



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

**"EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD DE LOS
DERECHOS HUMANOS EN LA MODERNIDAD"**

TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
GABRIEL PARIS LEÓN GARCÍA

DIRECTOR DE TESIS:
ALFONSO ESTUARDO OCHOA HOFMANN



ENERO 2011





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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
OFICIO NO. SFD/003/2011

ASUNTO: Aprobación de tesis

DR. ISIDRO AVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM
P R E S E N T E

Distinguido Señor Director:

Me permito informarle que la tesis para optar por el título de licenciatura, elaborada por el pasante en Derecho, **GABRIEL PARIS LEON GARCIA**, con el número de cuenta **302231490**, en este Seminario, bajo la dirección del **MTRO. ALFONSO ESTUARDO OCHOA HOFMANN**, denominada "**EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA MODERNIDAD**", satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"

Ciudad Universitaria, D. F., a 13 de enero de 2011

mael
MTRA. MA. ELODIA ROBLES SOTOMAYOR
Directora

MERS*epsa

SEMINARIO DE
FILOSOFÍA del DERECHO
CIUDAD UNIVERSITARIA

Mtro. Alfonso Estuardo Ochoa Hofmann
Nte.42 A #3624, Col.7 de Nov.
C.P. 07840, México, D.F.
Tel. 55171429

Mtra. Ma. Elodia Robles
Directora del Seminario de
Filosofía del Derecho
Ciudad Universitaria
Presente.

México, D.F., a 22 de septiembre del 2010.

Estimada Maestra Robles:

Por medio del presente me permito distraerla de sus múltiples ocupaciones para enviarle un cordial saludo, y como siempre lo he reiterado mi eterno agradecimiento por su apoyo y atenciones recibidas desde mi ingreso a esta Facultad.

El propósito de esta misiva es orgullosamente presentarle el trabajo recepcional concluido de el C. Gabriel Paris León García intitulado "**El Problema de la legitimidad de los derechos humanos en la modernidad**" mismo que considero está tanto metodológicamente como epistemicamente bien realizado.

Por esta razón no tengo inconveniente alguno en que este sea entregado al Seminario que usted magistralmente coordina para su evaluación y posterior aprobación.

Esperando así que esta investigación se encuentre a la altura de los estándares del Seminario de Filosofía demanda, quede usted segura de mi más alta y distinguida consideración.

Atentamente,

Mtro Alfonso Estuardo Ochoa Hofmann

*Recibi
mae
5-10-10*

DEDICATORIAS:

A la Profesora Doña Argelia García Vázquez, mi señora madre, cuyos esfuerzos y sacrificios han solventado mi existencia, mis capacidades así como mis logros universitarios socialmente útiles.

A mi compañera y amiga Erandi Cruz Mendoza, quien con profunda justicia y humanismo ha sido un ser incondicional, apoyándome moral y materialmente, siendo su cariño una constante que trasciende en lo que soy.

A mis sensei de Kendo universitario por fortalecer mi esencia y moralidad, así como a mis mentores académicos, en especial al Mtro. Alfonso E. Ochoa Hofmann por su paciencia y apertura siempre orientadora.

A las corporalidades vivientes que sufren por causa del oro y del poder, especialmente a los trabajadores del pueblo mexicano, quienes con su actividad transformadora solventan la gratuidad de la educación.

A quienes han apoyado y hecho posible este modesto proyecto académico y de vida de diversas formas, en especial a la Universidad Nacional Autónoma de México por acogerme todos estos años como hijo académico, así como a la DGAPA de la UNAM por permitirme ser becario del proyecto DGAPA/PAPIIT/IN309308-3 “El estado laico y los derechos humanos en México. La construcción histórica y conceptual de las diversas generaciones y tipologías de derecho (del hombre, individuales, sociales, humanos): 1810-2010”.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....p. 1-3

CAPÍTULO 1.

La modernidad como proyecto civilizatorio: impacto de sus elementos funcionales fundamentales en la creación y aplicación del derecho.....p. 4

1.1. El discurso idealista de la modernidad: el derecho como instrumento de poder.....p. 4-15

1.2. La legitimidad jurídica desde las democracias contemporáneas.....p. 16-37

1.2.1. El problema del consenso entre comunidades: el contrato social en la modernidad.....p. 38-60

1.3. Los modos jurídico-productivos modernos con propósitos de lucro (formalismo), no de uso.....p. 61-70

1.3.1. Los procesos de producción jurídica ante las interrogantes ¿qué, cómo y para quién producir?.....p. 71-75

1.4. Jerarquía jurídica de las normas de acuerdo a las formas y a las relaciones productivas: la forma mercancía en el derecho.....p. 76-83

CAPÍTULO 2.

Los derechos humanos ante la crisis de su legitimidad y ante la necesidad de una institucionalización de medios de producción jurídico-conscientes.....p. 84

2.1. Los derechos humanos como producto del “progreso” moderno: las conquistas de las revoluciones burguesas.....p. 84-96

2.2. La ideología jurídica dominante: el derecho a la igualdad *versus* derecho a la diferencia.....p. 97-110

2.3. El derecho enajenado: el hombre como sujeto de derechos transfigurado en custodia de derechos.....p. 111-116

2.3.1. Despotismo de la ley.....p. 117-120

CAPÍTULO 3.

La universalidad de los derechos humanos en la mundialización económica. La necesidad de categorías argumentativas y productivas alternativas de los derechos humanos desde las periferias.....p. 121

3.1. Instrumentos jurídicos internacionales de subordinación: la transnacionalización del derecho impuesto.....p. 121-133

3.2. El pensamiento de la liberación y la hermenéutica analógica como instrumentos para repensar los derechos humanos desde las periferias.....p. 134-142

3.3. La solución al problema de la legitimidad en Enrique Dussel.....p. 143-151

3.3.1. Política, culturalización y emancipación: la desfetichización del derecho.....p. 152-159

CONCLUSIONES.....p. 160-164

BIBLIOGRAFÍA.....p.165-168

Introducción.

Antes de comenzar quisiera hacer una advertencia; coincidiendo con el maestro Alfonso Ochoa Hofmann me es innegable que el pretender hacer un análisis del derecho me va a situar en un contexto politextual o de carácter polimorfo, por lo que en esta indagación de carácter hermenéutico tengo que asumir la posibilidad de que el fenómeno o entidad que intento analizar críticamente sólo aparezca en el contexto restringido de éste intérprete.

Ante cualquier problemática derivada de la experiencia jurídica, considero que el primer esfuerzo del jurista por dilucidarla, comprenderla y resolverla en su integralidad debe ser el ahondar en la raíz misma del problema sin minimizar ni menospreciar todos los elementos constitutivos del mundo de lo jurídico, para posteriormente poder tratar dicha problemática a niveles menos profundos, más técnico-formales o de carácter más inmediato.

Pienso que la reflexión filosófico-crítica, es ese esfuerzo encaminado a introducirse en las bases de los problemas y desde ahí, no buscar fundamentalismos ni nuevos dogmatismos o axiomas inmutables, sino problematizar, es decir, buscar certezas de lo necesario en un continuo, concreto, perfectible y transformador proceso de reflexión autocrítica interdisciplinaria, plural e intercultural.

El esfuerzo de este trabajo se encamina precisamente hacia la profundidad histórico-cultural que implica la categoría denominada “derechos humanos”, la cual ha tenido diversos matices e implicaciones a lo largo del devenir histórico del mundo occidental e incluso de otras realidades no occidentales; una categoría que ha generado múltiples discusiones desde diversas ópticas jurídicas y no jurídicas, con diversos sentidos, finalidades, orígenes y antecedentes. No obstante, mi análisis se enfoca, primeramente, a un discurso “universalista” que atribuye prerrogativas de carácter ético-político a los sujetos por el simple hecho de ser hombres y/o ciudadanos, cuyo origen, sistematización, fuerza y legitimación se ubica en Europa con los inicios de la modernidad, aquel proyecto civilizatorio cultivado al calor de las revoluciones burguesas europeas que buscaban la emancipación y dignificación del hombre a través de la

racionalización, la tecnificación, el cientificismo y el etnocentrismo (con profundas cargas ideológicas).

De lo anterior, paso al análisis de las paradojas del discurso moderno-occidental de los derechos humanos, tanto de las verificadas en su praxis un tanto ambigua, tergiversada, manipulada e ideológicamente impuesta por las hegemonías triunfantes de las revoluciones burguesas, del colonialismo y, posteriormente, replanteada a la luz de la paz de los vencedores de las “guerras mundiales” en Europa; como de aquellas paradojas verificadas por la imposibilidad empírica de muchos de sus postulados y principios éticos (en ámbitos políticos, económicos, sociológicos, culturales, etc.)

En un segundo momento, trato el paradigma discursivo de los derechos humanos desde la contemporaneidad, es decir, desde su implicación en un mundo globalizado por fundamentalismos económicos y de mercado, caracterizado por las diferencias, la complejidad y la incompreensión, pero que se resiste a ello aferrándose a la modernidad; un mundo en el que se atribuyen prerrogativas ético-jurídicas con carácter internacional a sujetos por el sólo hecho de ser humanos, o como dicen algunos discursos estatales, por el hecho de ser personas.

Pienso que antes que plantear esquematismos o vías resolutivas a nuestros problemas debemos identificarlos, ser autocríticos, reconocer las fallas y asumir de forma responsable y democrática las consecuencias. Para que ello pueda darse es menester saber de dónde partimos y hacia dónde nos dirigimos, es decir, replantear un sentido humanista en el mundo de lo jurídico (que trasciende en todos los ámbitos de la vida humana) en el que, atendiendo al “sustrato ontológico” de cada pueblo y cada nación, quepan simétricamente las posturas, ideas, intereses y necesidades de todos, no a la manera de la igualdad moderna perfecta y acabada sino atendiendo a la alteridad, a esos “otros distintos de mí” que, en cuanto corporalidades vivientes y sufrientes, reclaman de mí el concurso de mis esfuerzos y mi responsabilidad humana. De manera tal que podamos construir paradigmas inclusivos, respetuosos, democráticos y plurales en los que no sea una, o algunas ideas o posturas, las dominantes de forma etnocéntrica, sino en los que se dé un “mestizaje” intercultural de construcción y transformación jurídico-social con dignidad libertaria.

Es precisamente esto último hacia donde éste modesto trabajo busca llegar, rompiendo con la sacralización que de la modernidad y sus arquetipos legitimantes se ha hecho, superando los metanarrativos metafísicos que aún constituyen la base fundamental del derecho moderno, repensando al derecho desde una óptica integral y humanista, en cuanto realidad histórico-cultural constituida esencialmente por hechos, valores y normas (todos ellos ligados a elementos antropológicos, simbólicos, ontológicos, culturales, históricos, etc.).

El derecho no puede seguir subsumido a un idealista y metafísico iusnaturalismo etnocéntrico (sea univocista o relativista), casi teológico y sin relevancia coercitiva alguna, ni tampoco a un normativismo o a un positivismo analítico, rígido, inmutable y presentado como ciencia infalible, donde las realidades sociales, culturales, económicas, valorativas, materiales y ontológicas no son tomadas en cuenta. Es necesario repensar nuevos paradigmas sobre la construcción y justiciabilidad del derecho, consensuándolos sobre una plataforma con sentido democrático, humanista, plural y simétrico a la luz de la razón, la responsabilidad, la analogía, la apertura y la justicia real; dando por tanto cabida a la acción política (de todos los sujetos organizados políticamente en comunidad) dentro del mundo jurídico para justificar la legitimidad de las actuaciones procesales y jurisdiccionales (en cuanto concreción del derecho positivo), así como para el reconocimiento de nuevos derechos que los sujetos sociales, ante sus nuevas necesidades y sus nuevas capacidades, van descubriendo o planteando como necesidades institucionales en su devenir trans-histórico.

Es en este contexto de apertura, participación política activa, simétrica y democrática, de pluralidad, de culturalización y humanismo, en el que jugará un papel fundamental el paradigma de los derechos humanos que he denominado “praxis real de los derechos humanos”, en cuanto medio de conquistas socio-jurídicas que buscan ser institucionalizadas y en cuanto medio de defensa frente a la arbitrariedad y/o el exceso de los representantes de los poderes del estado (sea que actúen legalmente pero sin legitimidad popular o ilegalmente, cuando el poder violentador es la última instancia a quien se puede acudir) así como de los poderes fácticos que en todo estado-nación existen y operan con influencia considerable.

CAPÍTULO 1.

La modernidad como proyecto civilizatorio: impacto de sus elementos funcionales fundamentales en la creación y aplicación del derecho.

[1.1.] El discurso idealista de la modernidad: el derecho como instrumento de poder.

Considero que para comenzar cualquier disertación teórica donde se sustenta un criterio o tesis es menester ponernos de acuerdo en la terminología categorial o códigos lingüísticos, esto es, partir del mismo entendimiento de un concepto o categoría para que evitemos lo mas posible que haya lugar a confusiones o tergiversaciones de la estructura argumental y de los argumentos mismos.

Para el presente capítulo considero fundamental partir de qué entenderemos por modernidad y cuál es su implicación fáctica, teórica y formal¹ en el mundo del derecho actual. Existen tantas posturas e ideas sobre la modernidad, como sujetos en el planeta tierra.

“La palabra “moderno” en su forma latina *modernus* se utilizó por primera vez en el siglo V a fin de distinguir el presente cristiano, del pasado romano pagano...con un contenido diverso, expresa la conciencia de una época que se relaciona con el pasado, a fin de considerarse a sí misma como resultado de una transición de lo antiguo a lo nuevo.”²

En este orden de ideas, considero que en sus grandes trazos muchos autores críticos de la modernidad hacen referencia a la modernidad en este último sentido, es decir, como un gran paradigma replanteado, de una nueva época concreta, cuya conciencia social mantiene una relación con la antigüedad, pero renovada; es decir, aquello que alude a dar expresión objetiva de la actualidad que se renueva espontáneamente del espíritu de la época.

¹ Llamaré formal, a la esfera que se refiere al procedimiento o forma que debe usarse o seguirse de acuerdo al marco establecido, es decir, al “cascarón”, a los trazos, en oposición al contenido.

² Ramírez Velázquez, Blanca, *Modernidad, posmodernidad, globalización y territorio*, UAM, México, 2003. p.17.

Esta concepción de modernidad puede ayudarnos como algo introductorio sin embargo es muy general y susceptible de ambigüedades.

Para efectos de este trabajo entenderemos por “modernidad” o “moderno” aquel proyecto civilizatorio idealista de carácter *universalista*³, que como todo proceso histórico-social tiene elementos estructurales y categoriales previos de actualización en la sociedad, vinculado fuertemente con su organización técnico-científica, lo cual, desde mi perspectiva, lo fue convirtiendo en un proyecto que comenzó a identificarse con las formas socio-productivas del naciente capitalismo de ideología liberal (pues ya que los ideales de emancipación y bienestar humanos se entendieron como una sociedad material y un cientificismo secular y tecnificante) y cuyo inicio se remontaría al siglo XVIII, con el surgimiento de la revolución industrial y del capitalismo en el plano material y con el pensamiento ilustrado, la ideología liberal y las revoluciones burguesas (francesas de 1789 y 1830, norteamericana de 1786, más tarde la alemana de 1848 y otros movimientos ideológico-político-burgueses) en el plano intelectual. Cabe mencionar que dicho proyecto de civilización con fines emancipatorios fue únicamente válido para ciertas regiones de Europa, la cual se consideraba como el centro de la civilización mundial de su época y que gracias al colonialismo europeo fue imponiéndose a otros países de occidente, e incluso, a países orientales que culturalmente se occidentalizaron.

Cuando hablo de este proyecto de civilización idealista, el cual logró paradójicamente todo lo contrario a sus planes, pienso en un momento epocal en el que llega a su clímax cualquier posible interpretación global de la historia, donde los referentes ideológicos y epistémicos de luchas unitarias de clase o de pretensión de un mismo proyecto de civilización, comienzan a evidenciar un desgaste y una necesidad de encontrar otras formas de ponernos de acuerdo; podemos decir que la modernidad es la época del fin de la *metafísica*⁴, a la cual, sin embargo, pretendemos revivirla y nos

³ El término *universal*, en la modernidad, lo refiero a una condición que afecta a todas las personas pero sin un periodo temporal de afectación social definido, afectando por tanto a las personas de hace dos siglos de igual forma que afecta a las de hoy y afectará a las de los próximos siglos (no reconoce periodicidad). Este concepto se opone al de *mundial*; aquí me refiero a una condición que afecta igualmente a todas las personas pero por un periodo temporal determinado.

⁴ Por *Metafísica*, entiéndase aquella filosofía primera de los principios (que se presentan como ya dados), de las condiciones *a priori* del conocimiento (precedentes con autoridad) de la que parten las respuestas a las principales preguntas del hombre, pero no es el último proceso del filosofar del hombre ya que éste debe buscar respuestas más

resistimos a su pérdida cuando invocamos el discurso “oficial” de los derechos humanos. Afirmamos una metafísica desgastada al negar idealistamente la complejidad de las sociedades tan plurales derivada de la apertura sectorial de los países hacia el exterior, el colonialismo socio-cultural y económico, los medios masivos de información univocista y equivocista, la evolución científico-tecnológica, el consumismo y la tendencial homogeneidad social de masa en confrontación con el sectarismo, el conservadurismo y los nacionalismos reacios.

En este tenor, considero que las sociedades modernas, merced sus medios y sus fines como proyecto, se pueden caracterizar por dos aspectos muy evidentes en la actualidad: a) la polarización entre un pluralismo que se identifica cada vez más con la cultura de masas, sustentada en la actualidad por la cultura de supermercado, como las mega tendencias en la economía (donde los valores centrales son los del capital, que exaltan a la competencia en todos los aspectos sociales como única garantía del desarrollo humano), y b) las posturas reacias a lo anterior, que se inclinan por una recuperación de los fundamentalismos (posiciones, generalmente reaccionarias y metafísicas que buscan reencontrar identidades fuertes, sentidos de pertenencia e identidades gregarias en términos de raza, secta, etnia, ideología, etc.)

Esto, considero que es así, ya que los postulados o ideales de la modernidad estuvieron orientados hacia un progreso material (de la naciente burguesía) basado en la homogeneidad cultural, la fraternidad, la igualdad, la institucionalización del individualismo y el tecnicismo científico; en pocas palabras, la modernidad buscó sus fines apoyándose en *metarrelatos*⁵ abstractos que en la praxis fueron incongruentes con la humanización (entendida como búsqueda y posibilidad de emancipación real y concreta) y por tanto paradójicos, los cuales fundamentaron sus estructuras fácticas.

