de Dworkin que ve los derechos como triunfo político con la desarrollada en este trabajo. Ello puede tornarse problemático, si partimos del hecho de que lo que hace Dworkin es dar una noción de derecho claramente formal, esto es, no indica concreta y explícitamente el contenido de esos derechos. Por supuesto que Dworkin es consciente de ello al señalar que dicha noción permite que los derechos no tengan ningún “carácter metafísico especial”, y agrega que la teoría que defiende busca apartarse de otras propuestas que se apoyan en tal supuesto.<sup>370</sup> Encuentro en esta última afirmación un punto de encuentro con la propuesta elaborada en este trabajo. Suponer, como lo hago en mi argumentación, que el contenido de los derechos humanos puede ser construido a partir del rescate histórico-memorístico, implica seguir un camino diferente a la fundamentación que Dworkin denomina *metafísica*, y arraigar, la materialidad valorativa que subyace en los derechos

---

<sup>368</sup> Dworkin, Ronald, “Filosofía y política. Diálogo con Ronald Dworkin”, en Magee, Bryan, *Los hombres detrás de las ideas. Algunos creadores de la filosofía contemporánea*, trad. José A. Robles García, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 271.

<sup>369</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos...*, *cit.*, p. 37.

<sup>370</sup> *Idem*



humanos en un pasado que, al ser recuperado, se reactualiza de forma general en la norma. Como mencioné párrafos arriba, Dworkin no se detiene mayormente en el origen o fuente de los contenidos incorporados en los principios, sugeriré entonces que dicha fuente podría radicar en una *lenta gestación histórica* de los mismos, cuya evidencia y necesidad se torna clara cuando irrumpen en la argumentación el juez despliega cuando está ante un caso difícil.

Entender los derechos como triunfos políticos puede abreviar de la misma hipótesis. De hecho, el mismo término usado por Dworkin para clarificar la noción de derechos individuales, la palabra “triumfo”, parece implicar una acción, un *actuar* previo de los titulares de dichos derechos. Un actuar desplegado, no sólo al reivindicarlos ante una decisión política que toma como referente el bienestar social, sino, al obtenerlos o arrancarlos a los defensores de visiones que abogan por un bienestar social, por ejemplo. El actuar referido, el que daría lugar a la carta-triumfo, necesariamente toma camino alterno a la formalidad explicitada por Dworkin, pero, me parece, no la excluye. En todo caso, me parece que el énfasis de este trabajo está más en el *proceso* de desemboca en el triunfo, que en el triunfo mismo.

Más complejo, considero, resulta armonizar la propuesta de Dworkin con la noción de derechos humanos que resulta de tomar en cuenta las sucesivas generaciones que la doctrina sobre el tema suele referir. En efecto, los defensores del bienestar social (aquellos a los que, según Dworkin, se opondría el derecho individual como triunfo) podrían sostener la legitimidad de una decisión en la consolidación de un derecho humano de segunda o tercera generación que suponen, más que un respeto (un abstenerse) por parte de las autoridades, un papel activo (un hacer) de la autoridad en la obtención de derechos cuya titularidad eventualmente va más allá del individuo. La filiación liberal de Dworkin permite establecer sin mayor problema relaciones estrechas entre los derechos civiles y políticos por un lado, y la noción de derechos como triunfo por el otro. Pero dicha relación no es tan clara cuando nos referimos, por ejemplo, a derechos de perfil económico, social, cultural, o incluso, multicultural, como el caso del trato diferenciado que eventualmente se expresa en la demanda de respeto a los usos y costumbres de las comunidades indígenas. O cuando reparamos en los

derechos humanos de titularidad difusa como en el caso del derecho a un medio ambiente sano, eventualmente en conflicto con intereses individuales que suelen abrazar el discurso liberal como base de su actuar.

Por supuesto que dicha problemática es persistente a lo largo de los debates en torno a la concepción liberal del mundo y trasciende en mucho los alcances de este trabajo. Refiero sin embargo, un eventual y posible camino por el que Dworkin buscó salvar el problema. En cierto punto de *Los derechos en serio*, el autor señala que el “derecho” de una sociedad a hacer lo que quiere “no puede ser un “derecho concurrente” del tipo que puede justificar la invasión de un derecho en contra del Gobierno.”<sup>371</sup> Para él la existencia de derechos oponibles al gobierno estaría amenazada si éste apela en la justificación de su actuar a un derecho colectivo, aunque se sustente en una mayoría democrática, que expresa una voluntad más amplia. Un derecho auténtico, según Dworkin, es aquel que se sostiene “aun cuando la mayoría piense que ejercerlo estaría mal, e incluso, cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese “algo” se haga.”<sup>372</sup> Sostener lo contrario, continúa, es “aniquilar” los derechos oponibles a la autoridad.

El modelo explicativo de Dworkin, parte necesariamente de “reconocer el carácter de derechos concurrentes sólo a los derechos de otros miembros de la sociedad en cuanto individuos”, e invita a distinguir entre los “derechos” de la mayoría como tal (este último entrecomillado es de Dworkin) que no pueden justificar dejar de lado los derechos individuales, y los derechos personales de los miembros de una mayoría, susceptibles de tomarse en cuenta.<sup>373</sup> Hasta aquí, parece latir en Dworkin la línea clásica del liberalismo. En 1975, cinco años después de haber publicado en forma de artículo las anteriores consideraciones, buscó demostrar que los derechos y el bienestar general, más que oponerse, arraigan en el mismo valor, el de *igualdad*, esto es, en la preocupación de tratar a todos los ciudadanos como iguales, en “demostrar con actos la misma preocupación por el destino de cada uno de ellos”. De lo anterior, Dworkin concluye que la oposición referida es en realidad superficial, pues la idea de

---

<sup>371</sup> *Ibidem*, p. 289.

<sup>372</sup> *Idem*.

<sup>373</sup> *Idem*.

bienestar general (concediendo que sea una “buena justificación” de decisiones políticas en los casos normales) y la de derechos individuales (precisando que sean entendidos como cartas triunfo sobre “aquella justificación”, en casos excepcionales) convergen en un liberalismo que requiere de la igualdad.<sup>374</sup> Dworkin da una idea de cómo procedería dicha argumentación en el contexto de un derecho económico:

Consideremos [...] el derecho a tener un nivel decente de vida en una sociedad con los recursos suficientes para proporcionar a todos ese nivel. La política económica general debe pretender mejorar el bienestar del promedio. Esto significa que si una política económica mejoraría la condición de la comunidad, considerada en su conjunto, ésta debe escogerse, respecto de otra política que mejoraría la condición sólo de algún grupo más reducido. Todo esto lo requiere una actitud igualitaria en general, porque de otra manera, a las demandas de cada uno de los miembros de la clase menor se les habría dado la preferencia respecto de las demandas de cada uno de los miembros de la comunidad mayor. Pero si algunas personas acaban por debajo del nivel mínimo de vida [...], se ha dislocado la justificación igualitaria general de la elección original, y esta debe corregirse reconociendo que tales personas tienen derecho a un nivel mínimo, aún si el bienestar general no es tan alto como lo sería, si no se tuviera en cuenta.<sup>375</sup>

La consecuencia de dicha argumentación es que el derecho económico a tener un nivel decente de vida (que suele sustentarse en una noción de bienestar general) se torna en un derecho específico, susceptible de oponerse por parte de las personas que eventualmente pueden quedar debajo del nivel mínimo de vida, como una carta triunfo que obligue al gobierno a replantear, a “corregir” la política económica desplegada.

A reserva de ahondar en otra ocasión sobre el tema, me parece que la eficacia del argumento de Dworkin resulta de su mismo formalismo, ese que a decir de él, lo separa de la tradición metafísica. En efecto, el derecho económico a un nivel adecuado de vida, tal como él pretende demostrarlo, no derivaría de una idea de vida con supuestos axiomáticos, sino de la justificación que el titular o facultado en la reivindicación del derecho a un nivel de vida adecuado pueda oponer, como triunfo, ante una política económica determinada.

---

<sup>374</sup> Dworkin, Ronald, “Filosofía y política. Diálogo con Ronald Dworkin”, en Magee, Bryan, *Los hombres...*, cit. pp. 272 y 273.

<sup>375</sup> *Ibidem*, p. 274.

Abierta queda, sin embargo, una discusión más. En las últimas líneas de la cita previa, Dworkin refiere la posibilidad de que la política económica adoptada pueda ser “corregida” en virtud del “reconocimiento” de un derecho a un nivel mínimo de vida en las personas que eventualmente queden debajo de dicho nivel a causa de aquella política. Es una discusión abierta, insisto, porque Dworkin no deja claro si en esa corrección o reconocimiento de un nivel de vida mínimo subyace, a su vez, algún supuesto axiomático del liberalismo.

Dado que difícilmente los alcances de la tesis dan para concluir suficientemente el anterior problema, considero pertinente recuperar la convergencia ya señalada entre Dworkin y nuestra propuesta en el sentido de separarnos de visiones que entienden los contenidos de los derechos como verdades axiomáticas, que él llama “metafísicas”. Recupero también la acotación que, líneas arriba hice en el sentido de que Dworkin pone el énfasis en el derecho en sí, entendido como carta de triunfo. En tanto que la propuesta que busco construir aquí, pondría el énfasis en el proceso de construcción de los contenidos de dichos derechos, para lo cual me auxilio de la memoria histórica. Me parece que ambos abordajes no se excluyen de forma necesaria. Hasta aquí la digresión sobre la propuesta de Dworkin.

Quisiera regresar brevemente a la noción de constitución, pero ahora refiriendo su relación con la de la ley en el marco del constitucionalismo. Me parece destacable el consenso doctrinario actual que ve que la ley está sometida a una relación de subordinación en relación a la constitución, en una clara reacción al llamado estado de derecho desarrollado en el punto anterior.<sup>376</sup> Con ello se intenta poner remedio a los eventuales efectos transgresores del orden jurídico-legal mediante el establecimiento de un estrato jurídico material más alto, dotado de fuerza obligatoria por sí mismas, dado que está en el mismo documento constituyente, y por tanto, vinculante para un poder constituido, como lo es el poder legislativo. Recuérdese, por ejemplo, la noción *coto vedado*, como ámbito inaccesible al momento de legislar. La ley se convierte en objeto susceptible de medición.

---

<sup>376</sup> *Supra*, punto 3.2.1 Derechos humanos y ley.