Las ideas liberales de libertad (de mercado, intercambios, de contratación, de pensamiento, propiedad privada, etc.), homogeneidad (social, política, cultural, ética,

allá de lo empírico, de forma concreta, superando la abstracción que se muestra como concreción fáctica, lo cual es imposible e incongruente. La metafísica concibe al ser como una estructura objetiva, que se mantiene estable con un carácter definido, equiparando al ser con un simple ente (una cosa). Este concepto se opone a la idea simplista y vulgar que asocia a la metafísica con lo simplemente impalpable, con las ideas, con el mundo divino o el mundo trascendental o espiritual.

⁵ Por *metarrelato* entiendo aquellas estructuras fuertes del ser. Hago referencia a las grandes interpretaciones globales de la historia humana, a las mega-tendencias y explicaciones histórico sociales que pretenden ser válidas para todos los pueblos de la humanidad (ideologías universales: la ilustración, el idealismo, el positivismo y el “socialismo” soviético mal llamado marxista, entre otras)

moral, científica y, en la actualidad, jurídica), y progreso (asociado a mayor escolaridad, globalización, tecnificación-cosificación, acumulación de ganancias, sobreproducción, “crecimiento económico”, industrialización y urbanización), materializadas por las relaciones sociales capitalistas, se establecieron gradualmente como la única forma de cumplir las promesas modernas, siguiendo el nuevo paradigma nacido de la burguesía como tal, donde ahora una metafísica secular concibe al hombre como el centro, razón de existencia y actuación del estado (y del derecho) en sustitución de Dios y la metafísica teológica que legitimaba las anteriores estructuras sociales y político-jurídicas.

Estas estructuras fueron una lógica consecuencia de las condiciones socio-económicas de la época que correspondían con el naciente sistema capitalista de producción en cuanto tal, que pondera al hombre libre y su racionalidad como los tópicos del progreso humano, y el cual concibe a la prosperidad, al progreso, al avance o al crecimiento vinculado a las ideas en boga de acumulación, lucro, tecnificación humana, individualismo, ideologización científica, explotación ilimitada de la naturaleza, *dejar hacer dejar pasar* y de una supuesta “infinita” capacidad de producción (gracias a la tecnología, y en contra de las finitas capacidad de consumo y de trabajo). Todo lo anterior con el fin de hacer más prósperos, libres e iguales a los sujetos ante las leyes.

Ahora bien, ¿cuál es el impacto que nos interesa del discurso moderno en el mundo jurídico?; considero que es el referente a las declaraciones de derechos y prerrogativas (en realidad más de carácter político) que sobre el hombre se arguyeron con el fin de emanciparlo, así como otros arquetipos legitimantes de las nuevas estructuras político-jurídico-económicas; es fundamental analizar estos metarrelatos pues son los mismos en que se sustenta el discurso actual de los sistemas de derechos humanos en el mundo, cuestión que es preocupante dada la crisis de legitimidad en que dichos metanarrativos han caído y pese a ello, los esquemas éticos y jurídicos siguen pensándose y reproduciéndose desde perspectivas metafísicas como la naturalista y la analítica-positivista, ambas cargadas de profundas y dogmáticas ideologías.⁶

⁶ Entenderemos por ideología, aquellos principios o actos cuya *realidad* no deriva de *lo que es* sino de lo ideal, del mundo de las ideas en cuanto visión que tiene del mundo un grupo humano o clase social, es decir, toda creencia, adoptada como control de los comportamientos colectivos, entendiendo por creencia aquella noción que compromete la conducta, tenga o no validez objetiva y sea o no realizable. Habermas va más allá al ligar el concepto de ideología

La declaración francesa de 1789, que es histórica y moralmente de las más influyentes en el discurso de los derechos humanos, surge en un clima individualista, influenciada por la escuela racionalista del derecho natural y se pronunciaba contra los abusos del antiguo régimen absolutista. Según Antoni Rovira Viñas, esta declaración tuvo dos funciones o finalidades: “a) una ideológica que era movilizar al pueblo contra el estado absoluto y b) otra, latente, de crear y positivizar un ámbito de libertad para desarrollar el nuevo mercado elevando el derecho de propiedad como el fundamento de todo derecho, institucionalizando la limitación del poder del estado.”⁷

Partiendo de éstos fundamentos, sin menosprecio de otros más que son propios del entendimiento de lo moderno, más que sin embargo no son objeto de ésta tesis, el hombre es considerado como centro de la actividad política y del estado. Desde mi perspectiva, estas ideologías y principios, fueron manipulados, difundidos y buscados de manera clasista por la burguesía capitalista, la cual solo buscó formas para derrocar a los obstáculos de sus intereses, sin que ontológicamente se buscara, de forma homogénea y democrática, una real y profunda emancipación del sujeto en las esferas individual y social a pesar de las buenas intenciones de los teóricos de la ilustración cuyas ideas fueron manipuladas desde diversas esferas sociales, lo cual puede constatarse con el problema de la *otredad*⁸ que vivimos cotidianamente.

al de ciencia y técnica; parte de que la racionalización, en tanto que ampliación de los ámbitos sociales que quedan sometidos a los criterios de la decisión racional, depende de la institucionalización del progreso científico y técnico, en la medida que la ciencia y la técnica penetran en las instituciones transformándolas. Marcuse por su parte sostiene, en este tenor, que la “racionalidad” formal asociada a criterios “científicos” tiene implicaciones de contenido, ...en lo que se denomina “racionalización” no se implanta la racionalidad en cuanto tal, en su nombre lo que se impone es una forma de oculto dominio político; una acción racional con respecto a fines que es ejercicio de controles. Marcuse concluye diciendo: *El concepto de razón técnica es, quizá él mismo, ideología. No sólo su aplicación sino que ya la técnica misma es dominio sobre la naturaleza y sobre los hombres: un dominio metódico, científico, calculado y calculante. No es que determinados fines e intereses de dominio sólo se advengan a la técnica a posteriori y desde fuera, sino que entran ya en la construcción del mismo aparato técnico.* Véase en Jürgen Habermas, *Ciencia y técnica como ideología*, Técnos, Madrid, 1989. p. 53 y siguientes (versión digital)

⁷ Rovira Viñas, Antoni, *El abuso de los derechos fundamentales*, Editorial Península, Barcelona, 1983.

⁸ Entiéndase este concepto “ligado a la idea de la diferencia. Entiendo por *otredad* una mezcla paradójica de presencia y ausencia, de cercanía y lejanía, es una acción en donde observo a quienes me rodean como el otro [sujeto que me es incomprensible], al cual no lo defino por lo que es o lo que se de él, lo defino en función de su experiencia, de la cual obtengo acceso a lo que originalmente era inaccesible. En la *otredad* veo un pensamiento que nunca es total y completo, que no es transitorio y que representa desde una posición social la esencia del mundo, así como un paradigma difícil de resolver para el derecho”. Véase en Ochoa Hofmann Alfonso Estuardo, Protocolo de Investigación (tesis de maestría), *El derecho ante el antifundacionalismo posmoderno (una aproximación al pensamiento de Richard Rorty)*.

La otredad implica la pérdida del sentido de *ser* en las sociedades modernas, donde no sabemos a dónde vamos ni de dónde venimos, viviendo bajo el *fetichismo*⁹ y las formas del capital, que ocultan una represión ontológica¹⁰ que ha venido deformando y extraviando el sentido que debiera repensar y redirigir cada comunidad en concreto (el sentido entendido como aquello que siente el corazón pero consiente la razón).

Compartiendo la tesis de Rovira, la declaración de prerrogativas del hombre en análisis, tiene dos significados: “*a) negación del pasado* (a mi parecer, una negación aparente pues solo sustituyó un metanarrativo por otro) *y b) preparación del porvenir*”¹¹ (esa idea mesiánica de felicidad y prosperidad fraternal en el futuro, que paradójicamente es de índole metafísica y hasta religiosa a pesar del secularismo moderno). Además de esto, cabe mencionar que dichas declaraciones se limitaban a otorgar una muy restringida serie de “libertades” sólo de carácter formal, pues la realización en el plano material se la dejaban a los propios hombres ayudados por las actividades industriales y de mercado, que por sí solas conducirían “naturalmente” a un bienestar.

⁹ Entenderemos fetiche o fetichismo en un sentido Marxista, partiendo de que en el sistema capitalista se atribuyen a los productos del trabajo-humano (como el propio derecho) propiedades sobrenaturales, inherentes a los propios productos, como si el hombre no interviniese nada en su creación (existiendo un dominio de la forma mercancía, en el mundo fáctico y del derecho, sobre los hombres). La palabra fetiche viene del portugués “*feitiço*” término que hace referencia a “un dios hecho de las manos”, lo cual implica que a las creaciones objetivas del hombre (producto de su trabajo en cuanto relación social) se les atribuye un carácter autónomo frente al hombre mismo, propiedades subjetivistas y trascendentales inherentes a dichas creaciones (como ídolos a los que se rinde culto), produciéndose una inversión que oculta la negación de uno de los términos de la relación dialéctica (donde uno supone o define al otro y viceversa, por ejemplo no puede haber padre si no hay un hijo). Así el fetichismo es un proceso cognitivo de ocultamiento de una inversión (entre los elementos derecho-hombre) que se da en la realidad objetiva de los sistemas de derecho, pero que subjetivamente se presenta como algo “natural” a dichos sistemas (por ej. sea la relación *A* trabajo del trabajador y *B* el valor que produce el trabajador, y partiendo de que el trabajo se objetiva en el valor, corto la relación y digo: la cosa tiene valor, el valor brota de la cosa misma, dejando fuera al trabajo; absolutizo uno de los términos de la relación ocultando el origen del valor y generando el fetichismo, una tergiversación, una corrupción en las relaciones sociales que se cosifican). Esta categoría de la económica, es aplicable a lo jurídico. Tomado de Dussel, Enrique, *20 Tesis de Política*, Siglo XXI, México. pp. 40 y siguientes.

¹⁰ Lo ontológico, en este trabajo, lo asociamos a la cuestión del estudio del *ser* y sus propiedades; retomo dentro de esta categoría el concepto de “ontología de la actualidad” de Heidegger que se refiere a un discurso que intenta aclarar qué significa el *ser* en la situación presente, rompiendo con la concepción rígida, inmutable y esencialista del *ser*, es decir, rompiendo con la concepción metafísica del *ser*: el *ser* ya no es una estructura definida de forma “objetiva” y estable a los ojos “de la mente o del cuerpo”, sino aquel atributo que implica la capacidad de pensarse a sí mismo por lo que se *es* en el presente, una condición cambiante (o como dice Heidegger, la esencia epocal del *ser*, el *ser* pensado como acontecimiento que *no es*, sino que *se da*. El *ser*, *Da-Sein*, debe entenderse como aquella entidad capaz de manifestar su propia esencia, y la esencia del *ser* es la existencia, la cual a su vez deviene del pensar y del preguntarse por lo que somos. El hombre es el único que puede preguntarse por lo que es en la actualidad -por lo que es en el mundo- para dar sentido al mundo y conectar este sentido con el destino). Véase en su obra “*El ser y el tiempo*”.

¹¹ Rovira Viñas, *Op. Cit.* p. 80

En virtud de las condiciones sociales de la población europea (y del mundo occidentalizado en general que comenzaba a salir de modos productivos y de relaciones sociales feudales, semif feudales, asiáticas, precapitalistas y otros) que reclamaba justicia, iguales condiciones fácticas y de derecho, la declaración anteriormente mencionada, al igual que otras como la norteamericana de 1776 y su constitución de 1789, se volvió el centro de atención a imitar por todas las naciones europeas así como por sus colonias, gracias a su ruptura con los códigos de legitimación anteriores, lo cual le dio originalidad.

De ésta forma, las ideologías sustentadas por dichas declaraciones fungieron como código de legitimación de los nuevos sistemas de derecho en el mundo occidental, ya que aglutinaron a las masas populares, quienes con fe y esperanza de un mejor porvenir apostaron todo, incluso su vida, constituyéndose así, lo que los teóricos de la ilustración denominaron “la voluntad general” y el gran “pacto social”; conceptos estos últimos que servirían de base para evaluar la legitimidad de gobiernos y de ordenes jurídicos en la modernidad (la legitimidad moderna entendida concretamente como la validez de una decisión de poder por derivar del soberano y de la legalidad). Sin embargo tales ideales, postulados, principios éticos y formulaciones jurídico-formales se quedaron estáticos, como si estos fuesen la finalidad consumada e inmutable de la modernidad; todo se quedó en abstracciones sin ninguna garantía concreta y material, y ello llevó a su interpretación manipulada.

Alguien podrá decir que, si en los inicios de la modernidad se dio un consenso que aglutinó a las masas y a las comunidades occidentales en general, las cuales se dieron para sí un orden jurídico y un sustento ético-jurídico con escalas axiológicas ponderadas, que darían pie a reconocer prerrogativas humanas, habría por tanto legitimidad en las formas y estructuras jurídicas actuales y en el discurso de los derechos humanos, pues tales fundamentos, vistos como perpetuos, son herencia del pensamiento “universal” de la ilustración y de sus consecuentes “generaciones” de derechos.

Empero, creo que no debemos olvidar la crítica que hace la modernidad a las formas legitimantes anteriores (heredadas en gran parte de las ideas monistas, univocistas del medioevo, y más tarde las equivocistas del relativismo cultural) y en las cuales

paradójicamente incurre: ni la ley ni el derecho, legítimamente operantes en una sociedad concreta, son inmutables (pues no existen principios fundantes últimos universales, que sean válidos para todas las sociedades a lo largo del tiempo), el derecho es un producto (humano) histórico y cambiante el cual requiere del acuerdo consensual simétrico y perfectible de las mayorías, para que haya legitimidad, no es el derecho un momento muerto, una fotografía que, con carácter “científico” y perfecto, pensadores analíticos trataron de preservar. Lo anterior es así, ya que el mismo hombre está tejido en tiempo (es temporalidad concreta y dinámica) y su único horizonte es el mundo.

De ésta rigidez e inmutabilidad de los principios jurídicos deriva el hecho de la negación de las víctimas; todo sistema jurídico (nacional e internacional) por mas “perfecto” que se pretenda, siempre generará efectos negativos o errores, y quienes resienten tales efectos son víctimas que se encuentran en asimetría en la participación o han sido excluidos de ella (se trastocan bienes jurídicos individuales o de grupo cuando por ejemplo hay desacuerdos en la aplicación del derecho y en el contenido de nuevos derechos). Bajo ésta lógica, el concepto abstracto de “mayoría”, en la modernidad, en tanto que fundamento de legitimación, se establece como un sistema de acuerdos perfecto (y no perfectible) ya que se mantiene inmutable sin buscar la forma de reducir el número de víctimas, dejando de lado este concepto a grupos periféricos (con otras formas de consensuar y otras prácticas jurídicas) de manera definitiva y negando sustancialmente el concepto mismo de mayoría, que en su profundidad se refiere a incluir a los más que se puedan.

Estos elementos nos llevan a que el principio de mayorías pretendido a nivel de discurso (de forma abstracta) por la modernidad se fetichizó o corrompió, y en consecuencia las promesas y los ideales de la modernidad no se han cumplido ni siquiera un poco, y, a pesar de llevarnos a todo lo contrario, seguimos esperando como humanidad a que el mercado, la tecnología, la destrucción ecológica, la desregulación jurídica y los principios metafísico-moralistas del discurso mundial de los derechos humanos, por sí solos, resuelvan todas las esferas materiales y concretas del ser humano en un futuro, en algún momento “por allá” lejano, que “algún día pasará” a lo

largo del curso progresivo de la “mágica” historia, que pareciera que, frente al hombre, tiene vida autónoma y es ella quien construye todo de forma natural y espontánea.

Este fetichismo en la modernidad es apreciable cuando atendemos al principio abstracto de que una institución como el derecho, deben su legitimidad a la sanción final del legislador universal (entiéndase, la población), pero por otro lado se presenta, aunque de forma oculta, la negación del propio pueblo gracias a la figura moderna de los “representantes” populares en el poder, quienes en muchos casos tergiversan su papel convirtiéndose en cede del poder soberano, en la única, incuestionable y última instancia de decisión dentro de la comunidad política, pese a los reclamos sociales contra ellos.

Ahora bien, aún cuando una “mayoría” consensuara universalmente y soslayando que está actuando como títere de elementos mediáticos, las mayorías en la actual cultura de masas (diría el maestro emérito Ignacio Burgoa) son manadas, pues el pueblo por ser pueblo no tiene la razón (además de que el concepto de mayoría no es algo acabado sino perfectible), pero ese es un tema objeto de otra investigación, que tendría que ver con cuestiones de corrupción, educación e incluso se relaciona con el fetichismo; por ahora pensemos que el principio de mayorías se cumple libre y democráticamente.

La modernidad generó en sus inicios importantes consensos legítimos por contar con la convicción popular de ciertas realidades de Europa, sin embargo todo quedó en un idealismo de buenos deseos, en declaraciones de derechos en abstracto y en fundamentos apriorísticos sustentándose en los conceptos idealistas de “mayorías”, “universalidad”, “fraternidad”, “homogeneidad”, principios que por su abstracción impersonal y su ambigüedad interpretativa fueron susceptibles de manipulación, y por tanto, en la materialidad social concreta, la civilización moderna ha venido operando de forma etnocéntrica, tecnificante, y, gracias a las ideologías de mercado mundial, indiferente hacia otras formas de vida, de *ser* en el mundo y de formular principios éticos y jurídicos, ya que no son tomadas en cuenta en los acuerdos globales.

De esta manera, las instituciones del estado, la cultura, el arte, la literatura, la filosofía, la educación, los derechos humanos, y hasta la alimentación han venido siendo pensadas, fundadas, avaladas e impuestas por las hegemonías hacia las

periferias sin tomar en cuenta el sentir, pensar y *ser* de la pluralidad de culturas y sociedades en el orbe, sobre todo por la vieja Europa, pero hoy mas por el colonialismo mediático y comercial estadounidense que conllevan a la paradójica “psicología de masas” que, a la par, acentúa un evidente individualismo des-humanizante y promueve una uniformidad de dominio, de comportamiento, de pensamiento y en la información mediática.

Por ejemplo, la universidad moderna, en cuanto institución del conocimiento de orígenes liberales, universalista en el conocimiento como su nombre lo indica, es herencia de las estructuras medievales y fue retomada por la modernidad como un arquetipo legitimante de sus ideas e instituciones y cuya “universalidad” se reduce al pensamiento “occidental”, es decir, el generado por Europa y Estados Unidos. Gran parte de las universidades reducen sus planes de estudio al análisis de los clásicos, a las concepciones de ciencias y humanidades¹² del viejo continente, preponderando las teorías de la cultura “más avanzada” o “civilizada” (por ejemplo, sería un fenómeno muy endémico encontrar en alguna universidad, en sus planes de estudio, estudios africanos, asiáticos, gays, feministas, de pluralismo jurídico, derecho indígena etc.).

De esta forma llegamos a una serie de interrogantes derivadas de lo anterior: ¿que, otras formas de organización social y de vida, no son civilizaciones?, ¿positivismo, tecnicismo, cientificismo ideológico y destrucción de los ecosistemas significan avance o evolución humana? La universidad como arquetipo moderno perdió quizá su intención noble e idealista de conferir sentido a la totalidad; sentido que se ha venido perdiendo por el racionalismo positivista, la especialización científica y disciplinaria de forma aislada, la superabundancia de información manipulada y otras contradicciones modernas que subsumen al sujeto cognoscente a un individuo aislado de otras formas o mundos epistémicos o culturales y a un títere dependiente de los objetos (en oposición a los sujetos) cuya producción y aporte social son cósmicos, merced su trabajo muerto (encaminado no a los hombres sino al mercado).

¹² “Humanismo” (desde el pensamiento de la liberación), en este trabajo debe entenderse, como una búsqueda de la emancipación individual y colectiva tendiente a la justicia social (desde la pluralidad), en oposición al humanismo metafísico-moderno de ponderar al hombre como centro y razón de la totalidad. Véase en Bolívar Echevarría, ensayo: *Modernidad y capitalismo (15 tesis)*. Disponible en www.bolivare.unam.mx/ensayos. Consultado el 15 de marzo-2010. 18 hrs.

Con todo esto, podemos concluir lo siguiente: la modernidad no debemos entenderla de forma simplista como un momento de actualidad, como lo que es vigente y desplaza a lo viejo, de lo contrario podría decirse absurdamente que cualquier momento histórico vigente de avance en el tiempo o de progreso material puede considerarse como “modernidad”; esto no es suficiente.

En las concepciones modernas de “progreso”, avance, razón, verdad, ser, significado, historia, justicia y homogeneidad, siempre están presentes elementos justificatorios metafísicos de intento universal que comenzaron a obedecer a las formas y modos de reproducción social capitalistas, de nociones evolutivo-darwinistas, así como al cientificismo y tecnicismo en los cuales descansa fundamentalmente la ideología y la realización del proyecto civilizatorio moderno.

Gracias a los fundamentos anteriores, el derecho positivo y los principios ético-jurídicos modernos, comienzan a tergiversar su anhelo, degenerando en una parcela de poder e intereses personales o sectoriales de las comunidades, institucionalizando sus fines de superación científico-tecnológica, la igualdad entre desiguales, así como la instauración colonialista, ilegítima (por lo menos en gran parte de los países latinoamericanos) y etnocentrista de instituciones. Todo esto se metamorfosea hasta nuestros días, presentándose como una totalidad polimorfa donde cada elemento procura sus intereses aún a costa de otros y de generar un caos, siendo así el derecho un instrumento que, y sólo por vías de la lógica, contradictoriamente justifica lo injustificable (lo in-humano) y legaliza lo injusto¹³ en un tono aristotélico y, en muchos casos, hasta contradice sus mismos principios valorativos y procesales, legalizando lo ilegal.

Recapitulando a manera de conclusión, podemos decir que la tentación de "cambiar el mundo", "cambiar la vida", se introdujo primero en la dimensión política. A fines del siglo XVIII, cuando la modernización como Revolución Industrial apenas había comenzado, el destronamiento del antiguo régimen era ya indiscutible; era el

¹³ Aplicaré el término *justicia* en dos sentidos: a) como ideal regulativo, llamada por Costas Douzinas como justicia ideal o general, la cual busca una armonía social futura perfectible a través de la acción política de los ciudadanos. Este sentido de justicia lo usaré en materia de D.H. y otros principios ético-políticos; b) legal o particular, que busca la concreción del equilibrio entre ciudadanos en distintas condiciones, sosteniendo y compensando la proporcionalidad en los tratos diarios de los sujetos sociales y cuya praxis se encuentra en el derecho. Éste sentido lo aplicaré cuando me refiera al derecho vigente.

movimiento histórico de las revoluciones burguesas. “*La Revolución vivida como una actividad que tiene su meta y su sentido en el progreso político absoluto: la cancelación del pasado nefasto y la fundación de un porvenir de justicia, abierto por completo a la imaginación.*”¹⁴ Al respecto, señala Bolívar Echeverría que, sin embargo, con prontitud la tentación utopista fue expulsada de la dimensión política y se refugió en otro ámbito del progresismo absoluto, el de la potenciación de las capacidades de rendimiento de la vida productiva (en un sentido economicista). Mientras pudo ser “compatible” la utopía con la técnica, antes de que los estragos sociales de la industrialización capitalista la hicieran experimentar un nuevo rechazo, fue ella la que dotó de sentido a la figura puramente técnica de la modernización. El “espíritu de la utopía” comenzaría hacia finales del siglo XIX un nuevo (¿quizás último?) intento por fundamentar la orientación progresista del proceso de modernización; el intento cuyo fracaso vivimos actualmente.

¹⁴ Bolívar Echeverría, *Op. Cit.*

[1.2.] La legitimidad jurídica desde las democracias contemporáneas.

Para desarrollar el resto de este trabajo considero fundamental hacer algunas acotaciones. En los subtemas y capítulos subsiguientes debemos tener en cuenta que la forma en que analizaremos la legitimidad de los derechos humanos será a partir de dos grandes rubros: por lo que hace al *discurso*, es decir, lo que el pensamiento moderno-metafísico adjudica y predica sobre tales derechos de manera ideal e innata y que es incompatible con la praxis del derecho positivo de los estados; y por lo que respecta a la acción democrática y concreta de los pueblos, esto es, a la *praxis* política continua, perfectible e histórica que los sujetos deben emprender para hacer posibles nuevas reivindicaciones jurídicas conquistadas por ellos y desde ellos, frente al estado-aparato, buscando emanciparse de su condición de víctimas.

La intención de este trabajo es evidenciar las fallas suscitadas en el discurso contradictorio con el orden fáctico mundial, legalista y fetichizado, para después plantear algunas nociones de praxis de liberación (el legítimo papel de los derechos humanos), replanteando la noción de la legitimidad jurídica, buscando salidas alternativas al surgimiento (o *descubrimiento*), construcción y reconocimiento de nuevos derechos. Por otro lado no debemos perder de vista los otros dos grandes rubros de análisis crítico de la legitimidad, que corresponden al eurocentrismo y al positivismo jurídico.

En este apartado, primeramente explicare las ideas que sobre la legitimidad se tienen en la modernidad y en el derecho positivo de las democracias occidentales actuales y, finalmente, daremos una perspectiva o interpretación de cuál considero que debe ser el sentido real de la legitimidad en una democracia que supere la metafísica de la modernidad.

Siendo el fenómeno de la legitimidad el problema que nos ocupa en el mundo del derecho pasaremos a observar qué es, cómo es que opera, y cuál es su fundamento; además de cómo es que su esquema fundamentado en arquetipos universalistas sigue operando a pesar de la crisis en la que se encuentra debido al desgaste del discurso moderno globalizante, derivado del escepticismo social así como del mundo tan plural y complejo en que vivimos. Para lograr lo anterior debemos partir de la tesis de que una

sociedad democrática que busca su emancipación, no puede vivir sin legitimidad, pues ya que esta es la que da unidad a la voluntad de vida que constituye la esencia del poder político democrático.

De acuerdo con Norberto Bobbio¹⁵ en cada momento histórico, las comunidades así como los gobernantes buscaron justificaciones teórico-prácticas para legitimar las instituciones bajo las cuales se regirían con la intención de lograr la materialización de los fines éticos vigentes de cada realidad concreta. Considero acertado entender, al igual que Bobbio, por legitimidad, en sus grandes trazos, la justificación del poder político-jurídico y su posibilidad de generar obediencia social fundándose en principios valorativos concretos e institucionalizados consensuados, pero fundados en la convicción subjetiva de los actores políticos (ciudadanos y representantes).

Ahora bien, la modernidad jurídica, influenciada por las doctrinas y el pensamiento premodernos, en sus inicios basó sus reivindicaciones en criterios naturalistas, de acuerdo con los cuales, los derechos de los hombres así como las estructuras socio-económico-políticas se daban de forma natural, se trataba de elementos inherentes a los hombres, a los cuales debía dejárseles en un ámbito de libertades plenas para que lograran autorrealizarse y emanciparse del absolutismo y sus estructuras rígidas. “Dejar hacer, dejar pasar”, fue el argumento de muchos liberalistas modernos para lograr el “progreso”, la igualdad, la emancipación y la felicidad de los hombres de manera universal; de ésta forma, dejábase en manos de la “naturaleza humana” antropocéntrica, la realización del proyecto de civilización universal, aún cuando la categoría de *hombre* regularmente excluía a personas por razones étnicas, geográficas, económicas, de género, raciales, religiosas, etc.

Sin embargo, conforme la modernidad se fue complejizando, merced sus contradicciones y por haber fundamentado el progreso en la tecnificación y la industrialización, el fundamento de validación naturalista de la legitimidad de instituciones y acuerdos cambió por formas de validación derivadas del tecnicismo-cientificismo del liberalismo capitalista y arraigadas fuertemente (inclusive hasta nuestros días) por el positivismo jurídico: la legitimidad normativista del positivismo analítico.

¹⁵ Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, FCE, México, 1996. pp. 117 y siguientes.

Al tratar de buscar una concreción de los principios abstractos del universalismo jurídico moderno, con el propósito de crear una positivización objetiva que diera seguridad jurídica a los hombres, se gesta entre ciertos grupos de pensadores y académicos analíticos, inspirados por las ideas del utilitarismo, la razón instrumental y las ciencias exactas, la idea de hacer del derecho una “ciencia”, con sus propios principios, aforismos, métodos, operaciones y resultados. Para ello consideraron, que como vía idónea para la aplicación y creación del derecho, se debían atender dos elementos: primero, que el derecho fuese creado, mediado y/o aprobado por algún ente legitimado y autorizado institucionalmente para ello (y se eligió al estado, entendido como un aparato gubernamental distinto de la sociedad), y segundo, que la aplicación de dicho derecho obedeciera a la forma de solución de las ciencias exactas, y se determinó que fuese la lógica la herramienta, que con sus operadores lógico-matemáticos, resolvieran los conflictos entre los hombres. Con ello se dio más tarde pie a la construcción de la llamada lógica deóntica, promovida por Leibniz y propuesta por primera vez por Heinrik Von Wright en su artículo *Deontic Logic* de 1951, que serviría para analizar formalmente y calificar a los enunciados normativos, dejando de lado cualquier elemento valorativo.

“Con las teorías positivistas se abre paso la tesis de que sólo el poder efectivo es legítimo de acuerdo con el principio de efectividad del derecho internacional según el cual una autoridad de hecho constituida es el gobierno legítimo, el ordenamiento coercitivo puesto en práctica por tal gobierno es un ordenamiento jurídico, en cuanto este ordenamiento es en conjunto eficaz...un ordenamiento jurídico legítimo en cuanto eficaz y reconocido como tal por el ordenamiento internacional puede ser sometido a juicios axiológicos de legitimidad, que pueden llevar a una gradual inobservancia de las normas.”¹⁶

Partiendo de las ideas anteriores, en los sistemas positivistas y analíticos (como el mexicano) en gran parte descendientes del derecho romano o tradición romano-germano-canónica, sólo se considera como derecho al que es otorgado por las autoridades delegadas para ello por el mismo ordenamiento, a través de un procedimiento legalmente establecido y hecho eficaz por otras autoridades previstas por el propio ordenamiento; por ello, ahora el asunto de la legitimidad alude a razones

¹⁶ Bobbio, Norberto, *Op. Cit.* p125.

de validez y eficacia en el sentido positivista (simple emanación jurídica de una autoridad facultada, y aplicabilidad de la norma); *“una norma puede ser válida, es decir, que puede existir o tener fuerza obligatoria [desde la perspectiva positivista], aunque sea ineficaz, aunque cabe la posibilidad de que una norma pierda su validez por desuso.”*¹⁷ De esta forma, un ordenamiento jurídico continúa siendo legítimo hasta que la ineficacia ha llegado a tal punto que hace probable o previsible la eficacia de un ordenamiento alternativo.

Kelsen, a diferencia de Bobbio, hace referencia al principio de legitimidad diciendo que, hay tal, cuando las normas permanecen válidas y mientras no son derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine¹⁸, será ilegítimo por tanto aquel orden que no se establezca conforme a la forma prescrita por el orden dado. A pesar de todas las posturas positivistas, todas concuerdan en que la legitimidad deviene del orden establecido y de que el único legítimamente facultado para emitir nuevas normas o principios es el estado a través de la figura de los representantes. Así, la legitimidad de la norma se sujeta a las personas o entidades que la emiten o aprueban, así como a su positivización, donde *“el derecho positivo, por el simple hecho de su positividad, esto es, de emanar de una voluntad soberana, es justo.”*¹⁹

Atendiendo a lo señalado anteriormente, el asunto de la positivización, reconocimiento y construcción de los derechos humanos, legítimamente, se torna más lejano de ser posible, más incompatible con el orden establecido y presupone dos problemáticas muy amplias: la primera, señalada en un primer momento, referida al etnocentrismo homogeneizante y excluyente de la modernidad, en cuanto a su construcción ética y su praxis manipulada; y la segunda, referida a los esquemas del positivismo jurídico analítico en cuanto a las formas de creación, reconocimiento, vigencia y aplicación de las normas jurídicas, que excluyen de forma definitiva el activismo político, la ética y las luchas sociales libertarias que reivindican nuevos derechos; pero además, niegan el discurso mundial de los D.H.²⁰ y a sus elementos esencialistas (sustancias humanas innatas e inmutables), naturalistas y universales por

¹⁷ Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1995. p. 36.

¹⁸ *Ibidem* p. 137

¹⁹ García Maynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*, UNAM, México, 1997. p.12.

²⁰ A partir de aquí usaré la abreviatura D.H. para referirme a los Derechos Humanos.

ser incompatibles con el esquema positivista. Sin embargo este discurso universalista es defendido y practicado por los organismos internacionales y por las hegemonías mundiales cuando les resultan benéficos.

En oposición a la legitimidad Kelseniana, se encuentra un contemporáneo de Kelsen: Carl Schmitt. Este pensador alemán, luchando contra el legalismo individualista, se inclina por una legitimidad de tipo carismático como criterio regulador de las relaciones de mando y obediencia de la organización estatal. Considera que el fundamento de la acción política se encuentra en la dialéctica “amigo-enemigo”; así, distingue tres clases de enemigos: 1) privado o el rival, 2) el público o el antagonista y 3) el total, un enemigo en sentido amplio a quien se da muerte en la guerra. A partir de esto Schmitt sostiene que a final de cuentas existe una cierta fraternidad que reúne a amigos y antagonistas políticos, pues ya que son todos ellos miembros de una misma comunidad política, separándolos de “los otros”, esto es, de los sujetos situados más allá o fuera de la organización nacional. De esta forma, la legitimidad deviene de una obediencia que surge de una cohesión social derivada de una identidad (“fraternidad” etnocéntrica) nacionalista.

En este orden de ideas, el testimonio histórico nos muestra que, tan legítimo ha sido un acuerdo o institución construidos sobre la base de un consenso de la voluntad general, como lo fue el que se fundó en la “naturaleza” (el derecho de mandar de unos y el deber de obedecer de otros) y también lo puede ser el que apela a la historia como fundamento de legitimación de un orden dado (recurriendo a la fuerza de la tradición o haciendo referencia a la historia futura, como nueva etapa en el curso histórico que debe ser construida ahora), o bien atendiendo al nacionalismo reacio (como sucedió con el nacional-socialismo alemán, el “socialismo” soviético o el fascismo italiano) todo depende del momento epocal y paradigmático. En realidad en cada etapa histórica se han tomado como principios o fundamentos legitimantes, las más variadas ideas; hoy día, por ejemplo, se considera en las social democracias, y aun en el discurso de sistemas derechistas, que no hay más fundamento de legitimación que el poder soberano: el pueblo (todo esto es sólo de forma ideal, ya que en la realidad material no acontece así en muchos países).

Por otra parte, Max Weber hace un análisis sobre el fenómeno de la legitimidad la cuál, según él, deriva de la obediencia que a su vez surge de la dominación; análisis que hoy en día es el más aceptado por los académicos y estadistas. En términos generales Weber explica cómo es que la dominación se convierte en obediencia y la obediencia engendra legitimidad (por dominación se entiende la probabilidad o viabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo social determinado para mandatos determinados o para toda clase de mandatos que tengan que ver con el ejercicio del poder del estado, no debe entenderse como la simple posibilidad de ejercer poder sobre otros). La dominación entendida como “autoridad” puede fundamentarse en los más diversos motivos de sumisión, pero lo cierto es que, según Weber, siempre se necesita un mínimo de voluntad de obediencia, o sea, de interés (externo o interno) en obedecer en toda relación auténtica de autoridad.

Según la clasificación que estableció Weber (que hoy es clásica), hay tres tipos puros de dominación legítima, donde el fundamento primario de la legitimidad puede ser:

1) De carácter racional: que es la que se da en los Estados modernos, en que legitimidad y legalidad tienden a confundirse, pues, de hecho, el orden [obedencial] procede de una ley –entendida como regla universal, impersonal y abstracta-. Este tipo de legitimidad descansa en la *creencia* en la legalidad de ordenamientos estatuidos y de los derechos de mando de quienes ejercen la autoridad legal, de manera que ésta da *“por cierta la validez de preceptos legales en razón de su competencia objetiva fundamentada en las normas establecidas conforme a la razón...un dominio inherente al moderno servidor del estado y a los titulares del poder en su totalidad [donde] el acatamiento de los súbditos se encuentra condicionado a imperiosos motivos de temor al espíritu vengativo.”*²¹

2) De carácter tradicional: se funda en la creencia en el carácter sagrado de las tradiciones y de los señalados por esa tradición para ejercer el dominio. El orden es sagrado porque proviene de “siempre” y porque “toda la vida” de ha visto y se ha hecho igual. Bajo la autoridad patriarcal el Estado es administrado como una finca particular y no puede hablarse propiamente de ciudadanía.