Según Mora Donatto, en el constitucionalismo el papel de la ley en relación a los derechos fundamentales es replanteado. Éstos, afirma, sólo adquieren plenitud cuando las condiciones de su ejercicio son desarrolladas mediante la ley. Es ella, la ley, la que “en el marco de la Constitución, garantiza el desarrollo normativo equilibrado de los distintos derechos constitucionales”.<sup>377</sup> Es decir, el legislador puede “desarrollar de diversas maneras el ejercicio del derecho gozando de un margen de discrecionalidad en la interpretación de la Constitución, pero en esa tarea el legislador tiene “un límite infranqueable”, dicho límite es el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales. Ahora la legalidad ya no es condicionante absoluta de los derechos, sino que ella misma está condicionada por vínculos jurídicos formales –como la norma de reconocimiento- y sustanciales –contenido material-axiológico- derivados de la constitución. La constitución es vínculo y límite al legislador.<sup>378</sup>

Desde mi punto de vista, la ley podría fungir no sólo como instrumento jurídico-estabilizador que de viabilidad jurídica a los derechos fundamentales que integran la parte material de la constitución, sino también como la válvula que permita encauzar tensiones generadas en el devenir histórico, pues ella, puede preservar –en coordinación con el documento constitucional- el pluralismo (Zagrebelsky) o gestionar la policronía sociotemporal (Ost). Una Constitución abierta, ha de permitir una apertura legislativa que conlleve el ejercicio de los derechos humanos acorde a cada momento histórico.<sup>379</sup> Los derechos humanos (fundamentales, si es que ya establecidos o reconocidos en la constitución, o bien, principios o valores materiales no explícitos en la constitución que pueden fungir como fundamento argumentativo en casos difíciles cuya resolución daría paso a nuevos contenidos normativos) nutrirían la noción de “contenido esencial” de la constitución, como un reducto “indisponible” para el legislador.

Pero ese contenido esencial, más que encontrar su raíz fundamental en un orden metafísico, lo encontraría en la recuperación memorística de lo pasado, conscientemente valorado para trascender su singularidad y ascender a una

---

<sup>377</sup> Mora Donatto, Cecilia, *op. cit.*, p. 6.

<sup>378</sup> Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. Miguel Carbonell, *et.al.*, México, CNDH, 2007, p. 6.

<sup>379</sup> Mora Donatto, Cecilia, *op. cit.*, p. 7.

ejemplaridad expresada en normas generales recuperadas en la esfera material de la constitución.

Así, la constitución recoge derechos contruidos en el tiempo, recuperados de un pasado concreto, que, al ser abstraídos de su singularidad, son levantados a la generalidad al momento en que se les reconoce rango constitucional y se les atribuyen garantías que los doten de viabilidad. Esta generalidad no sería una expresión de una idea de hombre abstracta como en la propuesta ilustrada. Esta generalidad sería la afirmación de la diversidad o pluralidad, dado que daría lugar a derechos contruidos a partir de la diversidad y complejidad que supone el complejo entramado del pasado. Una generalidad contruida a partir del recuerdo del paradójico actuar humano, y no, fundada en el recuerdo nostálgico de la eternidad.

Por supuesto, el papel del legislador ordinario, tanto como el del juez es importantísimo en el devenir del derecho en su propia historicidad. Ambos fungirían como el elemento que aterrizaría la ejemplaridad reconocida en la materialidad constitucional, de nuevo, al mundo de lo concreto. Legislador y juez serían los sujetos que permitirían el regreso del discurso de los derechos humanos contruidos a partir de la recuperación memorística, al mundo de la diversidad e indeterminación humana.

Generalidad jurídica en diálogo con concreción histórica. El puente sería la memoria transitiva. La Constitución recoge un pasado y constituye una promesa de larga duración. Una promesa que, al ser de tan larga duración, a su contenido se le suele atribuir el carácter de “esencial”, como aspirando con ello, a rescatar dicho contenido de la mutabilidad histórica. La ley recoge también un pasado, cuya promesa se despliega en una duración más corta, identificada en el perfil ideológico del legislador del momento, pero cuya estabilidad es impresa por la aspiración pretendidamente “esencialista”, es decir, “ahistórica” de los contenidos constitucionales.

El reconocimiento de que la “esencialidad” del contenido material de la constitución, es también inherentemente histórica, permitiría liberar *el* discurso de los derechos humanos de una eventual aspiración a la eternidad y los relativizaría

lo suficiente como para permitir su flexibilidad al momento de retornar al mundo real.

### **3.3 Derechos humanos: diálogo pasado-futuro**

Los derechos humanos, una vez establecidos en la constitución, es decir, insertos ya como derechos fundamentales, forman parte de un proceso histórico, de un devenir continuo e inacabado. En ese sentido, los derechos humanos están sometidos al cambio, suponen un grado de contingencia que les permite enriquecerse con la experiencia del pasado. Este enriquecimiento parte, en buena medida, de reconocer el papel constructor de la memoria histórica.

La Constitución, como norma fundante y fundamental de un sistema jurídico, está a una distancia equidistante entre el pasado -que es recuperado mediante el ejercicio memorístico- y el futuro -que es el horizonte temporal al que los derechos humanos contruidos mediante la memoria buscan dar estabilidad. Zagrebelsky señala que “el poder constituyente es fijación, es absolutización de valores políticos (...) es inicialmente aceleración histórica inesperada y sucesivamente detención del movimiento, (...) es predeterminación de los problemas y planificación de las soluciones.”<sup>380</sup>

De esta forma la constitución en general, y su parte dogmática en particular, resultan ser un artificio creado en el devenir histórico que busca establecer límites al ejercicio arbitrario del poder en el presente y en el futuro. En cierta forma, se puede afirmar que el constituyente mira al futuro recuperando ejemplarmente el pasado.

Pero el futuro es inalcanzable en el sentido de que se trata de un horizonte que cambia, que se aleja conforme el presente transcurre. Por eso la construcción de los derechos humanos no acaba en un punto específico del porvenir. La diversidad de las modalidades de ejercicio, detentación y abuso del poder puede adoptar infinidad de formas, muchas inimaginables. Por eso el contenido de los derechos humanos y la forma de hacerlos efectivos están atrapados en una interminable construcción. Me parece que los derechos humanos *no se descubren*

---

<sup>380</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y...*, cit., p.36.

en un *avance histórico* que parte del supuesto de que nos encaminamos necesariamente a un fin de la Historia. En cambio, los derechos humanos se *construyen* en procesos históricos diversos, abiertos e inciertos que no se pueden predecir. En dicho proceso, lo que puede dar soporte a dicha construcción es la experiencia pasada recuperada por el derecho. Éste dota de cierta estabilidad al cambio continuo.

En ese sentido, François Ost plantea que los derechos humanos son una respuesta dialéctica a las cuatro dimensiones de la temporalidad: la nostalgia de la eternidad, el vértigo de la entropía, la tentación del determinismo y el riesgo de la destemporalización. Veamos enseguida, brevemente, cada uno de ellos, y posteriormente los vincularemos con la cuestión de los derechos humanos:<sup>381</sup>

a) El tiempo como un deslinde ante la nostalgia de una eternidad inmóvil se constituye como la expresión de un mundo imperfecto correspondiente a criaturas mortales condenadas al cambio; se trata pues de reconocer un mundo donde no hay permanencia fija. La nostalgia de la eternidad puede tener varias expresiones cuya importancia es incuestionable para el tema de los derechos humanos. De hecho, un rasgo de los fundamentalismos resulta ser, una aspiración a proyectarse más allá del tiempo. El fundamentalismo busca salir de la historia reivindicando identidades absolutas y eternas, es decir, busca mantenerse al margen de la historia. En ese sentido, el tiempo sería una especie de rebelión ante la inmovilidad a que aspiran los fundamentalismos. De esta forma, los derechos humanos están insertos en un tiempo que se reconoce como movimiento, como cambio o rebelión ante el orden establecido, ante el discurso incuestionable, o bien, ante el *statu quo*. En nuestra propuesta, se puede afirmar que los textos jurídicos fundamentales, las constituciones, no sólo fundarían, sino que también recordarían a las generaciones pretéritas que reivindicaron el tiempo y la rebelión, ante los que buscaban justificar la detentación o el abuso del poder como elemento natural, eterno.

---

<sup>381</sup> Para la elaboración de estas cuatro dimensiones de la temporalidad, nos basamos principalmente en, François Ost, "El tiempo, cuarta dimensión de los derechos humanos", trad. de María José Falcón y Tella, en *Anuario de los Derechos Humanos*, Universidad Complutense de Madrid, Nueva Época, No. 1, 2000, pp. 287-310.



Lo anterior replantea el discurso clásico moderno de los derechos humano, que los identifica como absolutos, inalienables, eternos, presentándolos en cambio como derechos abiertos, en discusión constante en el contexto de sociedades complejas, escenario donde actúan fuerzas de renovación y de conservación, fuerzas en interacción recíproca. En este sentido, los derechos humanos suponen ser un contenido mínimo instituido por el cuerpo jurídico que recupera el pasado y, paralelamente, funda expectativas de derechos futuros que esperan ser construidos. Los derechos humanos incorporados en la materialidad de la constitución –es decir, los derechos fundamentales- serían producto de lo pasado recuperado por la memoria -o debiera decir, construido- y, simultáneamente, promesa de enriquecimiento.

b) Un segundo deslinde, separa al tiempo de la tentación de una duración determinista; es lo que Ost denomina, “tiempo de la instauración y de la sorpresa, de la discontinuidad y de lo aleatorio.” Es como reconocer que el tiempo no sólo es una línea horizontal, sino también una línea vertical, un instante que cae y da nueva significación, una nueva perspectiva histórica tanto del pasado como del futuro. Si el tiempo de la sociedad no es regular, uniforme o lineal, tampoco se pueden atribuir dichos rasgos a uno de sus productos modernos: el de los derechos humanos que, de acuerdo a dicho punto, deben estar marcados por la indeterminación. Para construirlos, debemos atribuirles un grado de incertidumbre que se irá *redeterminando* con y en el paso del tiempo. Son un diálogo abierto en una sociedad abierta. Un diálogo rebelde contra dogmas lineales.

c) El tiempo resiste al vértigo de la entropía. Esto quiere decir que si bien es cierto el tiempo no es determinadamente continuo y homogéneo, tampoco es ruptura constante, ni azar, ni instantaneidad; Ost establece una dualidad entre la naturaleza que es llevada en un flujo incesante que “conduce a una entropía creciente” y la aparición del hombre que trajo consigo la posibilidad de una capacidad reflexiva del pasado y del futuro. Hombre y naturaleza, señala, se oponen, pues sólo en aquél hay conciencia del tiempo, capacidad de interpretación del pasado y de significación del futuro. Sólo en la reflexión consciente en el tiempo, se puede decir “yo”. Y sólo se puede decir “yo” si hay noción de la duración, de identidad en el tiempo. ¿Cómo se da consistencia a la

duración? Ost dice que pensando, respetando el pasado y construyendo el futuro.<sup>382</sup> Así, los derechos humanos están insertos en un tiempo humano, dotado de una razón crítica –y agregaría, comprensiva- que se materializa en una tercera vía entre lo necesariamente continuo y lo instantáneo, se mueven entre lo instituido y lo revolucionario. Los derechos humanos como un compromiso cuya duración se reivindica todos los días en el mundo (el tiempo) humano, más que en el mundo natural.