²¹ Weber, Max, *El Político y el Científico*, PREMIA, México, 1986. p. 9

Aquí la legitimidad atiende a la *persona* elegida por la tradición o por el soberano tradicionalmente determinado, cuyos mandatos de dominio son legítimos por dos aspectos:

- “a) En parte por la fuerza de la tradición que señala inequívocamente el contenido de los ordenamientos, así como su amplitud y sentido tal como son creídos, y cuya conmoción por causa de una transgresión de los límites tradicionales podría ser peligrosa para la propia situación tradicional del imperante;
- b) En parte por arbitrio libre del señor, al cual la tradición le demarca el ámbito correspondiente.”²²

3) De carácter carismático: que descansa en la entrega extraordinaria al heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas. En este caso el dominio que ejerce el *caudillo* deriva de las calificaciones carismáticas que se le adjudican por razones de confianza personal en la revelación, heroicidad o ejemplaridad, inherentes a él. Cabe mencionar que dichas condiciones de caudillo inherentes al sujeto no son hereditarias, no pueden transmitirse a otros.

Descartando que hoy en un estado democrático pudiera recurrirse a la legitimidad en razón de la tradición o del carisma o a los fundamentos de “naturaleza” (humana) e “historia” para justificar un orden dado, es claro y se está de acuerdo en todos los sistemas democráticos occidentales que todas las decisiones (políticas, jurídico-creativas, económicas, etc.) deben tomarse por las mayorías de acuerdo al estado de derecho. Así por ejemplo, Gaetano Mosca al reconocer 2 fórmulas políticas, decía que una es la que deriva el poder de la autoridad de Dios, y otra es la que lo hace derivar de la autoridad del pueblo, “*no solamente con base en la fuerza material e intelectual, sino también con base en un principio o base moral y legal, haciéndolo emanar consecuentemente, de doctrinas y creencias generalmente reconocidas y aceptadas en la sociedad.*”²³

Primeramente tenemos que señalar que hay incongruencias entre la legitimidad teóricamente señalada por los sistemas y pensadores modernos a nivel discursivo, y el esquema de derecho positivo de los estados nacionales modernos. Es decir, ni el discurso metafísico y abstracto, ni la praxis positivista ni la utilitarista han logrado incluir

²² http://www.robertexto.com/archivo/weber_dominacion.htm. Consultado el 11-Marzo-2010. 21 hrs.

²³ Bobbio, *Op. Cit.* p.120.

a las víctimas, a las periferias, de forma constante en los procesos de construcción y transformación social, económica, política, jurídica y cultural.

El discurso moderno adjudica los derechos humanos a las personas físicas individual y colectivamente (incluso hoy se habla en la praxis de derechos humanos de personas morales, a través de sus representantes) de manera incondicional y cuya posesión no puede restringirse a subclases de individuos humanos (por ejemplo crear categorías de sus destinatarios: obreros, artistas, científicos, etc.) También se ha señalado de forma incorrecta que éstos se encuentran positivizados en las constituciones nacionales, dándoles la sinonimia de derechos fundamentales, cosa por demás incorrecta ya que los derechos fundamentales son aquellos *derechos subjetivos*²⁴ garantizados con jerarquía constitucional (pero que pueden garantizarse en ordenamientos de menor jerarquía en consonancia con la norma fundamental, por ejemplo garantías procesales en códigos adjetivos), *“esenciales en el sistema político que la constitución funda y que están especialmente vinculados con la dignidad de la persona humana.”*²⁵

En el caso mexicano, por ejemplo, los derechos fundamentales están positivados en la constitución de 1917 (así como en otros ordenamientos de menor jerarquía), y su garantía de defensa y eficacia jurisdiccional está salvaguardada por el juicio de amparo; sería por tanto absurdo acudir ante algún tribunal colegiado mexicano para llevar a cabo alguna acción por que alguien violento mi derecho humano a tener un nombre o a que no me juzgue un consejo de guerra en Camboya. Por estas razones es incorrecto hablar de derechos humanos equiparándolos a los derechos fundamentales, los cuales son condicionados y otorgados con determinados límites, condiciones y supuestos jurídicos concretos.

Además de lo anterior, hoy en día se habla de jurisdicciones internacionales las cuales en todo caso serían las facultadas para “hacer justiciables” dichos derechos, sin

²⁴ Derecho subjetivo es, como observa Luigi Ferrajoli, cualquier expectativa positiva (es decir, de alguna prestación) o negativa (de no sufrir lesiones o menoscabo) adscrita al sujeto por una norma jurídica; en el caso del discurso de los derechos humanos no podemos hablar de que sean derechos subjetivos pues ya que se trata de principios “universales”, que no se condicionan a ningún sujeto. Ferrajoli, acertadamente sostiene que los derechos fundamentales son adscritos a las personas físicas en cuanto tales (en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar) por un ordenamiento, esto es, que tales derechos son conferidos a clases de sujetos jurídicos, cosa contraria a la categoría de “humano” presentada como única condición que debe tener su titular, en el caso del sistema internacional de los derechos humanos.

²⁵ <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/constit/pdf/6-351s.pdf>. 30 de diciembre de 2009. 18:40 hrs.

embargo dichas instancias hasta hoy, no tienen ninguna posibilidad de actuación coactiva real (al menos no sobre hegemonías mundiales arbitrarias) y mucho menos han sido validadas simétricamente por las diversas comunidades mundiales. En este sentido, los derechos humanos, a diferencia de su discurso, no son derecho positivo si adolecen de la condición de coercibilidad (necesaria para ser normas jurídicas) por más instrumentos internacionales que se firmen o instituciones que sean creadas, pues ya que el derecho positivo emana exclusivamente de aparatos estatales concretos, conforme a los procesos de creación por ellos establecidos y sujetos a normas supremas (algunas de las cuales, incluso, no incluyen o validan a los instrumentos internacionales cuando estos son contrarios a ellas, de hecho en México, por ejemplo, los tratados internacionales en cualquier materia están supeditados a la constitución política sin poderla contrariar).

Aún, si fuera el caso de que los D.H. positivaran sus principios en una constitución, se perdería aún así su condición de “universalidad” *lato sensu*, la cual, no hace distinción alguna entre las personas protegidas (en cuyo caso no podemos hablar de derecho humano en tanto que universal), así por ejemplo, “*se reclama el respeto de los derechos humanos aun frente a sistemas jurídicos que no los reconocen y precisamente por que no los reconocen*”²⁶; tal fue el caso de la unión soviética, o de comunidades latinoamericanas que en la actualidad no reconocen el discurso de los D.H. por considerarlos arquetipos legitimantes de la hegemonía norteamericana (cuando son invocados por empresarios de transnacionales) y por ser contrarios al esquema positivista.

Por último, aun suponiendo que un instrumento internacional en materia de “derechos humanos”, vinculante para un país dado y que estuviese de acuerdo con su constitución política fuese adoptado, no podemos decir que se trata de un derecho humano, tal como lo pretende su discurso (en todo caso se trataría de un derecho fundamental o de normas supeditadas a una superior y que ahora forman parte del orden jurídico positivo de un país concreto), pues un principio moral por sí solo no es coercible, no puede exigirse coactiva y jurisdiccionalmente además de que dejaría de ser universal. Los D.H. en cuanto tales más bien constituyen un fundamento ético-

²⁶ Nino, C. Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2005. p. 15.

político, producto de conquistas y luchas sociales legítimas, para la construcción posterior de derechos como tales. Por tanto, encontramos una práctica dialéctica respecto de los D.H., la primera, arraigada por los estados modernos que pretende encajar “a raja tabla” dichos fundamentos morales en las legislaciones domésticas cuando les son convenientes, pero que es paradójicamente contraria al discurso universalista y esencialista de éstos, se trata de una “praxis” manipulada por los representantes en el poder y por poderes fácticos según intereses de poder, una praxis que se da internacionalmente desde las cómodas reuniones de protocolo y los desayunos diplomáticos alejados de las comunidades sufrientes en el mundo, una “praxis” fetichista y etnocéntrica defendida en la verborrea política de cada nación (aunque desechada cuando afecta sus intereses).

Por otra parte se encuentra a la que llamo *praxis real*, esto es, la continua y perfectible participación popular que toca a todos, libertaria, emancipatoria y legítima por contar con la convicción subjetiva de las mayorías en los acuerdos. Se trata de una praxis fundada en las conquistas y movimientos sociales, en las transformaciones plurales y en las luchas populares de los excluidos por nuevos derechos. Ésta última también es una praxis contraria al discurso pero es, a diferencia de la primera, legítima, perfectible (transformadora), inclusiva, plural, surgida del sufrimiento inaceptable de las víctimas, obedeciendo al sentir y a las necesidades de los grupos humanos y no a grupos de poder, contra quienes precisamente se deben invocar los derechos humanos.

De esta forma, las legislaciones domésticas no tutelan derechos humanos sino constituyen el derecho público, privado y social de cada nación, en todo caso tutelan los derechos fundamentales. La incongruencia entre positividad y moralidad que hecha abajo el discurso mundial de los derechos humanos, en México y muchos países de América Latina, es muy visible, en el sentido de que los “derechos humanos”, dentro de un estado, no pueden exigirse por ninguna vía jurisdiccional y respecto de su transgresión, lo más que puede hacer un *Ombudsman* es una recomendación sin fuerza vinculante alguna. A pesar de esto los gobiernos occidentales actuales se empeñan en “armonizar” la incongruencia del discurso metafísico y apriorístico, con los esquemas positivistas y legalistas. Esto a lo único que ha conducido es al caos mundial,

a las imposiciones, al intervencionismo y la intolerancia, a la cosificación de las relaciones sociales y al escepticismo hacia tales “derechos” (paradójicamente se han iniciado “guerras justas” y en defensa de los D.H., violaciones a derechos fundamentales contra quienes son los “enemigos” de la paz mundial -aunque siempre pagan inocentes-).

Los juristas, hemos pasado el tiempo discutiendo sobre los esquemas que los analíticos han determinado más allá de determinar las fallas de sus esquemas reacios ante el surgimiento de nuevos fundamentos de derecho y de legitimidad, pues el positivismo exige que se eliminen elementos valorativos y sociales de la discusión jurídica, siendo que los D.H., atendiendo a su esencia libertaria, son principios morales producto del quehacer y reflexionar sociales.

Esto no significa que los D.H. sean inservibles o que nada puede hacerse a partir de ellos; es todo lo contrario, dichos principios son como su adjetivo lo dice, el comienzo, elementos de suma relevancia ético-jurídica para iniciar la construcción e institucionalización de fundamentos legales, y aún falta mucho por hacer, ya que la fundamentación ética es sólo el comienzo de un gran dialogo y debate, de un gran movimiento de culturalización jurídica donde quepan las periferias y donde se parta de la idea de la diferencia, la cual debe atender al *ser* político en el mundo de cada comunidad, como una totalidad concreta.

Si pretendemos encontrar principios fundantes que sean consensuados por la pluralidad mundial, no podemos seguir asociando a lo legítimo únicamente con lo electoral, lo legal, o como aquello que exclusivamente emana de un aparato de poder, o como un nacionalismo reacio²⁷ o como algo que “naturalmente” se ha da como inherente, ignorando el sentir social.

Partiendo de que dentro del poder político se encuentra el orden jurídico de una comunidad política (no estoy diciendo que el quehacer político esté sobre el derecho o

²⁷ Las ideas Schmittianas que consideran al pluralismo como un peligro, al liberalismo -político- una ideología corrosiva de la autoridad plena, y la democracia resultante un sistema sostenido en la homogeneidad y eventualmente eliminador de lo heterogéneo no parecen ser soluciones. Para Schmitt es “él o yo”; no hay posibilidad de superación de la violencia misma y de la eliminación del “otro”, distinto y heterogéneo, por la paz como parte de la finalidad de la política para construir un espacio compartible. Por ejemplo, la lógica interior del nacional-socialismo y de regímenes totalitarios se encuentra en esa forma totalizante de pensar la unidad y legitimidad de lo político.

viceversa, considero un todo en simbiosis e interdependencia constante), lo válido en la ética es lo legítimo en la política.

La legitimidad debe ir más allá de la legalidad, debe ser una obediencia al sistema de derechos derivada de elementos subjetivos, no solo externos, pues de lo contrario sería una obediencia por legalidad pero no por legitimidad. Así, considero que para superar la metafísica moderna, serán legítimas aquellas instituciones coercitivas²⁸ (por tanto reconocidas y validadas por el estado) cuyo monopolio deben tenerlo las instituciones populares que actuarán a través de representantes populares (de lo contrario cada sujeto singular realizaría venganza privada por una injusticia sufrida), pero pudiendo ser auditadas y transformadas por la sociedad de formas más directas; fundadas en la validez de valores sociales consensuados y en la participación política **simétrica**²⁹ perfectible (que en materia de derechos humanos puede ser acorde o no con el derecho vigente y el orden establecidos, pues se trata de nuevos derechos no previstos por el orden vigente) de los afectados para alcanzar acuerdos por medio de razones, donde ahora la obediencia social surge de la convicción subjetiva en las instituciones creadas (no de un mandato “objetivista”, impersonal y abstracto que sólo

²⁸ Debo mencionar, que si bien, del Estado-aparato pueden derivar instituciones, estas deben ser vistas como propuestas que deben ser validadas por el verdadero soberano: el pueblo. Si buscamos instituciones democráticas, la población (y no sólo el estado-aparato) debe incidir de forma más directa en la construcción de sus instituciones, dándose la facultad real al pueblo de que éste proponga iniciativas, instituciones y esquemas, de manera que tenga una participación política efectiva. Es necesario superar el limitado esquema positivista.

²⁹ En cuanto al aspecto de la **participación simétrica**, no me refiero a la equidad o a la igualdad modernas (entre desiguales), se trata de un concepto que alude al pluralismo cultural, a la ampliación y perfectibilidad de la participación social en los acuerdos, sobre todo de los excluidos, es decir, a una proporción participativa conveniente entre la totalidad; no se trata de ver si una mayoría o una minoría descubren o tienen la verdad. No se trata de un problema de verdad sino de saber en que momento de la discusión nos encontramos. Podemos como totalidad social discutir y argumentar nuestras posturas infinito tiempo, no obstante ello no conduciría a nada concreto.

La discusión que toda comunidad emprenda debe ser interrumpida en un momento dado para evaluar en que estado de la discusión se encuentra y proceder a votar, y la forma de interrumpirla será a través de la creación de instituciones. Nada de esto es perfecto, pero si perfectible siempre y cuando se amplíe la participación ciudadana y se esté en una constante evaluación, negociación, dialogo, en una constante confrontación social donde cada comunidad y cada sujeto social se confronten cuestionándose continuamente por lo que *son* política y culturalmente en el mundo.

Las instituciones o instrumentos creados por la interrupción momentánea de la discusión, serán instituciones de legitimación y darán fundamento a una cultura subjetiva democrática, en la cual yo concedo al *otro* la palabra para que exprese sus razones que pueden ser mejor que las mías y por consiguiente podrán aceptarse sus razones; una verdadera cultura democrática así entendida, consiste en darle tiempo a las razones del otro, cosa que no acontece en la gran mayoría de los casos mundiales. En México, por ejemplo, cuando un partido político “x” logra la mayoría en el congreso se olvida de las minorías y sólo dice “discutan entre ustedes, digan lo que les plazca, a fin de cuentas tenemos mayoría”. Esto es “mayoriteo” antidemocrático, por que no se toma con respeto el derecho e ideas de las minorías aún siendo posible que tuvieran la solución para los problemas presentes y futuros, además de que pueden tener mejores argumentos, los cuales, si fracasa lo que la mayoría decidió, pueden darles ideas para mejorar una decisión, dándose así una simetría en la participación.

amenaza), por que sus destinatarios han participado cercanamente en su creación, lo cual implica que las decisiones y políticas tomadas dentro de una comunidad serán legítimas por estar de acuerdo a la forma y contenido establecido por las instituciones populares vinculadas a lo valorativo, lo antropológico, lo simbólico, lo normativo y cultural.

No estamos afirmando que el derecho positivo así como el propio estado sean inservibles o innecesarios a manera de un anarquismo utópico. Los actuales sistemas de derecho de carácter meramente representativo, paternalista y racionalista impiden una verdadera legitimidad pues las posibilidades participativas populares son muy limitadas, abstractas, lejanas y otras adolecen de consenso social. El derecho, la ética y las instituciones vigentes deben jugar su papel y ser legítimas hasta que las víctimas reclamen nuevas prerrogativas y que se les tome en cuenta, hasta el momento en que se descubren nuevos derechos en tanto que condiciones de posibilidad institucional para el desarrollo y los fines humanos. En virtud de que los derechos humanos en la praxis real surgen por conquistas humanas y luchas trans-históricas, contrariamente al discurso universal, homogéneo y etnocéntrico (algunas veces contra-institucional), no podemos suponer que sea el estado, los gobernantes o las instituciones vigentes quienes pretendan, reclamen, construyan y otorguen estas prerrogativas. Lo único que les corresponderá al final de las luchas sociales por nuevos derechos, es reconocer dichas prerrogativas con el fin de que sean institucionalizadas, pero su praxis y creación radican en el quehacer social popular.

De esta forma la *Legitimidad* des-fetichizada y libertaria constituye la esencia democrática de un estado de derecho, donde las decisiones y los nuevos derechos no son impuestos de forma arbitraria o manipulada, sino descubiertos ante las nuevas necesidades humanas por diversas comunidades, subjetivamente aceptados por la totalidad a partir de la confrontación entre las diferencias, donde todas sean tomadas en cuenta como existenciaros en el mundo político buscando su positivación mediante el reconocimiento del estado. En la modernidad, la participación política tendiente a la legitimidad es fetichizada y subsumida a un simple formalismo, a los procedimientos legalistas y electorales, donde “un hombre sin rostro”, a través de “instituciones” lejanas a él (por que él no se le tomó en cuenta para su creación) representa sólo “un voto”, un

voto manipulado (que no es tomado en cuenta más que para llevar al poder a un sujeto) que no sirve de mucho en sistemas rígidos que no permiten una democracia participativa, un voto que se vuelve una estadística más y que no hace escuchar las demandas de las víctimas, o peor aún, un voto inexistente o fraudulento. A esto no se le puede llamar participación democrática simétrica y perfectible, pues el voto limita la participación a un acto electoral, no representa casi nada, ni implica tener un control sobre el poder político-jurídico que formal y legítimamente reside, y en eso estamos todos de acuerdo, únicamente en el pueblo.