d) El tiempo se resiste a ser único, es decir, se reconoce en la armonización de diversos tiempos sociales, su dominio no sólo es de sucesión, sino de simultaneidad. Y como el tiempo es también “tiempos”, tiempos simultáneos, es preciso reconocer que hay distintos ritmos, duraciones diversas, distintos estratos temporales que, como sostiene Koselleck, corren a distinta velocidad.<sup>383</sup> Así, no es lo mismo el tiempo de los “globalizados” al tiempo de los marginados. No es lo mismo el tiempo de los que detentan u ostentan el poder, al de los excluidos (los que yacen entre los escombros del pasado que ve el *Angelus Novus*). Ante distintas fuerzas temporales que corren distintos ritmos, es necesario un mecanismo de articulación, que reconozca a cada uno –ya sea grupo o individuo- el derecho de moverse a su propio ritmo, el derecho a “reconstruir su pasado según su propia experiencia, y a reconstruir su futuro según sus expectativas”.<sup>384</sup> De esta forma, los derechos humanos estarán insertos en un marco temporal plural, con ciclos y ritmos divergentes, con pluralidad de direcciones, que bien pueden colisionar o entrar en conflicto. Los derechos humanos, pues, otorgan un mínimo de concordancia entre los tiempos, dando impulso al reconocimiento del Otro. Zagrebelsky diría que la constitución plural debe establecer una norma de inclusión de los diferentes mundos.

---

<sup>382</sup> *Ibidem*, pp. 287-310.

<sup>383</sup> Véase, Koselleck, Reinhart, *Los estratos del tiempo: estudios sobre la historia*, trad. de Daniel Inneérarity, España, Ed. Paidós, 2001, pp. 35 y ss.

<sup>384</sup> En cuanto a la cuestión de los tiempos y los ritmos divergentes, Ost señala como caso jurídico típico de este punto a la llamada “discriminación positiva” o las acciones afirmativas, como políticas que buscan compensar un ritmo más acelerado y a los que han sido víctimas en el pasado. Se reconoce a las víctimas a un grupo desfavorecido y se les reivindica mediante un trato diferenciado a fin de que recobren el tiempo perdido y se equilibren, hacia el futuro, las oportunidades. Véase, Francois Ost, “El tiempo, cuarta dimensión... *op. cit.*, pp. 287-310.

Lo anterior cuestiona las concepciones iusfilosóficas que ven en el constituyente al sabio cuya voluntad es absoluta, tal como ocurrió en la experiencia revolucionaria francesa. Según Zagrebelsky “hubo quien pensaba que la reforma constitucional no solamente no debía ser admitida sino incluso prohibida”. Así, se hacía coincidir la imposibilidad del cambio del derecho con la voluntad del legislador constituyente, es decir, se buscaba que la norma jurídica fuera una ley natural. Sin embargo, es insostenible afirmar la absoluta inmodificabilidad de la constitución, pues entre más rígida, resulta más susceptible de romperse ante cualquier embate de la realidad (que no deja de ser una forma de tensión entre lo abstracto y lo concreto).<sup>385</sup>

En efecto, si aceptamos la dialéctica del tiempo, según la plantea Ost, tenemos que los derechos humanos participan de un “nudo duro”, un mínimo de protección que trasciende todas las épocas y espacios, pero que, simultáneamente se presentan abiertos a complejidades sociales, a tramas históricas que los replantean y los enriquecen. Al mismo tiempo, me parece que en el pensamiento de Ost late, y la hago propia, una concepción de naturaleza humana no esencialista. Es decir, la naturaleza humana no es una estructura estática, sino que tiene en sí, una estructura dinámica derivada de su propia temporalidad histórica, una temporalidad de la que se toma conciencia sólo con la perspectiva que da poder ver conscientemente el pasado desde el presente. Como dice Mauricio Beuchot, una naturaleza humana de carácter *a posteriori* que se realiza en lo concreto, más que en lo abstracto *a priori*.<sup>386</sup>

En la misma línea argumentativa, las constituciones, o debiera decir, el constitucionalismo está sujeto también a tensiones históricas. No es una conquista acabada. También es, sostiene Ferrajoli, un “programa normativo para el futuro” en un doble sentido: en el sentido de que los derechos fundamentales contenidos en las constituciones deben ser garantizados y en el sentido de que el paradigma constitucional es un proceso lejos de concluir, que debe extenderse a una dirección triple: la que garantiza los derechos de libertad y los derechos sociales,

---

<sup>385</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y...*, cit., p. 38.

<sup>386</sup> Beuchot, Mauricio, *Derechos Humanos...*, cit., pp. 45 y 46.

la que se opone a poderes públicos y privados, y la que se proyecta a todos los niveles, incluyendo el estatal y el internacional.<sup>387</sup>

Ferrajoli deja claro que los desafíos del constitucionalismo, y su relación con los derechos fundamentales, son demasiado complejos. Esto es así, en virtud de que reconoce que el reconocimiento de los derechos humanos, así como de la implementación de sus garantías está lejos de concluir. Señala que los riesgos que supone su violación no vienen exclusivamente de poderes públicos, sino también privados. La promesa que subyace en una constitución es un proceso inacabado.<sup>388</sup>

Dicha promesa, que a decir de Ost ocupa un lugar central en el pensamiento moderno, puede entenderse desde dos perspectivas según afinque en el pensamiento de Thomas Hobbes o de Hannah Arendt. Para Hobbes la promesa es un instrumento que permite anticipar el futuro con vistas a dominarlo. Desemboca en un tiempo cerrado y está inspirada en el temor al otro y el cálculo interesado, la promesa política “genera una ideología de seguridad que acaba por confiarle el poder absoluto al Leviatán”.<sup>389</sup> Según Hobbes, la vida del animal, atendida a las sensaciones inmediatas, transcurre en la ignorancia del porvenir. En contraste, el hombre es capaz de anticipar sus placeres y penas, es decir, es capaz de desprenderse del presente y proyectarse en el futuro, con lo que la vida resulta ser una carrera interminable en búsqueda de un deseo insaciable, una carrera donde los rivales representan una amenaza que alimentan un temor constante para los bienes y la seguridad propia. El hombre sabe que la seguridad depende de un contrato que garantice no caer en la violencia. En el estado de

---

<sup>387</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 7.

<sup>388</sup> El 10 de junio de 2011 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma constitucional que, a ojos de varios juristas, además de esperada (noción que nos conduce al referente del futuro), resulta sustancial en la forma de entender a los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano. Por supuesto se trata de una reforma de implicaciones mayores, que dará lugar a problemas jurídicos nuevos que, particularmente con las nuevas pautas interpretativas, indudablemente tendrán que recurrir al pasado, no para recuperar los eventos presuntamente violatorios de derechos humanos, sino también, insisto, al momento de interpretar la normatividad mexicana se tendrá ahora que recurrir a documentos internacionales cuya creación fue también en el pasado. Los desafíos, o al menos una parte de ellos, radican ahora en qué tanto la recurrencia a documentos (tratados internacionales) o criterios interpretativos (la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos) del pasado permitirá afrontar problemas jurídicos hasta ahora insospechados. El proceso, aunque pueda ser base para el optimismo de algunos teóricos, es, sin duda, un proceso inacabado.

<sup>389</sup> *Apud*, Ost, François, *El tiempo...*, *cit.*, p. 169.

naturaleza, al no haber contrato, “el tiempo”, es sólo una “sucesión de instantes amenazadores”, donde la confianza no es posible.<sup>390</sup> Hobbes duda de la capacidad espontánea de los contratantes para cumplir compromisos, por ello, para constreñirlos hay que crear una fuerza exterior, un mecanismo al que se le confía (en un destello de racionalidad) todo el poder: el Leviatán.

La temporalidad instituida paralelamente con el contrato social de Hobbes responde a la instantaneidad imperante en el estado de naturaleza, y busca imponer un poder perpetuo e irrevocable. Desde ese momento, nos dice Ost, no hay posibilidad de revisar los términos de la promesa, ya que la intensión del hombre radica más en mantener o perpetuar la seguridad. Así, la promesa, en este caso, “es un instrumento de dominio normativo y racional en el tiempo futuro”.<sup>391</sup>

Pensamos que la memoria, el pasado juega un papel marginal en esta propuesta. Ciertamente Hobbes genera la hipótesis de un “tiempo”, instantáneo imperante en un lejano estado de naturaleza, pero piensa más en justificar la existencia de un *Leviatán* que mira al futuro.<sup>392</sup>

Para Hannah Arendt, por el contrario, la promesa busca dominar la incertidumbre del futuro, pero eso sólo es posible confiando en el otro. La promesa es “un instrumento de cooperación que genera una temporalidad a la vez abierta y dominada”.<sup>393</sup> Para dicha autora, la promesa es más un instrumento de acción, que de cálculo, ya que permite “comenzar de nuevo”, sustrayéndonos del “caminar

---

<sup>390</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>391</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>392</sup> Thomas Hobbes tuvo un supuesto memorístico en su obra. Las citas que lo corroboran pueden ser varias: “en la venganza y los castigos no debemos poner los ojos en el mal pasado, sino en el bien futuro”, Thomas Hobbes, *De cive*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 2010, p. 88; Más significativa, en los polos temporales y lo que él llama ley natural, tenemos: “[...] cada hombre está obligado por la ley natural a perdonar a su prójimo, siempre y cuando éste le dé garantías para el futuro [...]. Y ello ha de ser así por otra razón más: porque la revancha, si sólo mira hacia el tiempo pasado, no es nada más que un cierto triunfo y gloria del yo, que no apunta a ninguna finalidad; pues sólo se detiene a contemplar lo pasado cuando la finalidad o propósito es algo por venir. Más aquello que no tiene finalidad es vano; por lo tanto, la venganza que no pone los ojos en el futuro procede de la vanagloria y, por consiguiente, carece de razón. Pero dañar a otro sin razón da lugar a un estado de guerra y es contrario a la ley fundamental de naturaleza. Es, pues, un precepto de la ley de naturaleza que en la venganza no miremos hacia atrás, sino hacia adelante. El quebrantamiento de esta ley suele llamarse crueldad.” *Idem*.

<sup>393</sup> *Apud*, en *Ibidem*, p. 160.

en círculos” que nos conduce a la degradación.<sup>394</sup> Como en Hobbes, la promesa busca reducir la imprevisibilidad del mañana. Sólo que, mientras para el autor británico esa incertidumbre toma la forma de desconfianza de todos para con todos, para Arendt, dicha imprevisibilidad es positiva: si los hombres son libres, el futuro es abierto, cada uno es un ramillete de posibilidades, por tanto, es difícil establecer lo que serán mañana. Dado que comparten el mundo, los hombres tienen que reconocer la pluralidad de acciones posibles. Libertad humana y pluralidad permiten ver a la promesa como forma de colaboración voluntaria, gracias a la cual la incertidumbre se acota al menos parcialmente. A diferencia de Hobbes, que busca que la promesa genere una seguridad permanente sustentada en una voluntad idéntica, Arendt la asume –a la promesa- “como una vigorosa cooperación en tanto permanece voluntaria y guiada por sus protagonistas; en la medida que los una esa fuerza de interacción, quienes prometen se beneficiarán de ese “engrandecimiento formidable” de sus posibilidades de acción”.<sup>395</sup>

Como se observa, en Arendt, la promesa se mantiene como tal. Reduce la incertidumbre del porvenir pero manteniendo la libertad. Domina el futuro parcialmente pero deja que, como sostuvo el amigo de Arendt, Walter Benjamin, conserve su carácter abierto.<sup>396</sup> No hace de la promesa un proyecto totalitario. La promesa es un compromiso que solo es pensable si partimos del supuesto de lo que Ost llama “una previa estructura de sociabilidad”, que permite ser fiel a la palabra dada. Pero la promesa no se sustenta exclusivamente en la voluntad autónoma, sino también en estructuras preexistentes. La promesa no sería nada, sin lo pasado recuperado. Para prometer hay que recordar. Para generar un futuro con proyecto, no se puede desprender del pasado.

En ese sentido los derechos humanos se insertan en este diálogo entre pasado y futuro. Son recuperación memorística y promesa jurídica. Son recuerdo concreto que rescata la memoria y generalidad de la norma que libera a los humanos de la singularidad memorística.

---

<sup>394</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>395</sup> *Idem*.

<sup>396</sup> *Supra* 2.1.3 Idea de la historia de Walter Benjamin.

## **Conclusiones**

### **Primera**

Los intentos por establecer un fundamento de los derechos humanos han dado lugar a un complejo entramado de posturas que van desde las que afirman la imposibilidad de llegar a dicha fundamentación, hasta los esfuerzos por hallarla en corrientes iusfilosóficas (positivismo, iusnaturalismo, iusrealismo) cuyos diferendos han impreso una mayor ambigüedad y dificultad a dicho objetivo.

### **Segunda**

Las opiniones que afirman la imposibilidad de fundar los derechos humanos suelen dar como argumento central de dicha imposibilidad el hecho de que esta problemática ha sido solucionada con el acuerdo que sobre los citados derechos se ha obtenido a partir de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. El problema, sin embargo, persiste, dado que lo que proponen en realidad es una fundamentación cuya raíz es el acuerdo, lo cual, al final supondría que dicho proceder no afirma la imposibilidad alegada, sino que resulta ser un ejercicio de fundamentación que no soluciona dicho problema. En todo caso, surgiría la cuestión del fundamento del fundamento, esto es, el fundamento para afirmar la validez (o la verdad) de aquello que ha derivado del acuerdo mismo.

### **Tercera**

El iuspositivismo tradicional, al tratar de comprender el orden jurídico, pone el énfasis, no en el contenido axiológico, sino en aspectos formales de los que deriva la validez de un acto jurídico específico. Como se observó, ello no implica que nieguen la existencia de dicho contenido material, sino que lo colocan en un nivel extrajurídico. Esto último es lo que permite entender que los autores que optan por esta corriente iusfilosófica, no sólo guarden reservas en torno a la fundamentación de los derechos humanos, sino que incluso no los vean como objeto de estudio jurídicamente hablando. Esto último es una derivación lógica del hecho de que los autores que suelen analizar los derechos humanos en el ámbito de su fundamentación, colocan de manera necesaria, a la materialidad de los mismos, es decir, al contenido axiológico que subyace en ellos como el punto neurálgico de sus especulaciones. Según señalé en el cuerpo de este trabajo, desde el ángulo positivista, los derechos humanos tendrían una relevación relativa en tanto su

formalización resulte coincidente con el derecho positivo que les de existencia jurídica, y no, en tanto una posible validez o comprobación metafísica.

#### ***Cuarta***

La cuestión de la fundamentación de los derechos humanos no entra en el eje de análisis de la corriente denominada iusrealista. Estos autores no tienen como interés central establecer una postura en torno al fundamento de los derechos humanos. Ello puede deberse a que sus postulados no giran en torno a supuestos éticos, axiomas o principios de pretensión universal e inherentes al ser humano. Su posición adopta una perspectiva que busca encontrar lo jurídico en la realidad social. Así, el acuerdo de la decisión judicial con la realidad social (Holme), lo justo entendido como la protección eficaz de los diferentes intereses que operan en la sociedad (Pound), la operación de elementos subjetivos en el actuar del juez ante el sentido de la norma que le “otorgó” el legislador (Frank) y las normas jurídicas como elementos vinculados a la realidad social, y por tanto, como objeto de estudio empírico en su vertiente lingüística y social (Ross) buscan comprender lo jurídico desde el ángulo explicativo social en cuyo marco puede estar un contenido normativo relativizado en función de su encuadre en lo jurídico como fenómeno social específico. La coincidencia entre los contenidos jurídicos de carácter social y aquellos identificados comúnmente con derechos humanos no es necesaria en esta corriente.

#### ***Quinta***

Aunque parece evidente el vínculo entre el iusnaturalismo y derechos humanos, en realidad, estamos ante una relación que se torna compleja cuando se presentan las evaluaciones críticas a los fundamentos o supuestos que los doctrinarios iusnaturalistas dan por aceptados. Es cierto que para los autores iusnaturalistas, el origen de los derechos humanos no está en la ley positiva, sino en una otra realidad normativa considerada como superior o paralela a la ley positiva misma. Desde esta perspectiva, es posible sostener algunos rasgos que suelen atribuirse a los derechos humanos: universalidad, inalienabilidad, intemporalidad, etc. Sin embargo, la crítica central es que el costo de afirmar dichos rasgos, es un alejamiento de la realidad humana, y particularmente, del



hecho de basarse en supuestos metafísicos de carácter apodíctico, esto es, supuestos no están sujetos a prueba.

### **Sexta**

La noción moderna de lo que se ha dado en llamar derechos humanos es heredera de la idea de la historia desarrollada en la Ilustración, particularmente, de la idea kantiana que ve en la historia un proceso que conduce a la plenitud de la libertad humana en una secuencia progresiva en la que la razón humana encarna, necesariamente, en la formación del ser humano como agente moral pleno. Esta idea imprimió en el discurso clásico de los derechos humanos –tanto en la doctrina como en instrumentos internacionales- el rasgo denominado *progresividad* o irreversibilidad en el reconocimiento y protección de dichos derechos.

### **Séptima**

Marx parte de las contradicciones de clase para dar forma a una idea de la historia que da lugar a la crítica de la ideología. En ese sentido, se suele señalar que los derechos humanos para Marx no son más que la expresión de una falsa conciencia que ha tomado forma en el contexto de la lucha de clases y a la que se le atribuye el rasgo de *verdad autoevidente*, cuando en el fondo es una derivación del proceso de alienación en la economía capitalista que da la pauta para instrumentalizar al trabajador. Los derechos humanos serían una clase de ideología al servicio de la clase dominante que postula una idea de hombre como mónada egoísta. Me parece que las ideas marxistas conservan su fortaleza en tanto crítica a los derechos humanos entendidos como expresión ideológica del hombre egoísta. Ello no obsta, sin embargo, para que otros elementos que resultan significativos para la noción de derechos humanos puedan ser destacados. En primer lugar, me parece que en la filosofía de la historia de Marx no hay oposición excluyente con contenidos axiológicos. De hecho, me parece que subyace una idea de justicia que le permite justificar la tensión entre clases, y que a la postre, daría lugar a un replanteamiento de los derechos humanos que permitirá incorporar los llamados derechos económicos, sociales y culturales. En segundo lugar, considero que la idea de historia de Marx, en tanto pretende ser científica, sugiere también un proceso de cambio que puede ser identificado con un sentido progresivo de la historia. Esto la acerca con la idea de la historia

ilustrada en tanto se observa en el devenir histórico una linealidad con un principio y un fin en el que, una vez realizado el advenimiento de una sociedad comunista no se requiera de hablar de derechos humanos. Al igual que Kant, Marx es copartícipe de una idea progresiva de la historia que también ha influenciado la forma de comprender el mundo en occidente.

### **Octava**

La noción de memoria histórica parte de establecer distancia en relación a las ideas de la historia sostenidas por la Ilustración y del pensamiento marxista. Estas últimas, tienen como objeto de su reflexión el sentido del cambio de *lo histórico*. Desde ese ángulo, la memoria histórica no toma partido por una postura histórico-filosófica en tanto no es especulación sobre el sentido de lo histórico.

### **Novena**

La memoria histórica no es una noción equivalente al de la memoria propiamente dicha. La memoria en sí implica una selección, no siempre consciente, de ciertos elementos pasados dentro de un universo pretérito, expresado en una narración construida en el presente, a partir de criterios específicos, individuales y/o sociales, y que dotan a ese pasado de una significación particular. Dicha significación, supone su comunicabilidad con el otro, esto es, la memoria requiere de un oyente, un destinatario de la narración, que implica de manera necesaria que la memoria, incluso la arraigada en la interioridad más profunda, se sustente en códigos y categorías compartidos socialmente. En tanto discurso no siempre consciente, suele afirmarse que la memoria es esencialmente una narrativa deformada y anacrónica –aun cuando el agente de la memoria aspire o considere poseer la verdad sobre ese pasado- dado que es atravesada esencialmente por la subjetividad del agente memorístico. La memoria, en tanto aspira a la verdad sobre lo pasado, tiende a la eternización. La memoria histórica, por su parte, reconociendo la importancia de la memoria como fuente, busca trascender la singularidad de la experiencia subjetiva para establecer criterios de ejemplaridad.