De acuerdo con el pensamiento de la liberación, a una ley la acepto por que participé simétricamente en su promulgación, y si no la acepto subjetivamente, la ley no me obligará subjetivamente, sólo formalmente (de manera que no la hago eje rector de mi conducta), así, tendría que cumplirla por legalidad pero no por legitimidad. Kant, a diferencia de esta concepción de lo legítimo, sostenía que lo político era un cumplimiento exterior de la ley como legalidad, sin involucrar la subjetividad, la cual es, un problema de moralidad; pero el asunto es que si no involucro mi subjetividad, yo, entonces, acepto la ley de forma meramente objetiva sin forjar la fuerza de mi convicción.

Así, por ejemplo, si un sujeto que va conduciendo su auto llega a un cruce donde hay un semáforo que está en la luz roja y dice “al diablo con la ley” y pasa, pero en ese instante cambia la luz a verde, y un policía lo observa creyendo que respetó la ley, habrá el sujeto en realidad (subjetivamente) pasado en rojo; ante este ejemplo los positivistas dirán que la voluntad subjetiva no importa sino sólo lo que sucede en la objetividad y que afecte materialmente, sin embargo la próxima vez el sujeto sí pasará en rojo y habrá violentado la norma por que no está convencido de que debe respetar el verde.

Pero si el sujeto participa simétricamente con formas más directas, perfeccionando constantemente sus mecanismos e instituciones de participación con garantías materiales, ampliando paulatinamente el espectro de participación social para la creación y promulgación de normas, con razones convincentes plurales, las respetará por que está convencido de lo que él consensuó y por que se respeta a sí mismo y no a

una autoridad lejana a quien simplemente se le da una jerarquía o poder externos a la población.

Alguien podría decir que, en términos del contrato social, al votar participo y participo votando, volviendo a la frase desgastada de que “un ciudadano es un voto”. Ni el voto, ni las instituciones pensadas e impuestas desde los representantes políticos hacia los pueblos de forma rígida son suficientes para atender las actuales necesidades, puesto que además de no constituir ninguna garantía material para sus anhelos de proyecto político o para sus demandas, no permite el debate así como el intercambio cultural entre las diferencias, niega por completo la posibilidad de confrontar al “otro” y niega la posibilidad de perfectibilidad del sistema jurídico que reduzca víctimas.

Además, en materia jurídica, no existen en muchos países formas directas por las cuales las comunidades, a través de instituciones, tengan la posibilidad de proponer y aprobar alguna iniciativa legal o bien de derogar aquello que les resulte perjudicial o, mejor aún, tener la posibilidad de positivizar nuevos derechos producto de las conquistas sociales. Es sumamente arcaico seguir creyendo que la forma “perfecta” para darnos nuestras leyes sea a través de aparatos burocráticos y lejanos al pueblo (supuestamente legítimos por un simple voto asimétrico³⁰) o de sistemas dogmáticamente representativos.

En este orden de ideas, no podemos, en cuanto al discurso, considerar a los derechos humanos, en tanto que principios o fundamentos morales etnocéntricos, como legítimos y mucho menos como derechos positivos si estamos ante una serie de categorías que, por un lado, no son otorgadas por el estado, ni creados por éste a través de algún proceso establecido en una norma universalmente suprema, en algunos casos inaceptados cuando afectan los intereses de las hegemonías, muchas veces faltos de sanciones materiales y/o formales. Y por otro lado son principios carentes de convicción subjetiva en muchos casos y donde pocos o casi ningún sujeto en la tierra ha participado simétricamente en su construcción, fundamentación, consenso y/o adopción, esto es, vivimos bajo instituciones de “mayoriteo” y

³⁰ En este último aspecto considero que debemos aprender de las experiencias democráticas vividas en Bolivia con el gobierno de Evo Morales, quien ha introducido en la legislación Boliviana la categoría jurídica de la “iniciativa popular”, que da la posibilidad al pueblo de presentar reformas e iniciativas de ley. Esto es apoyado con otras instituciones, como el referéndum que, en México por ejemplo, no existe ni siquiera formalmente explícito.

“politiquería” fetichizadas, instituciones sin ningún espíritu democrático, cuestión que, como diría Theodor Adorno, debe comenzar desde la familia.

Si en una familia, el hijo es mandado por la madre a comprar tortillas, y éste pregunta a la madre, ¿por qué los niños deben ir a las tortillas?”, y la madre en vez de responderle lo golpea a la vez que le dice “cállese la boca y vaya por las tortillas”, entonces el niño sabrá que no hay razones sino que hay violencia, por lo tanto cuando el niño adquiera poder, le va a pegar al de abajo y le dirá “cállese la boca y vaya a cumplir”. Muy distinto sería si la madre da razones contestando: “la mamá tiene derecho a mandarte por que es el ente gestor y tu eres el hijo”, y el niño preguntaría “¿y por que la que gesta tiene derecho a obligar?”, “pues por que la mamá trabaja y el hijo no”. En este último ejemplo cotidiano podemos observar que el niño puede ir objetando pero si la madre va respondiendo el niño tendrá una cultura democrática por que pide razones y se le dan razones, no imposiciones.

Un sistema democrático de legitimación supone una población que sabe que tiene derechos y que tiene derecho a una participación simétrica en las decisiones y en las construcciones de nuevos derechos fundamentales. Sin embargo, en muchos casos esto se mantiene censurado, reprimiendo cualquier intento de participación política emancipatoria, perfectible, plural, simétrica, cambiante y encaminada a transformar las estructuras establecidas por los gobiernos modernos. Hoy, esta última situación acontece en muchos países del orbe, alegándose desde las esferas de poder que es imposible tomar en cuenta todas las opiniones y que es imposible acudir directamente a la población pues ello significaría una democracia directa por demás utópica.

Nada más fetichista y fuera de lugar, pues la forma de consensuar, construir e institucionalizar hoy en día, reclama la participación ciudadana si se quiere vivir en una democracia real y sobre todo en un sistema jurídico y de gobierno legítimos. Esto es posible, no de forma Helénica, de forma utópica y burda, sino a través de las instituciones concretas que por acuerdos de participación simétrica constante se logren. No podemos seguir con la creencia de que los “representantes” populares, son los detentadores últimos del poder político, o peor aún, que se les atribuya la categoría de entes soberanos, decidiendo los destinos de las comunidades según les plazca; deben reconstruirse, transformarse y aplicarse instituciones de las más variadas según la

realidad social concreta y de acuerdo a las nuevas necesidades sociales e individuales de forma democrática y plural (incluso algunas no acordes o hasta fuera del orden vigente como las impulsadas por algunos movimientos sociales populares). “*Para H. Arendt, coincidiendo con el Marx que exalta la comuna de París de 1870, la democracia directa en grupos que se organizan dentro del condado en estados unidos, es una institución de participación ciudadana cara-a-cara que, de no organizarse, corrompería a todas las instituciones previstas por la constitución.*”³¹

Con todo esto, partiremos de la tesis de que un sistema de legitimación, forzosamente tiene que ver con la ley al igual que el surgimiento de nuevos derechos o prerrogativas que se positivizan en cada momento dado; no obstante, algunos de estos nuevos derechos que manifiestan la satisfacción de nuevas necesidades surgen contra la misma *ley vigente*³² o fuera de los supuestos previstos o protegidos por ella, y del propio sistema de derecho. Los nuevos derechos irrumpen como conflicto o reivindicación de nuevas necesidades sociales no satisfechas. Los derechos humanos, en la praxis real, son un producto social y transhistórico, descubiertos a lo largo de la historia por los hombres en cuanto pueblo con nuevas necesidades, los cuales luchan por su reconocimiento como derecho positivo. Para las víctimas que reclaman nuevas prerrogativas, algunos de los nuevos derechos engendran una nueva legitimidad, que desplaza a la que está vigente, o bien sólo representan la posibilidad de concretar instrumentos jurídicos que garanticen materialmente lo establecido formalmente en el orden vigente.

Para entender esto, debemos hacer la distinción entre coacción legítima y violencia. La primera se refiere a todo uso de la fuerza fundado en el estado de derecho consensualmente legítimo por el apoyo popular. La violencia alude a una coacción legal pero ilegítima, es una acción que no involucra el consenso de todo un pueblo que lucha por sus reivindicaciones, se trata solo de una pretendida vanguardia antiinstitucional. Así, se ejerce violencia con las represiones legales pero ilegítimas del antiguo sistema de derecho que se torna ilegítimo para los que se le oponen (acción de fuerza contra los

³¹ Dussel, Enrique, *20 Tesis de Política, Siglo XXI*, 2008. p. 148.

³² Vigente será, en este trabajo, aquel derecho cuya legitimidad y fuerza la dan, además de la convicción subjetiva de los sujetos y las leyes positivas, el derecho consuetudinario, la costumbre, los criterios jurisprudenciales, etc. Derecho positivo sólo es aquel que reconoce el estado por crearse conforme a las formas establecidas (legalidad, que excluye la convicción subjetiva como condición de legitimidad).

nuevos derechos del “otro”); pero también hay violencia cuando la coacción no forja la fuerza de la convicción general y por tanto no involucra a todo un pueblo en lucha por sus reivindicaciones, tales como las acciones anarquistas.

En este sentido, la justificación de nuevos derechos o de principios, no siempre es dada por obra de la ley. No es siempre el derecho positivo la última justificación del acto justo, pues ya que puede haber leyes injustas. Y si hay tales, ¿cuál es el criterio que está sobre la ley?; son los *movimientos sociales*³³ de apoyo popular consensual simétrico quienes dan origen a nuevos derechos, merced las necesidades sociales de quienes son sus destinatarios; nacen necesariamente desde fuera del sistema jurídico mismo y algunos contra éste. “*Los movimientos sociales toman conciencia, a partir de su corporalidad viviente y doliente, de ser víctimas excluidas del sistema de derecho*”³⁴; de manera tal que los nuevos derechos no son, como indica el discurso, sacados de la lista de derechos naturales, sino que emergen de las acciones y demandas populares, derivadas de su sentir corporal y ontológico.

Como un ejemplo de lo anterior, tenemos el caso histórico de las mujeres londinenses que en 1890 quisieron votar y dieron surgimiento al movimiento sufragista. Las leyes machistas y patriarcales estaban en contra de esto y la policía, por tanto, les daba “porrazos” en la cabeza, ya que las mujeres estaban fuera de la ley (eran ilegales) y además estaban contra la supuesta “legitimidad” de las leyes mismas y del *status quo*; ¿en que se fundaban estas mujeres para pretender positivizar dichas prerrogativas?: en la acción política como praxis democrática de todo sujeto en comunidad, dando sentido y forma a la convivencia colectiva a través de las razones, no de las imposiciones, fundadas en una participación simétrica de la pluralidad cultural.

Esto será posible cuando el pueblo se crea facultado y digno de ello, “cuando el pueblo crea en el pueblo”, como dice el Dr. Fidel Castro Ruz; cuando la comunidad política asuma su papel participativo y esté convencida del poder democrático.

³³ Entiéndase por movimiento social, la participación (no subsumida a un voto) o acción política constante y simétrica de las comunidades en las decisiones y acuerdos institucionales, en calidad de ciudadanos, capaces de obrar y de personas. No asociemos este concepto al de marchas y desórdenes violentos sin sentido, demagogia y “grilla”, aún cuando ciertos actos consensuados y legítimos desde una comunidad política, y considerados al margen de la ley pueden ser vía para institucionalizar nuevos derechos y nuevos esquemas políticos, como puede ser una vía revolucionaria, sea mediante transformaciones (no reformas) o mediante insurrección (último recurso ante un tirano o monopolizador del poder de la comunidad).

³⁴ *Ibidem*. P. 144

Los movimientos sociales tienen legitimidad por el consenso del grupo pero son algunas veces contrarios a la ley y a la “legitimidad” vigente; así, los derechos humanos en la praxis real surgen *a posteriori*, y no *a priori* como una ley natural, son producto de conquistas y consensos sociales continuamente modificables, surgen como resultado de una maduración histórica *a posteriori* de la política y a veces contra el derecho positivo (hay sujetos que “descubren” y reclaman nuevas prerrogativas que no están en los códigos, en virtud de sus necesidades y su maduración histórico-política).

En la tradición occidental moderna e idealista, el poder sólo es legítimo cuando procede del pueblo y se basa en su consentimiento en abstracto de acuerdo con la ley vigente. Sin embargo, gracias a esa abstracción se ha venido presentando como normal y lógica, la tendencia a la separación que en nuestros días acontece entre la titularidad del poder y su ejercicio. Para justificar esta desunión se ha venido presentando en las “democracias” contemporáneas, un fenómeno que desde la perspectiva crítica se denomina *constitución mítica de la sociedad*, referente tanto a los supuestos sobre cuya base se toman las decisiones, como al principio que legitima la toma de decisiones de quienes realmente ostentan el poder, quedando el poder de la sociedad, institucionalizado en su constitución política, en un nivel puramente nominal y moral. Así, la idea del poder del pueblo consiste

“Paradójicamente, en supuestos no observables empíricamente, esto es, son ficticios. Sólo se refleja en quienes detentan efectivamente el poder asignando recursos - estructuras decisorias particulares- y, a veces en los electores encargados de elegirlos. Por lo anterior, la democracia es una institución sólo de carácter delegativa y exclusivamente representativa [limitada o nulamente participativa].”³⁵

En este sentido el poder del pueblo en los estados modernos se agota precisamente cuando logra insertar sus exigencias en las constituciones políticas estatales sólo a nivel formal, delegando su ejercicio a las instituciones públicas y pasando a ser el gobierno del pueblo de carácter puramente nominal, pues queda a merced de los patrones que impone el mercado.

³⁵ Sánchez Rubio, David, *Filosofía, Derecho y liberación en América Latina*, Desclée, Bilbao, 1999. p. 260, versión digital.

“Se está haciendo una mala interpretación de la democracia, incluso hasta el punto de hacer creer que los males sociales (el desempleo, la pobreza, la indigencia, etc.) son consecuencia de ella. Consecuencia de lo anterior, es que la realidad se instituye y genera desde otras instancias.”³⁶

En esta misma línea, Xabier Gorostiaga hace referencia a la democracia actual, presentándola como una *democracia de baja intensidad*, la cual pareciera que, como una panacea a nuestros problemas,

“Requiere una mano autoritaria e ingerente para la transición; una democracia restringida, que exige limitar las demandas no sólo económicas, sino también participativas para no caer en la anarquía; la democracia de fachada que ofrece la legalidad de los derechos democráticos y la incapacidad de realizarlos; la democracia tutelada, que requiere un poder externo que proteja y administre la constitución de la misma.”³⁷

Estas ideas modernas reflejan un etnocentrismo y un formalismo legalista excesivos por lo que hace a la construcción de instituciones y en cuanto al reconocimiento de nuevos derechos, donde una otredad grita ser tomada en cuenta, donde el concepto de cultura y civilización se ha totalitarizado, negando al *otro* (entendido como un sujeto distinto de mí, el cual se halla subsumido en la incomprensión y le es indiferente a la totalidad, pero que en la realidad es único y recíprocamente tenemos necesidades) como posibilidad de construcción democrática; por ejemplo, las ideas de “equidad de género”, “derecho indígena”, “derechos humanos”, “grupo minoritario”, “democracia”, han sido concebidas y aplicadas desde “afuera”, desde la condición de sujeto distinto que se atreve a pensar y a construir (legislar, participar, opinar, etc.) por los “otros” desde la comodidad de su condición.

Las categorías anteriores han sido generadas en su mayoría, además de establecidas, por el colonialismo ideológico europeo y estadounidense, en cuanto hegemonías que necesitan de la transnacionalización de sus categorías e instituciones para poder controlar eficazmente a las comunidades periféricas, con miras a mayores

³⁶ *Ídem*

³⁷ Gorostiaga, Xabier, La mediación de las ciencias sociales y los cambios internacionales, en VV.AA. (autores varios) *Cambio social y pensamiento cristiano en América Latina*, Trotta, Madrid, 1993, pp. 131-134.

rendimientos (monetarios, mercantiles, accionarios, humanos, ecológicos, publicitarios, de dominación psicológica, etc.).

Es imposible una verdadera democracia sin participación simétrica, y es imposible simetría en la participación con la totalización de las diversas comunidades políticas concretas y plurales subsumidas a una sola categoría de civilización, cultura, educación, *ser político en el mundo* (*Ser que se ha venido deformando en una masa política sin identidad en el mundo*). También es imposible la participación simétrica si no existen medios técnicos, fácticos, legales e institucionales que posibiliten dicha simetría o contrapeso; por ejemplo, es inconcebible una simetría si el 90% de los medios de comunicación los detentan dos emporios empresariales, o si los espacios en la radio o en el periódico hacia grupos periféricos, son escasos o nulos³⁸.

Ahora, no basta con decir “hemos concedido espacios” o “hemos creado radios comunitarias” o hemos debatido con ciertos grupos “minoritarios”; la cuestión es, además de darles elementos para que por sí y desde sí transformen su realidad concreta, tomar en cuenta el discurso de los otros, de cada uno de nosotros, de la pluralidad tan compleja de la cual formamos parte, donde la construcción de los fundamentos últimos del derecho surja desde las diferencias encontradas y reconocidas como parte existente, única y necesaria, donde los sujetos sociales en su singularidad, afirmen su existencia en el reconocimiento del “otro”, que es un ser singular del cual dependo por lo que de forma única produce y viceversa.

Lo anterior no supone una empresa sencilla, pues se trata de destruir los arquetipos legitimantes abstractos, educar y debatir desde la pluralidad y desfetichizar al derecho como instrumento de poder para concebirlo como un instrumento de entendimiento y de seguridad.