### **Décima**

La memoria histórica es una noción diferente al de la disciplina histórica, o mejor dicho, al discurso historiográfico. El discurso histórico, en la medida en que aspira a la profesionalización, busca *rectificar* los contenidos de la memoria, en tanto se

ve en ella un espacio que puede dar lugar a manipulaciones conscientes e inconscientes que obedecen a diversos intereses. La historia entendida como disciplina profesional de conocimiento tiene como base una norma de veracidad en tanto reconoce que todo discurso sobre el pasado está sujeto a revisión. Dado que la disciplina histórica contemporánea no suele aceptar su discurso-objeto como algo absoluto, contrasta con la memoria en tanto ésta se ostenta como poseedora de verdad, y no, como en el caso de la historia como un discurso preliminar con aspiración a la veracidad. El discurso histórico es la representación del pasado en una narrativa que, al menos en su vertiente moderna, busca liberarse de la subjetividad, justo porque aspira a la veracidad. La memoria histórica por su parte, aunque es una noción cuyo interés puede partir de la veracidad en el contexto de una disciplina de conocimiento, no ve en la veracidad crítica del pasado su objeto último. Éste estaría focalizado a la ejemplaridad, es decir, a un criterio práctico más que epistemológico.

#### ***Décima primera***

Por memoria histórica entiendo una noción híbrida –o sintética- que busca conformar un discurso histórico-comprensivo de la singularidad de un pasado que, reconociendo la subjetividad implícita en el ejercicio memorístico, aspira a tenerla como punto de partida para alcanzar su comprensión sin negar dicha subjetividad, esto es, sin pasar por alto la humanidad que les es común tanto al agente de la memoria, como al sujeto que analiza el pasado mediado por este agente. Con la noción *memoria histórica* lo humano de la memoria y lo preliminar del discurso historiográfico son vinculados. Es decir, hacer viable, un discurso histórico-memorístico abierto a la indeterminación humana, mediante una reflexión que no haga de su objeto de estudio un elemento ajeno a la vitalidad y diversidad de lo humano en aras de una narrativa metadiscursiva (como las filosofías de la historia), de un discurso con interés epistemológico-profesionalizante (como en el caso de la historia como disciplina) o inconscientemente subjetivo (como afirman que es la memoria en sí).

#### ***Décima segunda***

La memoria histórica tiene un elemento práctico más que epistemológico. La pertinencia de haber recurrido a la idea de la historia de Walter Benjamin es

porque a mi juicio permite darle ese sentido práctico a la recuperación memorística de las víctimas con vistas al futuro. Según se observó, Benjamin señala que la historia (entendida como cambio de lo pasado, no como disciplina) es un devenir más complejo que la mera materialización de una idea del progreso. Al enfatizar la existencia de una línea oscura del devenir histórico, es decir, la versión de las víctimas, da lugar a una visión más integral de una posible naturaleza humana, una que incorpore no sólo una supuesta racionalidad, sino también que reconozca ese otro rasgo que se ha expresado de tiempo en tiempo: la barbarie. En cierta forma, la propuesta benjaminiana permite advertir la necesidad de universalizar el discurso histórico incorporando la línea de la devastación, de las ruinas y de los vencidos. Esta incorporación sería una de las bases para construir un discurso auténticamente universal de los derechos humanos en oposición a un discurso que de los mismos, sea, en realidad, patrimonio de los vencedores.

#### ***Décima tercera***

Para la comprensión de la noción de memoria histórica, y particularmente de su rasgo práctico, resulta pertinente la distinción entre memoria singular y la ejemplar según la propuesta de Tzvetan Todorov. El elemento ejemplar de la memoria es la característica que dota a la memoria histórica de su rasgo práctico y la separa, al menos en su intencionalidad última, de la aspiración a la *verdad* (memoria) o la veracidad (disciplina histórica). Esto no querría decir que niegue la importancia de estos discursos. De hecho, estos constituyen los referentes de la noción de ejemplaridad en tanto parte de la singularidad del pasado recordado (el recuerdo de un evento considerado injusto o expresivo de la barbarie) y lo trasciende en un proceso de generalización (uno de los rasgos de la normativa jurídica) que puede permitir usar el pasado recordado como un criterio práctico expresado en la generalidad normativa para comprender jurídicamente acontecimientos futuros que involucren abusos de poder en perjuicio de seres humanos. En otras palabras, que la relación con el pasado esté subordinada a la justicia, y no al culto acrítico de la memoria.

#### ***Décimo cuarta***

La memoria constituye uno de los nutrientes que dan forma a la identidad humana, tanto en la esfera individual como social. En ese sentido, la memoria es

fundamental para explicar la diversidad humana en oposición a la idea abstracta de hombre que tomó forma a partir de los postulados ilustrados que buscaron un rasgo esencial de la naturaleza humana que trascendiera el tiempo y el espacio. Al pretender forjar una imagen única del ser humano, inició un proceso cuya dinámica ha sido marcada por la aspiración a la homogeneización –y por tanto a la creación de estigmas en los no sometidos a dicha aspiración- que dio lugar a la exclusión de narrativas alternas sobre lo pretérito, esto es, negó el estatus de identidad al otro cuyos rasgos contrastaban con la imagen iluminista. En este sentido, la memoria permite reivindicar no sólo la diversidad humana sino también la pluralidad de narrativas del pasado que tomo como cimiento para sostener una noción alterna de lo universalizable-humano, sustentado, ya no en una idea abstracta y esencializadora del hombre, sino en la indeterminación inherente al horizonte humano, es decir, al mundo de lo concreto-vital.

#### ***Décimo quinta***

Establecer el vínculo entre las nociones de memoria histórica, derechos humanos y derecho pasa necesariamente por advertir la expresión de la temporalidad histórica en el mundo de lo jurídico. Este aserto abreva de la premisa que afirma que el fenómeno jurídico no se da en el vacío histórico, sino que deviene, desde el momento mismo de la fundación del orden jurídico, en tensión con el pasado que le es previo. En ese sentido, el momento originario de un orden jurídico-normativo puede ser visto como momento de ruptura con lo pasado, o bien, como una nueva forma de institucionalizar la continuidad. En cualquiera de estos supuestos, ese momento se da en la singularidad vital de la historia entendida como devenir. Lo anterior implica revisar los discursos fundantes de lo jurídico que se sustentan en recursos teóricos que, como el del contrato social, no encuentran su evidencia empírica como acontecimiento susceptible del ejercicio histórico-memorístico.

#### ***Décimo sexta***

El tránsito del ejercicio memorístico al mundo de lo jurídico en general, y de los derechos humanos en particular, puede encontrar expresión, por ejemplo, en figuras de naturaleza jurídico-política como la comisión de la verdad. La construcción de derechos humanos, o al menos, sus expresiones discursivas, pueden ser considerada como deudora, en buena medida, de los procesos de

recuperación memorística que han permitido advertir nuevos enfoques de lo ocurrido en contextos de abusos sistemáticos y/o generalizados en contra de la población. Uno de estos procesos, aunque no el único, ha sido el trabajo de estas comisiones. La identificación e investigación de los sucesos o acontecimientos identificados como crímenes del pasado permiten otorgar un sentido nuevo, no sólo al derecho, sino a la conformación de los derechos humanos. En ese sentido, las comisiones de la verdad han permitido, exceptuando el caso posible de que estén cooptadas, certificar hechos que han tenido lugar y sentar las bases para garantizar el impulso de un nuevo comienzo que, más que una ruptura con el pasado (aunque algunos con interés en destacar nuevas legitimidades políticas así lo busquen), constituye un cambio en las narrativas con el objeto de generar una promesa –expresada política y jurídicamente- fundada en el rescate y/o reconocimiento del otro lado de la moneda histórica.

### ***Décimo séptima***

El siguiente punto de este tránsito está enmarcado en la cuestión de la memoria y el perdón. La figura del perdón remite hacia dos perspectivas temporales: el pasado y el futuro. El pasado por la posibilidad de redimir acontecimientos pretéritos (superar la memoria intransitiva de Todorov); hacia el futuro, por la intención de establecer un nuevo comienzo superando lo pasado (modalidad de memoria transitiva o ejemplar). No obstante, apelar al perdón no está exento de riesgos, sobre todo si se tiene en mente la posibilidad de que dicha figura sea usada como instrumento de cálculo político. Esto último ocurre con algunas leyes de amnistía, las cuales se mueven entre dos polos: otorgar la amnistía después de una eventual condena, o bien, silenciar la eventual impartición de justicia y simular que nada ha pasado. Ante el dilema de ver en la amnistía un mecanismo de olvido inducido o un perdón auténtico, parece que una de las formas de resolverlo es atender al contexto de cada caso en particular. En la práctica, en casos verdaderamente destacables, ha operado la llamada *amnistía sin amnesia*, de los cuáles el caso sudafricano ha sido emblemático porque su implementación buscaba expresar la necesidad de una nueva fundación donde, era necesario *saber la verdad*. Es decir, parte de la necesidad de reconocer la verdad pasada en aras de romper el ciclo de silencio cómplice.

### ***Décimo octava***

Otro lazo entre memoria histórica y derechos humanos se puede expresar en la impartición de justicia misma. Como señalé en el cuerpo de este trabajo, François Ost plantea que el juez es el guardián de la promesa materializada en una norma jurídica. Por ello, desde mi perspectiva, el juez es también, simultáneamente, una especie de guardián de la memoria ejemplar. Es en virtud de la sentencia, que el juez puede evitar que se eternicen los conflictos causados por la expresión por excelencia de la memoria singular: la venganza privada. Incluso, si la norma jurídica puede ser entendida como una promesa, la sentencia del juez, puede fungir también como una segunda promesa, pues puede imprimir un cierto sentido a los precedentes y a la jurisprudencia con vistas a casos futuros.

### ***Décimo novena***

Los tribunales *ad hoc* guardan una importancia dual en el tema de la memoria histórica y los derechos humanos, primero, por su papel en la conformación gradual de una idea de los derechos humanos que durante el siglo pasado contribuyó a dotar de forma al rasgo de imprescriptibilidad de su violación (una manera de ejercicio de la memoria); segundo, en la delimitación de los crímenes de agresión, genocidio y lesa humanidad, como antecedentes de la hoy denominada jurisdicción universal de los derechos humanos. Ciertamente, dichos tribunales han sido objeto de varias críticas (por ejemplo, que dado que su constitución es posterior a los hechos que pretenden juzgar, van en contra del principio de legalidad o que se trata de tribunales especiales), sin embargo, las mismas han impulsado el desarrollo de una noción de los derechos humanos a partir del rescate memorístico de las víctimas que permitiría, a pesar de sus expresiones jurídicas consideradas como *imperfectas*, impartir justicia. Las críticas hacia los mecanismos de justicia *ad hoc*, en realidad, impulsaron una particular evolución en la historia de la llamada jurisdicción universal de los derechos humanos, una creación jurídica proyectada al futuro, nutrida por el pasado.

### ***Vigésima***

La creación de la norma también puede ser entendida en la relación de lo jurídico con la memoria histórica. Pero esta relación es paradójica porque supone

entenderla como compromiso hacia el futuro, pero a partir de la recuperación del pasado. Auxiliándome de la propuesta de François Ost, para quien la ley supone un “compromiso normativo”, señalo que la norma materializa no sólo a la memoria, sino también a la promesa. Compromiso que, aunque deriva del pasado, ve hacia el futuro, buscando garantizar un orden deóntico contra la imprevisibilidad del mundo fáctico. De esta forma, me parece que la norma jurídica vincula el pasado y el futuro de forma tal que, mediante su gestación, busca eliminar el vértigo, la incertidumbre de un mañana que no nos pertenece aún, mediante el establecimiento de una norma que, anticipándose a hechos futuros posiblemente violatorios de la integridad humana, recupera retrospectivamente a la memoria en un ejercicio dialéctico entre lo pasado y el porvenir.

### ***Vigésima primera***

Es importante tener presente que la creación de la norma no sólo se gesta a partir de la recuperación memorística de eventos pasados singulares, sino que dicha recuperación puede versar sobre una larga tradición, esto es, una lenta constitución de costumbres ancestrales, que bien puede tratarse de aquellas que le han dado forma a *derechos* que se nos presentan como inderogables, o bien, a prácticas sociales que naturalizan un orden que resulta oneroso para una parte de la población. Con esto quiero decir que la norma jurídica puede recuperar una tradición esencialmente conservadora, que, en su necesidad de garantizar la estabilidad genere una consecuencia paradójica: la elevación del contenido de la memoria a rango de dogma o de naturaleza esencializada. Esta esencialización de la memoria la interpreto como la negación de la memoria misma en tanto que pierde la posibilidad de revisión y se torna en la negación del tiempo afirmando la eternidad.

### ***Vigésima segunda***

El derecho en sus expresiones normativas (ahora ya no sólo el juez, sino el creador de la norma general) asume el papel de “guardián de la memoria social”, que reúne en sí, contra los peligros del olvido, una gran cantidad de material pasado permitiendo que la vida social se desarrolle en la continuidad de una memoria común. Aquí es donde pueden reunirse las propuestas de dos de autores eje del trabajo: Tzvetan Todorov y François Ost. Dicha unión se da en el momento



en que recogemos selectivamente del *infinito*, y por tanto, *imposible* material pasado. Para ello es necesario trascender la singularidad abismal del pasado. Es decir, recordar ejemplarmente y olvidar singularmente. En ese sentido, el rescate memorístico que toma expresión en el derecho no se puede sustentar en el recuerdo singular, intrascendente, pormenorizado hasta el mínimo detalle del pasado. Eso es imposible, ya que se sacrificaría la generalidad de la norma, hundiéndonos en un caótico mar de normas especiales. En el proceso de creación normativa habría que *elegir* el pasado que permita proyectarse al futuro, y no elegir un pasado que inmovilice o neutralice el derecho presente.

### ***Vigésima tercera***

La noción moderna del término *ley*, en su derivación contractual, suele poner el énfasis de su creación en elementos formales y no tanto en sus contenidos. Esta restricción, anuncia ya límites importantes a una posible compatibilidad con la noción de los derechos humanos como construcción memorística. En cuanto a los titulares de los derechos, la principal limitación deriva del hecho de que los participantes en el acuerdo no son todos, sino sólo un sector social que neutraliza bajo el paradigma de norma general y abstracta a la diversidad humana y no da cabida a los sectores humanos disidentes o en situación de vulnerabilidad. En ese sentido, resulta significativa la crisis del paradigma que la entiende como norma general y abstracta. El origen de dicha crisis puede rastrearse en el reconocimiento de la citada diversidad de grupos y estratos sociales que pueden dar lugar a la necesidad de una diferenciación en el tratamiento normativo, derivado ello de las particularidades que en el mundo fáctico toma el principio de igualdad. Ante la abstracción de la norma, surgiría la necesidad de un matiz legal expresado, por ejemplo, en las llamadas acciones afirmativas que buscan neutralizar las disparidades reales que operan en la sociedad y que tienen a ciertos sectores sociales en desventaja ante una ley que ignora contextos histórico-sociales diversos aunque cumpla con las formalidades de validez.

### ***Vigésima cuarta***

La ausencia del elemento substancial en la descripción del Estado de derecho abre la puerta para la tradicional dualidad entre el derecho entendido como forma y aquel que es caracterizado a partir de la substancia. El discurso de los derechos

humanos ha estado volcado tradicionalmente al contenido, más que a la forma del derecho. En este punto, siguiendo a Gustavo Zagrebelsky tomo la noción de *derecho-substancia*, particularmente, cuando afirma que el derecho es una realidad de doble naturaleza en la que opera una tensión entre la fuerza (elemento formal) y las expectativas de justicia (elemento sustancial). Sin embargo, me parece que hay un rasgo que separará la propuesta de Zagrebelsky de aquella del iusnaturalismo clásico. Este rasgo es el referente al origen del contenido de la ley. Para el iusnaturalismo será un orden de naturaleza metafísico. En el caso del autor que comentado se trata una idea de justicia que deriva del contexto histórico-cultural de la comunidad para la cual la ley busca hacerse valer como tal. Esta propuesta me parece que aporta un elemento más a la construcción de los derechos humanos que propongo, porque no negaría la posibilidad de que tomen forma en el devenir temporal, concretamente, en la recuperación memorística que será una especie de sedimento que, una vez ejemplarizada, dará lugar al contenido de la norma legal. En cuanto a la construcción de los derechos humanos, me parece que las nociones de Estado de derecho y la ley fundadas exclusivamente en la fuerza, aunque importantes, resultan insuficientes.

### ***Vigésima sexta***

Con la modernidad el fundamento de la comunidad política, el Estado, comenzó a sustentarse en la voluntad humana como expresión de la razón. Ello supuso un desdén por la tradición y la historia como ejes de legitimidad política. Simultáneamente, el derecho se erigió como una expresión de la razón humana entendida como válida en todo tiempo y lugar. La forma predominante de entender los derechos humanos actualmente responde aún en buena medida al modelo racional. Ese mismo fundamento, marcó el perfil de los documentos constitucionales desde entonces, pues la idea de constitución que surgió pretendió dar forma, incluso existencia, a los “derechos del hombre”. Bajo esta concepción de estado constitucional, los derechos, al tornarse constitucionales, dotaron al documento constitucional de un sentido garante capaz de establecer límites a los gobernantes. Así, la doctrina del constitucionalismo construyó originariamente su sistema a partir de la convicción en la existencia de valores y/o principios jurídicos

invariables, universales y *ahistóricos* en tanto entendidos como expresión de la racionalidad.

### ***Vigésima séptima***

La sustancialidad axiológico racional considerada como inherente al documento constitucional (y en esto corre paralelo al proceso de codificación característico de la misma época) es representativa de la adscripción del derecho a una voluntad racional, que se dirige intencionalmente contra la considerada “irracionalidad del movimiento histórico-político espontáneo”. Si la voluntad tiende a lo racional, la historia, sugerirá esta postura, en su dinamismo y relatividad, resultaría una expresión de lo irracional (de ahí también los intentos por “racionalizar” el sentido mismo de la historia). Así, la constitución, bajo esta vertiente de pensamiento, era entendida como el mecanismo que permitía sujetar, extinguir las fuerzas mudables, concretas, diversas de la historia”, es decir, era el intento por subordinar lo *diverso-temporal* a un esquema jurídico-constitucional predeterminado.

### ***Vigésima octava***

En el origen mismo de la constitución en su vertiente moderna está un conflicto que la coloca entre dos tendencias y actitudes ante el pasado: por un lado, un retorno al pasado que buscaría la restauración de un antiguo orden, y por el otro, una ruptura con el pasado que impulsaría la revolución como vía para establecer otro estado de cosas. En ambos casos subyace, aunque a veces se oculte muy bien, la misma intensión: detener el dinamismo del devenir. En ambos casos la constitución se erige con el objetivo de dotar, ya al orden restablecido, ya al orden que irrumpe por primera vez, de una estabilidad que bien puede ser entendida como una actitud nostálgica de la eternidad. En ese sentido, revolucionarios y contrarrevolucionarios pretender poseer el pasado y ambos, estarían dispuestos a usarlo en un eventual momento constitutivo. Para desplegar esta pretensión necesariamente se ven precisados a *recordar*. El ejercicio memorístico es pues, un supuesto, sin el cual, sería imposible planificar, sujetar o regular proyectivamente. Es decir, sin el ejercicio retrospectivo que es facilitado por la memoria, es imposible el momento fundacional que impulsa el retorno o acelera la llegada de un nuevo orden.

El sentido nostálgico del momento fundacional de la constitución reivindica, una vez más, el territorio de lo *ahistórico*, o para ser más precisos, una idea de la historia regida por una racionalidad cuya aspiración última es la permanencia. Ahí abreva la necesidad de recurrir un *substratum* o materia valorativa que escapa a la necesidad histórica. Con ello se puede entender que se atribuya a la constitución una orientación estabilizadora que busca consolidar “la eternidad de su obra”. La constitución, en este sentido es, pues, un instrumento de conservación fundado en principios o valores supuestos que buscan imprimir cohesión estabilizadora al nuevo orden constitucional. Estamos en el umbral de la constitución en su vertiente material o valorativa.

### ***Vigésima novena***

La vertiente material de la constitución también está inserta en la tensión temporal, porque nos enfrenta al tema de la objetividad o no de la moralidad subyacente en los llamados derechos fundamentales. Considero que en buena parte de la doctrina sobre los derechos humanos, el fundamento teórico que se busca establecer encarna también en esa aspiración a una sustancialidad trascendente que, insisto, los erigiría como esos principios estabilizadores del orden constitucional. Esta postura conduce a la idea clásica de derechos humanos que han sido caracterizados como absolutos, eternos, universales, etc. Rasgos que, considero, entran en tensión con la afirmación de la historicidad inherente a las creaciones humanas. En ese sentido, me parece necesaria la búsqueda de un punto medio entre una idea de constitución que aspira al orden y a la estabilidad, y unos derechos que, funcionando también como factores estabilizadores, estén abiertos a la posibilidad de variación en su materialidad.