³⁸ En el caso mexicano (desde el cual puedo opinar), 3 bancos dominan los servicios financieros, 2 empresas controlan los canales de televisión abierta, 1 empresa controla la red de conexión telefónica, 2 grupos empresariales controlan la distribución de gas LP, 2 empresas controlan el mercado del cemento, 1 empresa controla dos tercios de la producción de harina de maíz, 3 empresas controlan la producción de pollo y huevo, 2 empresas controlan el 80% del mercado de leche, 3 empresas dominan el mercado de carnes procesadas, 2 empresas controlan el mercado de refrescos, jugos y agua envasados, 1 empresa controla la producción del pan industrializado y 2 empresas controlan la distribución de medicamentos.

Fuente: <http://www.consumidores.org.mx/index.html>. Lunes 25 de Enero de 2010, 15:45 pm.

Para concluir, considero pertinente aclarar que la simetría en la participación, así como la participación política ciudadana no se oponen, como a veces pareciera, a la gobernabilidad del estado. Se trata de que el facultado para administrar algún ámbito del poder del pueblo, sea capaz de involucrar a las comunidades en la toma de decisiones, al mismo tiempo que logre su solidaridad y apoyo, pudiendo con ello lograr gobernabilidad. Participación simétrica y gobernabilidad, van y tienen que ir de la mano.

[1.2.1.] El problema del consenso entre comunidades: el contrato social en la modernidad.

Las instituciones de legitimación han existido desde hace cientos de años al igual que la idea del consenso comunitario, solo que con formas un tanto variadas según la época y el lugar; en la modernidad muchas de estas ideas han tenido como expectativa la aplicación homogénea e igualitaria de las normas consensuadas por las mayorías, aunque históricamente las diversas ideas y demandas de grupos minoritarios (de las mujeres, de grupos raciales, de esclavos, grupos ideológicos) han sido ladeados sin que las instituciones vigentes sean susceptibles de perfectibilidad y transformación.

Con el surgimiento de la modernidad, en cuanto proyecto de civilización, se buscaron nuevas estructuras homogeneizantes y conceptos que legitimaran la voluntad de las comunidades quienes reclamaban cambios en las estructuras de gobierno y el reconocimiento de nuevos derechos derivados de las concepciones morales de la teoría política de la ilustración así como del *status quo* durante y posterior al absolutismo monárquico en Europa. Bajo este clima el contractualismo aparece recurrentemente en la historia del pensamiento antropológico, sociopolítico y jurídico, apuntando a muy diferentes ideologías, pero que en esencia consiste en la teoría que postula un acuerdo expreso o tácito de los ciudadanos como fundamento de la sociedad, de la moral social, del derecho y del Estado.

El discurso de los derechos humanos pregona la aceptación de todos y cada uno de ellos así como su adjudicación a los hombres por el simple hecho de ser tales, o como en México se dice, por el hecho de ser personas³⁹. Gracias a que la historia evidenció la incongruencia del iusnaturalismo metafísico con los hechos (pues durante años el

³⁹ La idea de los “derechos” humanos en el caso mexicano es, jurídicamente, aún más ambigua y contradictoria respecto del derecho positivo, pues se alude al concepto de *Persona*. Gran parte de los tratadistas en el mundo están de acuerdo en que la categoría de persona está condicionada por ciertos elementos o atributos (nombre, capacidad, domicilio, estado civil y patrimonio, en el caso de personas físicas) y se le concibe como un sujeto de derechos y obligaciones con ciertas limitantes. La persona será entonces aquel sujeto capaz de ejercer y/o gozar de sus derechos, y que merced su estatus puede imputarse como autor de actos o situaciones jurídicas. Por tanto es incompatible decir que un derecho humano, cuya titularidad y goce no se condiciona (que es universal), se adjudica a las *personas* incondicionalmente. A esto sumamos la idea de la persona moral, la cual, dificulta aún más la determinación de los titulares de derechos humanos si sólo atendemos al concepto de “persona”. Las personas morales tienen atributos muy similares a los de las personas físicas (y sin embargo una incompatibilidad con la corporalidad viviente), y hoy día, en los hechos, también se les adjudican “derechos” humanos a través de sus representantes y miembros.

esclavismo y la servidumbre existieron y nunca hubo derechos *a priori* que pudiesen invocarse) el nuevo discurso habla de fundamentos “jurídicos” que no derivan estrictamente de la naturaleza misma o de estructuras fatalistas (pues estos presupuestos excluyeron por muchos años a sujetos por condiciones de raza, credo, condición económica, de poder, etc.) sino de una “esencia humana” que debe protegerse y ponderarse a costa de lo que sea y de quien sea.

En este sentido, el discurso de los derechos humanos, sostiene que son categorías “jurídicas” inherentes al hombre e irrenunciables además de que ningún sujeto en su sano juicio se atrevería a objetarlos o a rechazarlos; sin embargo suceden muchas paradojas en la realidad de cada comunidad política, gracias a que a casi ninguna en concreto se le ha consultado para verificar si dichos principios son compatibles o aceptados por la moral de cada comunidad diversa de las demás y si están acordes con su derecho vigente y sus formas de validación jurídica.

En la modernidad se ha sustentado la idea de un “consenso” moral, jurídico, político, cultural y estructural gracias a la idea de una unidad social “universal”, donde cada sujeto miembro de la colectividad cede parte de su libertad plena para ser beneficiado y protegido por el estado, teniendo además la obligación de observar las leyes emanadas de éste, y otras obligaciones para con toda la sociedad, superando así el estado de naturaleza⁴⁰ en que se encontraba.

El discurso legitimante de los derechos humanos se funda en la existencia de esta unidad fraterna en la que todos mutuamente se reconocen prerrogativas inherentes a los humanos incluso sin necesidad de que una autoridad estatal los reconozca o haga valer. Si esta “universalidad” fuese cierta, tendría que haber consecuentemente también un consenso social de los mismos alcances, cosa que nunca se ha dado en toda la historia de la humanidad –en la praxis real se trata solo de un ideal regulativo no de un fin-; algo que se acerca un poco pero no es algo suficientemente trascendente es el proyecto de unión europea.

⁴⁰ La noción de estado de naturaleza en los siglos XVII y XVIII puede ubicarse, grosso modo, bien con la concepción hobbesiana de un estado de guerra, más o menos potencial, de todos contra todos, o bien con la concepción lockeana de un estado pacífico primitivo, que funciona conforme a la ley natural, o bien puede adscribirse a la posición intermedia de Pufendorf o Hume, para quienes es un estado de inseguridad y temor mutuos.

Dichos principios, como lo muestra la historia de los vencedores, en realidad han sido producto del pensamiento ilustrado e idealista eurocéntrico⁴¹. Paradójicamente, la cultura europea hegemónica, pretendía una emancipación humana de sus atavismos oscurantistas y teológicos, de su opresión despótica y monárquica, aspirando a la materialización secular de verdaderas libertades y derechos para los hombres de manera igual, justa y recíproca; sin embargo sólo se dieron reformismos y sustitución de los dominadores.

“No hay que olvidar que la ilustración, y en general la cultura occidental, surgieron de un contexto religioso que hacía hincapié en la teología y en el logro de la gracia divina. La divina providencia ha sido por mucho tiempo la orientadora del pensamiento cristiano; sin esas orientaciones precedentes, en primer lugar no hubiera sido posible la ilustración. No es sorprendente que la defensa de la razón liberada de ataduras sólo remodelara las ideas de lo providencial en lugar de sustituirlas. Un tipo de certeza (ley divina) se reemplazó por otro (la certeza de nuestros sentidos, la certeza de la observación empírica), y la divina providencia se reemplazó por el progreso providencial. Más aún, la idea providencial de la razón, coincidió con el auge del dominio europeo sobre el resto del mundo. El crecimiento del poder europeo suministró, el apoyo material para la pretensión de que la nueva visión del mundo se asentaba sobre una sólida base, que al mismo tiempo que proporcionaba seguridad, ofrecía la emancipación del dogma de la tradición.”⁴²

De esta forma, los estados modernos buscaron difundir los dogmas de la ilustración con la idea de “universalizarlos” en Pro de las mayorías y del hombre en el mundo, dándole, así, vigencia a una especie de *pax romana*, justificando un imperialismo, pero ahora a través del colonialismo. Estas ideas metafísicas e idealistas han venido entrando en desuso consensual y adolecen de credibilidad así como de legitimidad gracias a que las estructuras y el *modus operandi* de la modernidad para lograr sus metas civilizatorias se complejizaban y obedecían a la tecnificación, al mercado, la uniformidad humana y la “libertad” del liberalismo económico que han propiciado la otredad.

⁴¹ El eurocentrismo está ligado al concepto de etnocentrismo; esta postura considera a la cultura y civilización europea como el centro y origen de la civilización humana, a la manera de una cultura primigenia y a la “vanguardia” de la cual se derivan, cultural e intelectualmente, otras; teniéndose únicamente como “humanos”, válidos, viables y “civilizados” sus arquetipos y postulados ideológicos, educativos, jurídicos y culturales en general. Véase en Marín Ruiz, Guillermo, *Historia Verdadera del México Profundo*, Instituto de Estudios Superiores de Oaxaca (colección “agua quemada”), México, 2005. pp. 28 y siguientes.

⁴² Giddens, Anthony, *Consecuencias de la Modernidad*, Alianza Universidad, Madrid, 1990. p. 52.

Podemos decir que, al comienzo de las revoluciones burguesas existió cierta unidad legítima fundada en los postulados revolucionarios (en un primer momento) que aspiraban a cambios, en los cuales tuvieron fe las masas occidentales para lograr una emancipación y condiciones de vida mejores, partiendo de los principios e ideologías que sentían como propios; existía un fundamento del cual podía partirse para preguntarse y responderse por lo que esas sociedades eran políticamente en el mundo (al menos para el mundo occidental). Sin embargo esto último no aconteció así, y dichos arquetipos legitimantes se congelaron en el tiempo y algunos ni siquiera (como el discurso de los derechos humanos, presentados como derechos universales del hombre) lograron institucionalizarse y hacerse justiciables de manera fáctica a nivel mundial. Los principios emancipatorios se invirtieron contra las masas que los defendieron y quedaron a la merced de la naciente burguesía y de los nuevos gobernantes, de manera que el discurso de estos fundamentos metafísicos se ha venido manipulado y extendiendo (o limitando, cuando no les conviene) conforme han evolucionado mercantil y hegemónicamente las potencias económico-políticas mundiales.

Dentro del contractualismo moderno que explica o fundamenta la unidad social hay diversas posturas, pero analizaremos sólo algunas de las más representativas. Uno de los contractualistas premodernos influyentes fue Hobbes, quien se sitúa entre un racionalismo y un empirismo, ya que, para él, sólo conocemos lo que construimos mentalmente. Propuso un experimento mental para averiguar cómo serían los hombres sin reglas sociales ni Estado. Así, describió un hipotético *estado natural* en el que todos los hombres disponen de total libertad y donde prima la fuerza física para sacar provecho de forma ilimitada.

Para Hobbes, los hombres se guían por impulsos pasionales y egoístas, que buscan la supervivencia y el establecimiento del bien: bueno es lo que se desea, por el hecho de que se desea. En conjunto, el ser humano es un egoísta racional. El egoísmo ilimitado de todos crea una guerra de todos contra todos y una anarquía en la que peligra el más preciado valor, la vida. Pero, por miedo a perecer, su racionalidad les descubre la necesidad de establecer un pacto de obediencia incondicionada a una instancia de poder absoluto e inamovible, representado en la figura de Leviatán. Por

este pacto se crea a su vez la sociedad (*pactus unionis*) y el Estado (*pactus subiectionis*). El único requisito para asumir estos absolutismos es que el gobernante mantenga la paz y el orden que preserven la vida y el súbdito se limite a obedecer los mandatos del soberano sin tener derecho a coaccionarle. En esta condición no importa perder la omnímoda libertad natural a cambio de la restringida libertad civil. Por lo demás, el Leviatán puede ser una sola persona, una oligarquía o una asamblea de todos (supuesto que converge con la voluntad general de Rousseau). Según Hobbes, cierto es, que quienes tienen poder soberano pueden cometer iniquidad, pero no injusticia. Puesto que el soberano no ha contraído deber alguno con respecto al pueblo mediante contrato, ya que son los individuos quienes sellan entre sí el pacto y ceden sus derechos a un tercero, nunca puede el soberano cometer injusticia contra el pueblo.

Considero que la postura Hobbsiana, si bien es exacta en muchos aspectos que hasta hoy caracterizan a nuestras sociedades complejas, no proporciona una salida emancipatoria y libertaria necesaria para los pueblos de la actualidad, pues el cambiar a los dominadores, el subsumir al sujeto a un obedecedor de mandatos sin posibilidad de una participación constante y perfectible, el otorgar de forma fatalista a los sujetos el carácter de egoístas y la legalidad del despotismo del soberano no coaccionable impedirán el ejercicio de muchos derechos fundamentales y el reconocimiento de derechos humanos (derivados de la praxis real de los pueblos con nuevas necesidades).

Por su parte I. Kant, considera que los hombres situados en un estado de naturaleza, consistente en la ausencia de leyes (ausencia de su reconocimiento y de seguridad en su ejercicio), tienen derecho a defenderse de quienes quieran privarle de lo provisionalmente suyo, porque la voluntad de los demás, excepto la suya, es *unilateral* y carece de fuerza legal, ya que la fuerza legal procede únicamente de la voluntad universal, que es regida por la razón. Dicha voluntad deviene de un acto racional, de un imperativo de la razón práctica por el que se da la unión de voluntades individuales (sujetos considerados entes de razón que convienen en aquello que va de acuerdo a su naturaleza racional) constituyéndose el Estado como un mandato de la razón.

En Kant, la idea del contrato sirve como criterio para uso del soberano, ya que el fundamento de todo lo que puede decidirse como ley para un pueblo se halla en esta

interrogación: ¿es que un pueblo hubiera podido imponerse a sí mismo esta ley?; esto muestra al legislador el criterio según el que debe legislar: la voluntad unida del pueblo, en la que radica la legitimidad de toda legislación.

La idea de voluntad racional es la fuente del derecho racional, y, por lo tanto, es legislación racionalmente legitimada la que surge de la voluntad racional. El soberano al momento de legislar, debe utilizar como criterio de legitimidad la idea de lo que los ciudadanos habrían podido querer.

[En este sentido] “no son, pues, los ciudadanos quienes efectivamente sellaron un pacto originario ni es su voluntad efectivamente existente la que legisla, sino que el legislador, poseyendo a priori la idea de contrato originario, expresivo de la voluntad racional unida del pueblo, es quien está legitimado para legislar y puede hacerlo sin error, ya que cuenta a priori con la idea de contrato.

Tales apreciaciones son las que llevan a Philonenko a interpretar el contrato originario como una cuarta formulación del imperativo categórico, y que ordena exclusivamente al soberano. Se trata de una orden moral, incondicionada, que reviste la forma negativa, peculiar de los deberes perfectos: Lo que no puede decidir el pueblo (la masa total de súbditos) sobre sí mismo y sus componentes (Genossen) tampoco puede decidirlo el soberano sobre el pueblo.”⁴³

Kant argumentaba que el legislador tiene el *deber* de legislar como si el pueblo le hubiera otorgado su poder, pues de facto –según él- nunca lo ha hecho, debiendo para ello realizar un experimento mental en el que se atiene a un mandato moral. En la necesidad de cumplir una acción por respeto a la ley se fundan las fórmulas del imperativo, y puesto que el gobierno constituye un deber específico, que no puede ser satisfecho más que por el soberano, la fórmula del contrato es la cuarta formulación del imperativo categórico, reservada a éste. Sin embargo, el que el contrato originario obligue al soberano a frenar su omnipotencia significa que podría y puede cometer injusticia.

⁴³ Cortina, Adela, *El contrato social como ideal del Estado de Derecho. El dudoso contractualismo de I. Kant*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Nº 59. Enero-Marzo 1988, p. 11 en versión digital. Disponible en <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/>. Visitado el 3-abril-2010, 16 hrs.

En Kant, el soberano es susceptible de otorgar leyes contrarias al pacto originario, y gracias a ello, cometer injusticias e iniquidades (a diferencia de Hobbes) aunque sigue sin derechos para coaccionar al soberano.

Coincidiendo con Philonenko, podemos afirmar que el contrato social constituye para Kant el momento ético en la constitución jurídica del Estado donde *gobernar tiene que ser obrar por deber*. Así, lo que posee un sentido ético para el soberano poseerá un valor jurídico para el pueblo, de manera que la idea de contrato posee realidad práctica en cuanto compromete *moralmente* al soberano a legislar teniendo en cuenta la posibilidad de que el pueblo concuerde con ello (*como si* el pueblo moralmente concordara). Pero el pueblo se compromete *jurídicamente* a respetar y cumplir las leyes propuestas por el soberano. La dicotomía soberano-súbdito indica que sólo el soberano puede hacer uso de la coacción, precisamente porque los súbditos han puesto en sus manos la capacidad de coaccionar, pero los súbditos carecen del derecho de ejercer sobre él coacción alguna, puesto que el soberano es quien garantiza el uso legítimo de la coacción y *se sitúa más allá de ella*.

Considero que la idea kantiana de contrato, como idea regulativa de la razón práctica, tampoco podría ayudar de mucho a legitimar los nuevos derechos surgidos de la praxis real de las comunidades y parece muy lejano pensar que nos llevará a una emancipación real, tan anhelada por la modernidad. La voluntad popular y el contrato representan un ideal de la razón, no se trata de hipótesis históricas, o de algo que se podrá realizar en un futuro algo utópico, sino simplemente son un punto de referencia regulativo para legitimar o deslegitimar las prácticas políticas reales en virtud de que la estructura argumental de Kant descansa sobre muchos fundamentos *a priori*, sobre actos racionales que engendran idealmente un consenso, sobre “experimentos” producto de la razón, lógicamente pensables y perfectos pero muy alejados de los hechos actuales gracias a que el modelo kantiano exige demasiado compromiso del hombre, pues para Kant el deber está más allá de todo, un deber que incluso implicaría desconocer la amistad, los intereses propios o de clase; se trata de una virtud que todo soberano debería poseer contrariamente a su egoísmo.