### ***Trigésima***

A partir de los postulados de Zagrebelsky, considero que la asunción de la diversidad –o del pluralismo como lo denomina este autor- en una constitución democrática es la propuesta que rompería el círculo de la eternidad. Ello lo sustento en la premisa que ve a la constitución como un compromiso de posibilidades (proyectadas al futuro) y no como un proyecto rígido y vertical. Bajo una noción que entienda a la constitución como documento “abierto” sería posible, dentro de sus propios límites, incorporar la riqueza de la vida humana mediante el

ejercicio histórico memorístico que daría pie a la construcción de unos derechos humanos que tomarían el perfil de condición de viabilidad de las sociedades pluralistas. Esta afirmación, me parece, armoniza con la propuesta de François Ost que plantea la noción de “gestión de la policromía”, es decir, una respuesta a la pretensión de destemporalización del derecho - que reivindica el determinismo de un tiempo único que marcha racionalmente y que excluye otros ritmos- y que propone un tiempo social expresado pluralmente. Entendida así, la constitución sería el “mecanismo de embrague” de las distintas velocidades temporales –es decir, de las distintas formas de entender el tiempo, el pasado, y en concreto, la vida- que permitiría integrar en ella al elemento integrador de la diversidad, sin caer en una desintegración social que potencialmente temerían los nostálgicos de la eternidad.

### ***Trigésima primera***

La diversidad de valores y principios sobre los que se basaría esta propuesta de construcción de la materialidad de la constitución, para ser compatible con la noción de pluralismo, no debe asumirse como absoluta, cerrada y/o definitiva, sino que debe ser compatible con aquellos otros valores con los que convive. La ley podría fungir no sólo como instrumento jurídico-estabilizador que de viabilidad jurídica a los derechos fundamentales que integran la parte material de la constitución, sino también como la válvula que permita encauzar tensiones generadas en el devenir histórico. Una constitución abierta, ha de permitir una legislación abierta que conlleve el ejercicio y el replanteamiento de los derechos humanos de acuerdo, no sólo a momento histórico, sino a la recuperación que de éste se haga.

### ***Trigésima segunda.***

La noción de derecho entendida como *carta de triunfo* oponible a una idea de bienestar general o meta colectiva elaborada por Dworkin, supone una concepción lo suficientemente formal como para alejarse, según el mismo autor, de concepciones axiomáticas que puedan expresarse en los contenidos de dichos derechos. El interés por descubrir caminos alternos a la “metafísica”, así denominada por el propio Dworkin, es compartido por la propuesta de este trabajo. Más allá de las discusiones en torno a la posible armonización entre los supuestos

liberales de la propuesta de Dworkin con los derechos económicos, sociales y culturales, así como de los derivados en las diferentes “generaciones” de derechos humanos cuya expresión elemental no es precisamente individual, resulta pertinente señalar que la propuesta de Dworkin, al poner el énfasis en el derecho en sí –el triunfo-, como base para la solución de casos específicos, esto es, en la labor del juez, no entra necesariamente en conflicto con una propuesta, como la nuestra, que pone el énfasis en la construcción de los contenidos de dicho triunfo, a partir de la recuperación histórico memorística y no, de axiomas.

### ***Trigésima tercera***

El contenido “esencial” que algunos autores suponen como latente en los derechos humanos, más que encontrar su raíz fundamental en un orden metafísico, podría encontrarlo en la recuperación memorística de lo pasado, conscientemente valorado para trascender su singularidad y ascender a una ejemplaridad expresada en normas generales recuperadas en la esfera material de la constitución. La constitución recogería derechos construidos en el tiempo, construidos a partir de un pasado concreto, que, al ser abstraídos de su intransitividad, son levantados a la generalidad al momento en que se les reconoce rango constitucional y se les atribuyen garantías que los doten de viabilidad. Esta generalidad no sería una expresión de una idea de hombre abstracta como en la propuesta ilustrada. Esta generalidad sería la afirmación de la diversidad o pluralidad, dado que daría lugar a derechos construidos a partir de la diversidad y complejidad que supone el entramado del pasado.

### ***Trigésima cuarta***

En este contexto, la constitución sería el documento que, al recoger el pasado, constituiría una promesa, más que eterna, de larga duración. Una promesa que, dado que es construida a partir de revisiones sobre lo pretérito, estaría abierta a incorporar continuos replanteamientos en su materialidad. En ese sentido los derechos humanos se insertan en este diálogo entre pasado y futuro. Constituyen recuperación memorística y promesa jurídica en tanto son la expresión de un recuerdo concreto (entre otros, de las víctimas del pasado) y generalidad de la norma que busca liberar a los agentes humanos de la singularidad memorística.

## **Fuentes**

### **Bibliografía**

ABAD PASCUAL, Juan Antonio y Díaz Hernández, Carlos, *Historia de la filosofía*, México, Mc Graw Hill, 1996, pp.463

ANDERSON, Perry, *El Estado Absolutista*, trad. Santos Julia, México, Siglo XXI, 2002.

ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *Introducción al Derecho*, México, McGraw Hill, 2006.

BALLESTEROS, Jesús, "Introducción", en Ballesteros Jesús (edit.), *Derechos Humanos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1992.

BENJAMIN, Walter, "Tesis de filosofía de la historia", en *Ensayos escogidos*, trad. de H. A. Murena, México, Ediciones Coyoacán, 2001.

BERLIN, Isaiah, *Vico y Herder. Dos estudios en la historia de las ideas*, trad. de Carmen González del Tejo, Madrid, Cátedra, 2000.

BERUMEN CAMPOS, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, 2ª ed., México, Cárdenas Editor, 2008.

\_\_\_\_\_, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, 2ª ed., México, Cárdenas Editor, 2003.

\_\_\_\_\_, "¿Fin de la historia o de la prehistoria humana?", en *Fetichismo y derecho. Ejercicios de redeterminación jurídica*, México, UAM Azcapotzalco, 2013.

BEUCHOT, Mauricio, *Derechos Humanos. Historia y Filosofía*, 2ª ed., México, Fontamara, 2001.

\_\_\_\_\_, *Filosofía y derechos humanos*, 4ª ed. México, Ed. Siglo XXI, 2001.

BIX, Brian H., *Filosofía del derecho: ubicación de sus problemas en su contexto*, trad. Imer B. Flores, Rodrigo Ortiz Totoricagüena y Juan Vega Gómez, 3ª ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

BLOCH, Marc, *Introducción a la historia*, 4ª ed., trad. Pablo González Casanova y Max Aub, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2007.

- BRAUDEL, Fernand, "La larga duración", en *La historia y las ciencias sociales*, trad. de Josefina Gómez, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- BRAUNSTEIN, Néstor A., *La memoria, la inventora*, México, Ed. Siglo XXI, 2008.
- CHATELET, François, *Una historia de la razón. Entrevista con Emile Noël*, Trad. Oscar Terán, Buenos Aires, Ed. Nueva Visión, 1992.
- COLLINGWOOD, R. G. *Idea de la Historia*, trad. Edmundo O Gorman, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2009.
- CORDUERA DE MANCERA, Sonia, *Voces y silencios en la historia. Siglos XIX y XX*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- CORTINA, Adela, *Alianza y Contrato. Política, ética y religión*. Madrid, Trotta, 2001.
- CRUZ, Manuel, *Las malas pasadas del pasado. Identidad, responsabilidad, historia*, Barcelona, Anagrama, 2005.
- DEFEZ I MARTÍN, Antoni, "Memoria, identidad y nación", en Faerna, Ángel Manuel y Torreveano, Mercedes (eds.), *Identidad, individuo e historia*, Valencia, Pre-Textos, 2003.
- DE LUCAS, Javier, "¿Derechos sin fronteras?", en Sauca, José María (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, 1ª ed., Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 1994.
- Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª ed., Madrid, Ed. Espasa, 1992.
- DWORKIN, Ronald, "Filosofía y política", en Magee, Bryan (coord.), *Los hombres detrás de las ideas. Algunos creadores de la filosofía contemporánea*, trad. José A. Robles García, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- \_\_\_\_\_, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ed. Ariel, 2002.
- ESQUIVEL PÉREZ, Javier, *Kelsen y Ross. Formalismo y realismo en la teoría del Derecho*, México, UNAM, 1980.
- FAVIER, Jean, "Constitución y función de los archivos", en Barret-Ducrocq, Françoise (ed.), *¿Por qué recordar?*, trad. Silvia Peña, España, Ed. Granica/Academia Universal de las Culturas, 1999.



- FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. Miguel Carbonell, *et.al.*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2007.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Miguel Carbonell, "Presentación", en *Compendio de Derechos Humanos. Textos, prontuario y bibliografía*, México, Ed. Porrúa-CNDH, 2007.
- GAOS, José, "Notas sobre la historiografía", en Matute, Álvaro (coord.), *La teoría de la historia en México, 1940-1973*, México, SEP, 1974.
- GARCÍA HUIDORO, Joaquín, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, Realismo sociológico y iusnaturalismo*, 4ªed. México, Fontamara, 2002.
- GEULEN, Christian, *Breve historia del racismo*, trad. de Elena Bombin y Jesús de la Hera, Madrid; Alianza, 2007.
- GOFFMANN, Erving, *Estigma. La identidad deteriorada*, trad. de Leonor Guinsberg, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 2003.
- GÓMEZ DE SILVA, Guido, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica-Colegio de México, 2001.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, María de la Luz, *Valores del Estado en el pensamiento político*, 1ª ed. México, Facultad de Derecho, UNAM, 1994.
- HALBWACHS, Maurice., *Los marcos sociales de la memoria*, trad. de Manuel Antonio Baeza, Barcelona, Ed. Antrophos, 2004.
- HART, H.L.A, "Las normas jurídicas y la moral", en *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, 2007.
- HAYNER, Priscilla, *Verdades Innombrables. El reto de las comisiones de la verdad*, trad. de Jesús Cuéllar, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- HOBBS, Thomas, *De cive*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 2010.
- HOBBSAWM, Eric, *Naciones y nacionalismo desde 1780*, 2ª ed, trad. Jordi Beltrán, Barcelona, Ed. Crítica, 2004.
- HOESTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Ed. Gedisa, 2000.

- HOLMES, Oliver Wendell Jr., *La senda del derecho*, trad. de Carlos A. Garber, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1959.
- HORKHEIMER, Max, *Crítica de la razón instrumental*, trad. Jacobo Muñoz, Madrid, Ed. Trotta, 2002.
- \_\_\_\_\_ y Adorno Theodor W., *Dialéctica de la Ilustración*, 4ª ed. Tr. de Juan José Sanchez, Madrid, Trotta, 2001.
- IBARRA, Ana Carolina, "Entre la historia y la memoria. Memoria colectiva, identidad y experiencia. Discusiones recientes", en Aguiluz Ibargüen, Maya, et al. (coord.) *Memorias (in)cógnitas. Contiendas en la historia*, México, UNAM, CICCH, 2007.
- KANT, Emmanuel, *Filosofía de la historia*, Trad. de Eugenio Ímaz, 2ª ed, México, Fondo de Cultura Económico, 2006.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 15ª ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Ed. Porrúa, 2007.
- KOSELLECK, Reinhart, *Los estratos del tiempo: estudios sobre la historia*, trad. Daniel Inneérarity, España, Ed. Paidós, 2001.
- KROTZ Esteban, *La otredad cultural entre utopía y ciencia*, Trad. de Claudia Leonor Cabrera Luna, México, Fondo de Cultura Económica-UAM Iztapalapa, 2004.
- KYMLICKE, Will, *Ciudadanía multicultural*, tr. De Carmen Castells Auleda, España, Ed. Paidós, 1996.
- LABRADA RUBIO, Valle, *Introducción a la teoría de los derechos humanos*, 1ª ed. Madrid, Ed. Civitas, España, 1998.
- LAFER, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, trad. de Stella Mastrangelo, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- LE GOFF, Jacques, *El orden de la memoria. El tiempo como imaginario*, Trad. de Hugo F. Bauzá, España, Paidós, 1991.
- \_\_\_\_\_, *Pensar la historia, Modernidad, presente, progreso*, trad. Martha Vasallo, España, Paidós, 2005.
- LÖWY, Michael, *Walter Benjamin. Aviso de incendio*, trad. de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, “Los derechos humanos como derechos inalienables”, en Ballesteros, Jesús (edit.), *Derechos Humanos*, México, Ed. Tecnos, 1992.
- MARX, Karl, *La cuestión judía*, Trad. de Antonio Hermosa, Madrid, Ed. Santillana, 1997.
- \_\_\_\_\_, *Manuscritos de Economía y Filosofía*, Trad. de Francisco Rubio Llorente, Madrid, Alianza, 1970.
- \_\_\_\_\_, y Engels, F., “El Manifiesto Comunista”, en *Obras escogidas*, Tomo I, México, Servicios Bibliográficos Palomar, S.A., Edit. Progreso, 1971.
- \_\_\_\_\_, y Engels F., *La Ideología Alemana*, trad. Wenceslao Roces, Ediciones Pueblos Unidos, Buenos Aires, 1973.
- MASSINI CORREAS, Carlos I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, 2ª ed. Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1994.
- \_\_\_\_\_, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1987.
- MATE, Reyes, *Medianoche en la historia. Comentarios a las tesis de Walter Benjamin*, Madrid, Trotta, 2006.
- MONTESPERELLI, Pablo, *Sociología de la memoria*, trad. de Heber Cardoso, Argentina, Ed. Nueva Visión, 2004.
- Montolfo, Rodolfo, *Heráclito. Textos y problemas de su interpretación*, trad. de Oberdan Caletti, México, Siglo XXI, 2012.
- MORA DONATTO, Cecilia, *La nueva temática de los derechos fundamentales. Apuntes para su discusión*, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- NIKKEN, Pedro, “El concepto de Derechos Humanos”, publicada en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, San José, IIDH, tomo I, 1993.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 7ª ed., Barcelona, Ed. Ariel, 1996.
- OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, trad. de Ernesto Garzón Valdéz, México, Ed. Fontamara, 2007.
- OST, François, *El tiempo del derecho*, trad. de Maria Guadalupe Benítez Toriello, México, siglo XXI, 2005.

- OUTRAM, Dorinda, *La Ilustración*, trad. de Victoria Schussheim, México, Ed. Siglo XXI, 2009.
- RAPHAEL, D. D., *Filosofía moral*, trad. de Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del Derecho*, trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Estudios de Filosofía del Derecho*, México, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, 1946.
- \_\_\_\_\_, *Filosofía del derecho*, 16ª ed., México, Ed. Porrúa, 2002.
- RICO MORENO, Javier, “Análisis y crítica en la historiografía”, en Camelo, Rosa y Miguel Pastrana (eds.), *La experiencia historiográfica*, México, Instituto de Investigaciones Históricas, UNAM, 2009.
- RICOEUR Paul, “Definición de la memoria desde un punto de vista filosófico”, en Barret-Ducrocq, Françoise, *¿Por qué recordar?*, Trad. Silvia Peña W., España, Ed. Granica/Academia Universal de las Culturas, 2002.
- \_\_\_\_\_, “El olvido en el horizonte de la prescripción”, en Barret-Ducrocq, Françoise, *¿Por qué recordar?*, Trad. Silvia Peña W., España, Ed. Granica/Academia Universal de las Culturas, 2002.
- ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. Genaro R. Carrió, México, Fontamara, 2001.
- \_\_\_\_\_, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Argentina, Ed. Eudeba, 1963.
- ROSSI, Paolo, *El pasado, la memoria y el olvido*, trad. de Guillermo Piro, Buenos Aires, Nueva Visión, 2003.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, 11ª ed. México, Ed. Porrúa, 1998.
- SABINE, George H., *Historia de la teoría política*, 3ª ed., trad. de Thomas Landon Thorson, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- SALCIDO, Olga, “El extraño”, en León Emma (ed.), *El monstruo en el otro: sensibilidad y coexistencia humana*, Madrid, Sequitur, 2011.
- SÁNCHEZ, Juan José, “Quebrar la lógica del dominio. Actualidad de la crítica de Horkheimer a la razón”, en Max Horkheimer, *Crítica de la razón instrumental*, Madrid, Ed. Trotta, 2002.

SARLO, Beatriz, *Tiempo pasado. Cultura de la memoria y giro subjetivo*, México, Ed. Siglo XXI, 2006.

SEBASTIAN RÍOS, Ángel Miguel, *Introducción al estudio de los derechos humanos*, 1ª ed. México, Centro de Investigación, consultoría y docencia en Guerrero, A.C., 1996.

SHOEMAKER, Sidney, *Las personas y su pasado*, trad. de Julieta Lascuraín y Enrique Villanueva, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1981.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Ed. Fontamara, 2006.

TAYLOR, Charles, "La filosofía marxista", en Magee, Bryan (coord.), *Los hombres detrás de las ideas. Algunos creadores de la filosofía contemporánea*, trad. de José A. Robles García, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

TODOROV, Tzvetan, *Frente al límite*, trad. de Federico Álvarez, México, Ed. Siglo XXI, 2009.

\_\_\_\_\_, *Deberes y delicias. Una vida entre fronteras*, (entrevistas con Catherine Portevin), Trad. de Marcos Mayer, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2003.

\_\_\_\_\_, *Las morales de la historia*, trad. de Marta Beltrán Alcázar, Barcelona, Paidós, 1993.

\_\_\_\_\_, *Los abusos de la memoria*, trad. de Miguel Salazar, España, Paidós, 2000.

TRUYOL Y SERRA, Antonio, "Presentación", en Kant, Emmanuel, *Sobre la paz perpetua*, trad. de Joaquín Abellán, Madrid, Alianza, 2006.

XIRAU, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, 12ª ed., México, UNAM, 1995.

ZAGREBELSKI, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, trad. Marina Gascón, Madrid, Ed. Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_, *Historia y constitución*, trad. de Miguel Carbonell, Madrid, Ed. Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid, Ed. Trotta, 2014.

ZAMORA, José Antonio, *Theodore. W. Adorno. Pensar contra la barbarie*, Madrid, Ed. Trotta, 2004.

### **Fuentes clásicas**

HERÁCLITO, "Fragmentos", en *Los filósofos presocráticos. Obras*, tomo I, trad. Conrado Eggers Lan y otros, Madrid, Ed. Gredos, Madrid, 2006.

PARMÉNIDES, "Fragmentos", en *Los filósofos presocráticos. Obras*, tomo I, trad. de Conrado Eggers y otros, Madrid, Ed. Gredos, 2006.

PLATÓN, "Teetetes", en *Diálogos*, trad. Ma. I. Santa Cruz, A. Vallejo Campos y N. Luis Cordero, Madrid, Ed. Gredos, 2006.

SEXTO EMPÍRICO, *Esbozos pirrónicos*, introd. y trad. de Antonio Gallegos Cao y Teresa Muñoz Diego, Barcelona, Gredos, 2009.

### **Hemerografía**

FLORES MENDOZA, Imer Benjamín, "La concepción del derecho en las corrientes de la Filosofía Jurídica", en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, México, Nueva Serie, Año XXX, No. 90, Septiembre-Diciembre, 1997.

LABARCA PRIETO, Domingo, *Breve visión del Realismo Jurídico norteamericano*, Maracaibo, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Universidad de Zulia, Cuadernos de Trabajo no. 8, 1975.

LAPORTA, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa*, Alicante, España, núm. 4, 1987.

LÖWY, Michael, "Las formas modernas de la barbarie", en *Metapolítica*, México, úm. 28, Vol. 7, marzo/abril, 2003.

MARTÍNEZ DE LA ESCALERA, Ana María, "La mecánica del genocidio: mentira y banalidad del mal", en *Metapolítica*, México, Núm. 28, Vol. 7, marzo/abril, 2003.

MARTUCCI, Roberto, "La constitución inencontrable, conflicto constitucional en Francia durante la transición de la monarquía a la República (1789-1799)", en *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, derecho político e historia constitucional*, No. 2, Revista electrónica consultada en <http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/segundo/pdf/francia.pdf>, el 27 de septiembre de 2014.

NORA, Pierre, "Between Memory and History: *Les Lieux de Memoire*", en *Representations*, California, No. 26, Primavera, University of California, 1989. Consultada en [http://ieas.unideb.hu/admin/file\\_7422.pdf](http://ieas.unideb.hu/admin/file_7422.pdf), el 12 de octubre de 2013.

OST, François, "El tiempo, cuarta dimensión de los derechos humanos", trad. María José Falcón y Tella, en *Anuario de los Derechos Humanos*, Universidad Complutense de Madrid, Nueva Época, No. 1, 2000, pp. 287-310.

### ***Instrumentos jurídicos y/o políticos en materia de derechos humanos***

*Declaración Universal de los Derechos Humanos*, aprobada el 10 de diciembre de 1948.

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

*Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, aprobada el 9 de diciembre de 1948, D.O.F. México 11 de octubre de 1952.

*Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, suscrita el 17 de julio de 1998, D.O.F. México 31 de diciembre de 2005.