Todo esto nos enfrenta, a su vez, a otros problemas: el de la presencia de un posible *pacto de sumisión* en la idea kantiana de contrato gracias a que Kant mantiene una

dualidad en la cede de la soberanía ya que sostiene que pueblo y soberano sellan un contrato, en virtud del cual el gobernante se compromete a legislar conforme a la idea racional del derecho (atendiendo a la voluntad popular), que sólo moralmente obligaría al soberano, quien debería universalizar la ley, conforme a lo que todos podrían querer, pero desde su voluntad particular. Esto nos lleva al problema del derecho de resistencia, pues el pueblo carecería de legitimidad para cualquier respuesta coactiva. Si bien, idealmente considera que el pueblo es el soberano del estado, Kant, a diferencia de Rousseau, identifica al soberano con los gobernantes (monarca o diputados), ya que éstos son elegidos por el pueblo como sus representantes y ejecutores de la soberanía. A su vez esto nos lleva al problema de equiparar a la eficacia pragmática con la legitimidad, pues el pragmatismo fundado en una imparcialidad expresada en la moral, el derecho y la política, constituye la misión del contrato social (reflejar esa imparcialidad), y por tanto, el Estado al extraer su legitimidad únicamente de una racionalidad garante de la imparcialidad en los procedimientos legislativo y jurisprudencial, la deriva del pragmatismo racional (razón práctica), un pragmatismo ajeno al pueblo y sordo a las demandas de las víctimas del sistema jurídico-político.

En otra línea discursiva tenemos a David Hume, quien consideraba que a pesar de las limitaciones del hombre, éste había creado -sin previos consensos explícitos- instituciones y tradiciones válidas, de gran utilidad para su propia supervivencia y desarrollo en sociedad. Se opuso frontalmente, por tanto, a toda teoría contractualista explicativa del origen del gobierno y de las leyes. En todo caso, consideraba que si algo unía a los hombres, eran la simpatía y la utilidad.

Hume profesó un empirismo extremo contrario al racionalismo⁴⁴ imperante, sin embargo, mientras que Locke da total valor a la experiencia, pues según él toda la materia de nuestro conocimiento deriva de la sensación y de la reflexión, Hume se lo niega cuando afirma que la experiencia no puede fundar la plena validez del

⁴⁴ Desde el punto de vista epistemológico, el empirismo es definido por Juan Hessen en los siguientes términos: El empirismo (experiencia) opone a la tesis del racionalismo (según la cual el pensamiento, la razón, es la verdadera fuente del conocimiento) la antítesis que dice: la única fuente del conocimiento humano es la experiencia. En opinión del empirismo, no hay ningún patrimonio *a priori* de la razón. La conciencia cognoscente no saca sus contenidos de la razón sino exclusivamente de la experiencia. Véase en Fuentes López, Carlos, *El racionalismo Jurídico*, I.I.J. UNAM, México. p.206. versión digital disponible en <http://www.bibliojuridica.org>. Consultado el 12-abril-2010. 16:30 hrs.

conocimiento. De esta forma el sustento de la moralidad de los hombres se encuentra en su utilidad para la vida social, que a su vez permite la elaboración de reglas de conducta más o menos estables. Para Hume, las convenciones son muy necesarias aunque no son dables a una justificación íntegramente racional. Así, niega que en la ética puedan sustentarse teorías racionalistas de un derecho natural extraído de la razón como una pauta de las leyes humanas que puedan, al igual que la razón, ser una y la misma eternamente. El sentido moral surge de la valoración de las pasiones, los sentimientos y los impulsos del hombre (destacando la simpatía altruista, como facultad del hombre de participar en los sentimientos de los otros) según sean útiles o agradables.

Al negar la posibilidad histórica de un contrato social en las sociedades “civilizadas”, sostiene que *“no es el consentimiento expresado en el pacto social, lo que legitima el gobierno, sino la utilidad, que encuentran los hombres que nacen en un estado determinado, que les garantiza la paz y la seguridad.”*⁴⁵ Hume considera que el dogma del contrato social nunca fundamenta la transición del estado de naturaleza al estado cívico-social, ya que el argumento de los contractualistas de por qué debemos obedecer las normas emanadas de la autoridad política (contratada), es que el contrato social nos compromete y obliga a obedecer.

“Sin embargo, cabe preguntarse, ¿por qué tenemos que ser fieles y obedientes al contrato social? ¿Por qué debemos guardar nuestras promesas? Si no queremos caer en un círculo vicioso, tendremos que dar una razón que no recurra al contrato social. Supongamos que dicha razón es *R* (*R* es cualquier razón distinta del contrato social. Para Hume *R* es: *porque de otro modo no podría subsistir la sociedad*). Si esto es así, parece claro que también podríamos haber recurrido a *R* para dar cuenta de nuestra obediencia al poder político, sin necesidad de pasar por la hipótesis del contrato social. Pero si eso es así, la teoría del contrato social no tiene ningún sentido. En definitiva, si aplicamos a la hipótesis del contrato social el mismo argumento que nos ha llevado a proponerla, entonces resulta que llegamos a la conclusión de que dicha hipótesis es falsa, salvo que queramos aceptar la teoría que afirma que el contrato social se fundamenta en el propio contrato social, lo cual equivaldría a un argumento ilógico y perogrullado.”⁴⁶

⁴⁵ Fuentes López, *Op. Cit.* p. 209.

⁴⁶ <http://www.ehu.es/aarrieta/apunteak/contractualismo.pdf>. Citado el 20 de abril-2010, 16 hrs.

Considero que Hume empíricamente acierta al explicar que los móviles de la cohesión social son de carácter histórico y no racional, así como al evidenciar las inconsistencias apriorísticas del contractualismo y su falta de fundamento fáctico, no obstante gracias a su materialismo cósico, desconoce el carácter científico a todo conocimiento que no sea de lo material, negando la posibilidad o “existencia” a entidades (como la filosofía primera) o fenómenos inmateriales, tales como los valores morales e incluso postulados emancipatorios como los derechos humanos, que en la praxis real son producto del quehacer político y de los movimientos sociales.

Uno de los representantes modernos más retomados en la cuestión de la homogeneización social, incluso hasta hoy, es Rousseau (sin menoscabo de otros autores como Locke –que decía que los hombres para poder vivir en sociedad debían renunciar al poder que la ley natural les otorga a través de un contrato que funde un orden social-, Hume –quien sostenía que lo que une a los hombres es la simpatía y la utilidad-, Hobbes –quien habla de un orden artificial creado por un pacto social donde los hombres renuncian a ser naturalmente libres y evitar que los hombres se enfrenten- y Montesquieu –quien propone la división de poderes en el estado-), quien sostenía que “*la ley de las mayorías en los sufragios es ella misma fruto de una convención que supone, por lo menos una vez, la unanimidad*”⁴⁷, donde la soberanía recae en el pueblo, es decir, el auténtico soberano es la voluntad unida de todo el pueblo, de tal manera que ese mismo pueblo sometido a leyes debe ser el legislador de las mismas.

Este pensador francés argumentaba cómo es que un gran pacto social (únicamente verificable en el plan lógico), al que denomina *contrato social*, podría comprometer a sus contratantes sin perjudicarse y sin descuidar las obligaciones que tienen cada uno para consigo mismo, y señalaba que era posible si se encontraba una forma de asociación que defendiera y protegiera “*con la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes.*”⁴⁸ Así, el contrato social derivado de una voluntad general no era un medio para asegurar seguridad y protección, sino constituía un fin en

⁴⁷ Rousseau, J. Jacobo, *El contrato Social*, Porrúa, México, 1971. p. 9.

⁴⁸ *Ídem.*

sí mismo, el objeto de de la moralidad social, determinada en gran parte por el deseo de protección.

Rousseau decía que las cláusulas de este contrato estaban determinadas por la “naturaleza” del acto y que la menor modificación las haría inútiles, de manera que, *“aunque no hayan sido jamás formalmente enunciadas, son en todas partes las mismas y han sido en todas partes tácitamente reconocidas y admitidas.”*⁴⁹ Quizá Rousseau pensaba a “todas partes” en razón de Europa, y “tácitamente admitidas”, a la voluntad de la sociedad Francesa.

Todas las cláusulas de dicho contrato se reducían a una sola: la enajenación total de cada asociado (junto con sus libertades del estado de naturaleza) hacia la comunidad política (pueblo), quedando en igualdad de condiciones respecto de los demás miembros, a pesar de las *fortísimas* inequidades y desigualdades sociales, materiales, educativas, ontológicas y subjetivas así como de la complejidad que se acentuaba a medida que se lograban “avances” en los menesteres técnico-científicos.

Por lo tanto en un acuerdo que fácticamente parte de diferencias materiales y ontológicas, y sólo formalmente indica igualdades, no puede haber, como lo pretendían las posturas contractualistas, una totalidad de sujetos que adquieran los mismos derechos que ellos ceden. Históricamente, la igualdad para el derecho ha sido un concepto relacional no una cualidad de la persona (como pretenden las ideas modernas), donde, entre los sujetos de una totalidad que son comparados, hay diferencias a partir de las cuales se valoran rasgos que son usados para justificar un trato diferenciado y que han sido variables a lo largo de la historia. Por ejemplo, todavía hasta la mitad del siglo XX en Estados Unidos existía una separación entre personas de raza blanca y de raza negra en el sistema escolar o en el de transporte público; hoy nadie defendería estos criterios, los cuales deben superarse con la praxis real y libertaria de diversos grupos humanos segregados. El derecho es necesario precisamente por que no somos iguales, y por ello debe ser perfectiblemente cambiante para equilibrar las diferencias que impiden el desarrollo, más allá de negarlas.

Si bien Rousseau reconoce la existencia de las desigualdades, busca una salida apriorística, idealista y metafísica al problema sin fundamentos convincentes para las

⁴⁹ *Ídem.*

nacientes sociedades capitalistas. Sostiene que la igualdad es un valor natural del hombre (en su estado primitivo, a quien considera más noble, fuerte y espontáneo), que al nacer es bueno pero se pervierte por la figura de la propiedad privada de la sociedad, ya que una sociedad donde unos tienen demasiado y otros nada, no puede ser igualitaria. El contractualista opina, *a priori*, que *“los hombres debieron haber sido tan iguales entre sí, por naturaleza, como los son los animales de cada especie, antes que diversas causas físicas introduzcan entre ellos las variantes que observamos.”*⁵⁰ Admite dos clases de desigualdad, una natural o física (que ha establecido la naturaleza, tales como las razas, el sexo, edad, fuerza, etc.) y otra moral o política; ésta última es denunciada por él (en su *Discurso sobre la desigualdad*) como una serie de desigualdades artificiales que han dividido a los hombres entre privilegiados y menesterosos. *“Este tipo de desigualdad se acrecentó a medida que se desarrollaba la humanidad, llegando a ser permanente por la constitución de la propiedad y las leyes.”*⁵¹ Pero como resulta imposible que Europa retroceda al estado de naturaleza ensalzado por nuestro autor, la salida a este problema, dice, es el “amor”, un “amor de sí” (opuesto al amor propio egoísta e individualista) que consiste en *“amarse a sí mismo como parte integrante de la humanidad, algo como una caridad laica, y de la suma de esos amores propios deriva la voluntad general, diferenciada e integrada.”*⁵²

Tal vez el propósito Rousseauiano es muy noble, pero no deja de ser metafísico y hasta contradictorio con algunas libertades del pensamiento ilustrado (como la de propiedad), además de demandar un compromiso moral homogéneo de los hombres muy fuerte y casi imposible. Finalmente no podemos decir apriorísticamente que la propiedad privada, *per se*, sea el origen constitutivo de la desigualdad política, que si bien ha contribuido a ésta en las sociedades, no es su fundamento, piénsese por ejemplo en los mal llamados países socialistas soviéticos, quienes institucionalizaron una propiedad colectiva donde absurdamente “todo era de todos”, conduciéndose a la paradoja de la desigualdad, la opresión y el fetichismo.

Por otro lado, Rousseau establecía que al entregarse los hombres a la sociedad civil, sin reserva alguna, la unión resultaría perfecta e inclusive ningún asociado tendría

⁵⁰ Sanguinetti, Horacio, *Curso de Derecho Político*, Astrea, Buenos Aires, 2000. P.147.

⁵¹ *Ídem*.

⁵² *Ibidem*, p. 148.

nada que reclamar, ya que en caso contrario, si se quedasen algunos derechos a los particulares, cada uno siendo hasta cierto punto su propio juez pretendería serlo pronto en todo y en consecuencia el estado natural subsistiría. Así las cosas, este pacto pretendía establecerse como el único, rígido, inmutable y dogmático, con un determinismo ontológico acentuado y un idealismo de legitimidad jurídica de toda la humanidad. La idea Rousseauiana, aunque de intentos más democráticos y emancipatorios, no ayuda de mucho a la evaluación de la legitimidad jurídico-política de las sociedades concretas actuales, pues su idealismo abstracto y sus fundamentos apriorísticos chocan con las realidades. El pensador francés nos pide que si bien el contrato como momento o fenómeno histórico nunca se ha dado en el mundo, su “existencia” debe ser supuesta (*a priori*) para salvaguardar y reconocer los derechos fundamentales de los hombres, sosteniendo que la unión social deriva de la naturaleza humana apoyada por principios éticos “universales” (dogmas de la tradición).

Es impensable e imposible que un orden de cosas permanezca inalterado a medida que el mundo se transforma y que reclama el concurso de nuevos derechos, a la par que surgen nuevas necesidades humanas. Además es ideológico creer en la perfección de las creaciones humanas, como son los consensos sociales, pues desde el momento en que se excluye, se daña o se lastima a algún sujeto o grupo de sujetos, hay víctimas, y si hay tales, no puede haber perfección; si bien pueden ser perfectibles las creaciones institucionales, nunca serán perfectas, pues hablar de lo perfecto es referirnos a estructuras acabadas, inmutables, incuestionables y que dan soluciones eternas además de negar a las víctimas.

En este sentido, el discurso de los D.H. que los califica como “principios universales” en abstracto, que surgen *a priori*, y que han sido consensuados por la humanidad de una vez y para siempre, gracias a la idea de un contrato universal, implica una incuestionabilidad e inmutabilidad de dichos principios (en tiempo y espacio). Sin embargo la praxis real, ético-política, libertaria y legítima de los pueblos en lucha por reivindicaciones jurídicas, evidencia la incongruencia de este discurso con los hechos. Como dijimos en el subtema anterior, la idea de “derechos” humanos se refiere, en la praxis real y desfetichizada, sí a postulados e ideales regulativos cuyos “legisladores” son las comunidades; a criterios de orientación en la transformación social necesaria

ante las nuevas necesidades y los nuevos retos de las comunidades mundiales, pero que surgen desde las víctimas, que cada pueblo en su devenir histórico descubre, acepta y lucha continuamente por su reconocimiento y su perfectibilidad a través de instituciones jurídicas que, basadas en tales principios, materialmente comiencen a transformar su realidad concreta.

Para entender lo anterior debemos distinguir entre las posibilidades lógicas (lo que puede ser pensado o idealizado sin contradicción) y las posibilidades empíricas (lo que realmente puede realizarse). Los postulados (como los D.H.) son enunciados lógicamente pensables pero imposibles empíricamente (imposibles de manera perfecta y total); constituyen un marco para la acción, un límite u horizonte para la acción del estado y los hombres en sociedad, no son fines para la acción (tal como pretende el discurso mundial actual) sino que *“orientan la praxis hacia sus fines fijando un horizonte de imposible realización empírica pero que abren un espacio de posibilidades prácticas más allá del sistema vigente”*⁵³ (sistema que en el discurso tiende a ser interpretado como natural y no histórico) y surgen *a posteriori*.

Así, la idea de un contrato social, debemos entenderla en la praxis real como un postulado que continuamente debe ser revisado y renovado, dejando de ser concebido como un fin, como un pacto apriorístico acabado, indestructible, inmodificable y perenne. *“Servirá como un modelo de perfectibilidad para sistematizar la experiencia. Dado que tal idea no está destinada a un uso constitutivo de la experiencia, sino a uno regulativo, no sirve como criterio para legitimar regímenes políticos concretos.”*⁵⁴ Si continuamos con fundamentos apriorísticos en materia de consensos, vistos como fines en sí mismos, cualquier postulado metafísico podría justificar sistemas injustos y despóticos (tal como se han justificado la imposición de esquemas económicos y el propio discurso de los “derechos” humanos en Afganistán, Irak, América latina o en el conflicto entre Serbia y Kosovo).

Si tenemos, por ejemplo, $2+2=4$, esto es cierto por que es una abstracción matemática y es un principio universal apriorístico y sería lógicamente posible a nivel discursivo del contrato social, pero en la vida concreta, en el caso de un acuerdo social,

⁵³ Dussel, *Op. Cit.* pp. 129 y 130.

⁵⁴ Cortina, Adela, *Op. Cit.* p. 11 (en versión digital).

de una votación parlamentaria o de una campaña política en la que se asocian personas afines, 2 voluntades + 2 voluntades no son precisamente igual a 4 voluntades, por que en el camino alguien me puede traicionar, puede cambiar de parecer o simplemente no ser tomado en cuenta, de manera que en un contrato social siempre se generan víctimas.

La mayoría de las concepciones contractualistas de forma idealista consideran como soberano y detentador del poder político al “legislador universal” o conjunto de ciudadanos, un poder en gran medida transfigurado en la ficción del estado; no obstante muchas postulan que el cuerpo político o el ente soberano (aparentemente la comunidad política) no pueden jamás obligarse a nada que derogue el pacto social existente (estado de cosas), pues violar el acto por el cual tienen existencia significaría su propia aniquilación; sin embargo como ya señalé con anterioridad, los nuevos derechos, las nuevas conquistas y los avances en materia de derechos del hombre, se han dado en virtud de los movimientos sociales y de las nuevas ideas argumentadas a la luz de las razones y de la justicia; movimientos sociales que en ocasiones surgen contra la misma ley vigente que se pretende inmutable, justa y perfecta perennemente, y contra el supuesto contrato social, que en nuestros días obedece a las leyes e intereses del mercado (intereses de poder).

En esta misma tónica, Rousseau señala que *“estando formado el cuerpo soberano por los particulares, no tiene ni puede tener interés contrario al de ellos; por consecuencia la soberanía no tiene la necesidad de dar ninguna garantía a los súbditos, por que es imposible que el cuerpo quiera perjudicar a todos sus miembros.”*⁵⁵ Todo esto dio condiciones propicias, y hoy día justifica, al fetichismo del poder político (es decir, su corrupción), pues gracias a esta inmutabilidad y a la figura de los representantes políticos distintos y distantes de la comunidad política, quienes detentan el poder real, se produce un proceso de inversión, ocultando la negación de uno de los términos de la relación dialéctica entre gobernante y gobernado (o representante o representado), donde uno de los términos supone al otro y viceversa (en este caso, no podría haber gobernante sin gobernado, y no habría pacto social sin consenso).

⁵⁵ *Ibidem*, p. 11.

Gracias a la influencia de Hume y de otros pensadores empiristas, se gesta como tal la escuela del Utilitarismo, la cuál intenta dar su perspectiva acerca del contractualismo. Las posturas de los utilitaristas difieren mucho, pero consideran en común que los consensos y el gobierno no pueden justificarse o *“defenderse más que cuando es posible justificarle en relación a las necesidades humanas y en que la costumbre, la prescripción y el status, son a menudo mantos –únicamente justificados a sus propios ojos- que encubren intereses siniestros y privilegios injustos.”*⁵⁶

Bentham, fundador del utilitarismo, combate las posturas contractualistas del estado, basándose en una moral práctica y objetiva, que atendía a la realidad y no a la identidad política, argumentando, al igual que Hume, que es insostenible histórica y materialmente la verificación de hechos que respalden la teoría del contrato social, además de que tal postura acabada impide que un consenso social sea renovado respecto de las generaciones futuras que no participaron en el consenso original. *“Algunos autores han propuesto el concepto de contrato tácito o potencial para salir este problema (en el fondo se trata del problema de la perpetuación de los contratos). Sin embargo el utilitarismo considera que la existencia de un contrato o consenso tácito no encaja con hechos políticos básicos.”*⁵⁷

Consideran, por un lado, que los deberes del hombre se asumen frente a los demás hombres, únicos seres capaces de sentir dolor o goce y no frente al Estado u otras abstracciones, y por otro, que el estado no surge de una creación artificial sino de las necesidades sociales que promueven la búsqueda de la felicidad como fin del estado y sus leyes, donde la fuente de la norma jurídica es el soberano (persona o grupo de personas a cuya voluntad se sujeta la comunidad política para prestar obediencia); buscando siempre felicidad para el mayor número, asociada al placer o lo agradable, como un imperativo ético. En este sentido, los utilitaristas replantean el principio de utilidad como un criterio por el cual se aprueba o desaprueba una acción (una unión social a manera de contrato, por ejemplo) en relación con la tendencia o la capacidad que ésta tiene de procurar el máximo de felicidad para la parte en cuestión, de manera que el interés de la comunidad descansa en la suma de los intereses de sus distintos

⁵⁶ Mayer, J.P., *Trayectoria del pensamiento político*, FCE, México, 1966. P.135

⁵⁷ <http://www.ehu.es/aarrieta/apuneak/contractualismo.pdf>. Citado el 21 de abril-2010. 17 hrs.

miembros; así, el bienestar material asociado a las estructuras capitalistas, comienza a servir como un indicador de la felicidad. Es así como las teorías utilitaristas comienzan a ser las “defensoras de oficio” de la “nueva nobleza” a quien en realidad representaban, pues la idea de una maximización materialista de la riqueza vista como felicidad defendió los intereses de los propietarios y los hombres de negocios, quienes pregonaron la idea de un estado destinado únicamente a fomentar la concurrencia anárquica de las empresas privadas. Además Bentham consideraba que el hombre no tiene más facultades que las que la ley le otorga. Si admitía la resistencia a la opresión, era como imperativo moral e imposible de trasladarse a lo jurídico, pues ello significaría su negación; de esta forma anticipaba ya al positivismo jurídico.

A pesar del intento de los utilitaristas por buscar una justificación o proporcionar una explicación de la cohesión y la moral sociales, la idea de la utilidad fue inútil como guía para la administración de los estados y no resolvió los problemas de gobierno suscitados una vez que llegaron al poder los revolucionarios burgueses, que constituyeron la nueva clase gobernante.

Considero que el utilitarismo, dista mucho de darnos una salida humanista y emancipatoria para poder legitimar y justificar las conquistas sociales derivadas del quehacer político (asociado a lo antropológico, lo ontológico, lo cultural, lo económico, etc.) tales como los derechos humanos en la praxis real, además de ser incompatible con el discurso idealista de tales derechos.

Richard Posner, sostiene tres objeciones al utilitarismo⁵⁸:

- 1) El problema de la medición. ¿Cómo puede medirse la satisfacción subjetiva en términos objetivos?
- 2) El problema de la monstruosidad moral. ¿Cómo ponderamos las satisfacciones del criminal y de la persona no productiva? Existe para el utilitarismo la dificultad de hacer distinciones morales entre clases de placer, pues si mientras una persona *A* logra más capacidad de placer arrancando las alas a las moscas, que una persona *B* que alimenta ganado, se tendría que *A* es mejor persona o logra los fines del estado.
- 3) El problema de los límites. ¿De quién son las utilidades que cuentan?, ¿cuenta la felicidad de los animales? ¿La de las futuras generaciones?

⁵⁸ Roemer, Andrés, *Introducción al análisis Económico del Derecho*, FCE, México, 2008. pp. 29 y siguientes.

El utilitarismo al pregonar que “el mayor bienestar para el mayor número”, abrió la discusión de si la meta utilitaria debe ser maximizar la felicidad promedio o la felicidad total. Si dijéramos que la primera, podríamos atrevernos a decir que es correcto dar muerte a la mitad de la población más pobre de Bangladesh ya que aumentaría el nivel de vida de la mitad restante y su felicidad subjetiva (pues habría mas disponibilidad de recursos naturales y satisfactores), pero la felicidad total podría ser menor. Si la meta fuera la felicidad total a manera de imperativo ético, en una relación obrero patronal tendríamos que discernir cuál utilidad es la que cuenta, ¿la del trabajador o la del empresario? Esta meta solo podría darse dejando en la miseria a grupos de gente en pro de la mayoría, sacrificando a grupos de individuos en favor del mayor bienestar de los demás. Si esto fuese así sería correcto matar a un vagabundo para quitarle sus órganos en beneficio de varios hombres que podrían ser más “productivos”.

El utilitarismo es, primeramente, incompatible con el discurso de los derechos humanos pues por un lado niega coercibilidad a la moral al invocar la falacia naturalista; identificando al valor con la categoría del deber reconocieron la imposibilidad lógica de derivarlo del ser, por lo que tuvieron que situarlos en dos esferas separadas: el mundo del ser y el de los valores (deber ser). Los postulados del pensamiento ilustrado (“derechos” del hombre como *deber ser*) contrarios a los hechos pretendían mostrarse al mundo como derivados o construcciones del *ser* a pesar de su abstracción, sus bases metafísicas y de ser el discurso de unos cuantos secundados por las masas a quienes se dejó de reconocer como iguales en una sola causa. Por otra parte también es contrario a la noción que llamo praxis real, pues al igualar a la moralidad con la utilidad, niega tanto la posibilidad de una emancipación de los poderes fácticos, como al humanismo yacente en los movimientos sociales y su correspondiente acción política que engendra a su vez nuevos fundamentos morales que forjen nuevos derechos positivos construidos y reconocidos desde el pueblo hacia el gobierno.

Quizá los utilitaristas fueron la última escuela de pensadores que intentaron explicar la idea de la sujeción social al estado así como la razón de ser del propio derecho y su correspondiente validación sin atender a bases naturalistas y tan apriorísticas. No obstante, contribuyeron a que el empirismo llegase a establecerse como hegemonía del pensamiento científico del siglo XIX, gracias al positivismo, cuyo maestro es Comte,

según el cual, para que un pensamiento sea verdaderamente científico: a) debe constituirse sobre hechos perceptibles por los sentidos; b) debe ser comprobable empíricamente y c) debe ser formulado en leyes. Dejaron así de buscar salidas o justificaciones para los enunciados normativos, sujetándolos a los esquemas deterministas del positivismo jurídico, cuyo instrumento constructivo, valorativo, interpretativo y aplicativo fue y es hasta hoy, la lógica. De esta manera, la influencia positivista ha sido avasalladora hasta nuestros días sobre todo en la práctica, que niega la praxis real y emancipadora de los derechos humanos.

Derivado de las ideas de pacto social, contrato social, el utilitarismo y la razón instrumental, surge el concepto de estado moderno, replanteado teóricamente y políticamente por los precursores del positivismo analítico fundamentalmente (sin menoscabo de otras posturas como la anarquista, la naturalista, la plural-funcionalista, y la marxista, que en la praxis política fueron tomadas muy poco en cuenta). Los positivistas analíticos pensaban que al consolidar un sistema jurídico, bien establecido y consensuado, el derecho deja de ser una manifestación de aquellas conductas ideales a las cuales nos queremos sujetar para poder vivir en sociedad (deber ser), convirtiéndose en una condición del ser, pero sólo para el jurista, donde ahora la norma no se califica con referencia a la realidad sino con referencia al sistema de normas que ha sido creado, y para validar las condiciones de existencia "científica" de las normas, el derecho recurrió al raciocinio lógico (no se califica el hecho de que pueda o no existir una norma, sino su pertinencia o no pertinencia con el sistema creado, esto es, que las nuevas normas no sean contrarias a la norma fundante ni a los principios que enarbola). Por tanto, la construcción de nuevas normas desecha de su contenido y sustento pretensiones sociales, económicas así como elementos valorativos y ontológicos, ya que esto es política jurídica (a pesar de ser elementos fundamentales para el desarrollo de la vida humana).

Por lo anterior, la lógica se vuelve fundamental al dar consistencia a un sistema jurídico, ya que si una norma no está lógicamente facultada, acorde con la norma fundante, se está operando contra el sistema (esto da pie a la inconstitucionalidad y a la anticonstitucionalidad de una norma).

La nueva forma de pensar al derecho como una “ciencia” comenzó a entender al estado como orden jurídico *centralizado* dentro del cual se encuentran los hombres asociados; así lo deja ver uno de los apologetas del pensamiento analítico-jurídico: Hans Kelsen. En su *Teoría general del Derecho y del Estado* se refiere al estado en el sentido que nos interesa: el estado como sociedad políticamente organizada (el estado como poder), señalando que una sociedad, en cuanto unidad, consiste en una organización y que toda organización implica un orden. El carácter político de dicho orden se da por que es un orden coercitivo, y para que ello sea, la comunidad políticamente organizada monopoliza el uso de la fuerza y lo regula. La coercibilidad de este orden es el derecho, el cual confiere poder, que implica autoridad (esto es, una relación de superior a inferior); pero dicha autoridad sólo es posible si el orden (jurídico) dado, faculta para mandar y obliga a obedecer. “*El poder social solo es posible dentro de una organización social. Esto es particularmente evidente cuando no pertenece a un solo individuo, sino, como casi siempre ocurre, a un grupo de individuos...El poder estatal es el poder organizado por el derecho positivo...*”⁵⁹

La idea del derecho como poder, ha justificado que la institución de los representantes populares (hoy en crisis de legitimidad y de credibilidad dados los abusos de poder de los gobernantes y su ineficacia en muchos países de tercer mundo) sea la intérprete de la voluntad general, de manera que lo que los gobernantes arbitrariamente deciden sin consulta popular, se presume tácitamente como lo que el pueblo podría o debería querer; gracias a ello se dice que el representante “toma” el poder representando al pueblo, así es como el poder político se fetichiza (se invierte la sede del poder). El poder, a nivel formal reside en la comunidad política, pero se ha debilitado, intimidado e impedido su expresión democrática. Para tener la facultad del *poder* la comunidad debe poder usar mediaciones, técnico-instrumentales que permitan empíricamente ejercer su voluntad de vida (un querer seguir en la vida) desde el consenso popular, que aunque se alega que hay dichas mediaciones (como el voto, en algunos casos el referéndum, la reelección y la revocación de mandato, medios de queja y denuncia) no son suficientes y no siempre son creadas democráticamente⁶⁰.

⁵⁹ Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, pp. 226-227.

⁶⁰ Ahora bien, en la praxis real, no se trata de que, en una comunidad políticamente organizada bajo la coerción del derecho, las investiduras de gobierno sean precedidas por el pueblo en abstracto o de que la coercibilidad sea

Esto, además, niega la posibilidad de que las conquistas ético-jurídicas derivadas de la praxis real de los movimientos sociales, de actos y hechos socialmente legítimos, pero legalmente prohibidos o negados, se puedan materializar si el orden jurídico dado es contrario o si no es compatible con las nuevas reivindicaciones o necesidades sociales.

Si el poder sigue considerándose sólo como “creación u otorgamiento” del derecho positivo, circunscribiéndose a un grupo de personas y no a la comunidad, dándose una relación de ajenidad entre los sujetos sociales y el aparato político, entre los sujetos y el derecho mismo, entre el poder y la comunidad política, difícilmente podremos hablar de la positivización de principios éticos fundantes últimos, y mucho menos de categorías jurídicas libertarias, como los derechos humanos en la praxis real.

No debemos olvidar que en los fundamentos generales de los actuales sistemas democráticos, los representantes gubernamentales en el estado no son los titulares del poder, ni se les concede dicho poder, se les delega la tarea de administrarlo, de mandar obedeciendo, a través de instituciones concretas.

En este sentido, la creación del derecho no puede seguir circunscrita únicamente a un aparato burocrático fetichizado, sino que deben reconocerse y crearse mecanismos institucionales renovados, de los más variados, pero surgidos desde la pluralidad de las nuevas sociedades (no desde las esferas de gobierno hacia el pueblo), para así acordar principios y normas que rijan las conductas humanas con una convicción subjetiva en dichas normas.

Por otro lado, no podemos seguir argumentando que aquellos sujetos plurales que se rehúsen a reconocer un “pacto social” o la “voluntad general” modernos, deben ser ignorados y subsumidos como víctimas a lo determinado por todo el sistema (en cuestión de los derechos humanos y de otras categorías jurídicas donde se ha ignorado a las periferias), dejando de lado la convicción subjetiva de los componentes comunitarios; subjetividad que implica otro grave problema, al verse fetichizada y

aplicada por una masa sin rostro. El poder reside en la comunidad política que es el soberano, pero delega sólo el ejercicio de sus funciones a los representantes que deben ser susceptibles de revocación cuando el pueblo juzgue mayoritariamente conveniente, y que debieran mandar obedeciendo, como dicen los zapatistas en México. Y el monopolio de la fuerza si es menester cederlo a instituciones creadas democráticamente por la comunidad. Pero en ningún momento, al menos en los regímenes democráticos, debería hablarse de otorgar o ceder, el poder a los representantes.

subsumida bajo el capital, cosificando y dominando la psique de las masas bajo el consumismo, la forma mercancía en las relaciones sociales, la tecnificación, la otredad, entre otros elementos (problema que incluso ha llevado a la inobservancia subjetiva de principios fundamentales y necesarios como el respeto a la vida y a la salud) cuyo análisis a fondo no me corresponde en este trabajo, pero que es lamentable se de en nuestras sociedades, pues ello implica más trabajo en cantidad e intensidad por hacer.

Quisiera aclarar que tampoco se trata de relativizar todos los principios fundantes y esquemas de las comunidades; debemos impulsar una actividad hermenéutica, donde a la luz de las razones se evalúen y jerarquicen los principios que más se acerquen al ideal regulativo que la comunidad mundial logre consensuar, pero antes de eso hay que recobrar el sentido hacia el que pretendemos ir, ver las fallas y tomar en cuenta a la pluralidad humana.

Así las cosas, es todavía más complejo plantear una integración jurídica y legítima de los D.H. a nivel constitucional atendiendo al esquema establecido por los analíticos, ya que las normas fundantes de muchos sistemas jurídicos no reconocen, sino otorgan derechos, de manera que no consideran el actuar y el sentir vigente de una comunidad política, la cual se relaciona en sus partes integrantes ajenamente con su constitución, donde el sujeto es un individuo que custodia derechos vistos como abstracciones lejanas, ajenas e inmerecibles; esto no puede ser si se quiere plantear la positivación de nuevos derechos producto del quehacer político de las comunidades, y a la vez existen limitantes del orden vigente “perfecto”, un dios intocable, omnisapiente, un arquetipo lógico del cual depende la integración de nuevos derechos que debieran pensarse desde y para las sociedades plurales, donde no solo se reconozca la diferencia, sino se establezcan prerrogativas y obligaciones justas de acuerdo a la condición de cada sujeto social, no de forma perfecta pero si perfectible.

Los mitos homogéneos de la modernidad comienzan a entrar en desuso y sus posibilidades de realizarse parecen cada vez más lejanas y contradictorias en las circunstancias mundiales actuales, lo cual hace más necesario impulsar la praxis real de los D.H. La otredad como elemento de indiferencia, exclusión e incomprensión entre los sujetos sociales es una de las causas; otro elemento determinante son las relaciones sociales (productivas, de intercambio, éticas, políticas, económicas y

jurídicas) de carácter capitalista desarrolladas a lo largo de la modernidad, las cuales ponderan a las mercancías al estatus de “sujetos” actores de las relaciones sociales y fundamentos de los cuales emana la riqueza de las comunidades.

Hasta nuestros días seguimos esperando las promesas de cambio y expectativas de futuro, de una emancipación del esoterismo (hoy forjado por las ideas incuestionables del mercado y su moral), de un contrato social en condiciones de igualdad independiente de la realidad social y territorial de cada sujeto, e incluso una homogeneidad humana (que ni siquiera en el plano mercantil y capitalista se ha logrado, en cuanto proceso de integración y subordinación al modelo capitalista). Seguimos esperando que, por la fuerza, a través de la industrialización y la tecnificación de las relaciones sociales (hombre-hombre y hombre-naturaleza) logremos erradicar las diferencias regionales y materiales, seguimos esperando que a través de la uniformidad en la producción, el consumo y el comportamiento logremos acuerdos e igualdad.

La idea de una modernización y desarrollo como se ha planteado hasta ahora no ha podido resolver los problemas de pobreza, atraso, desnutrición, aislamiento, exclusión, indiferencia, otredad, desacuerdos, incompreensión y complejidad que los derechos humanos a nivel discurso apriorístico pretenden subsanar, pues los esquemas pragmáticos contradictorios con sus doctrinas y las ideologías individualistas, de mercado, liberalistas y científicistas han conducido a este caos múltiple. Por tanto, es imposible hablar en la actualidad de homogeneidad o consenso social universal a través de un contrato social del cual pueda derivar un sustento ético-jurídico y un orden jurídico legítimos para una totalidad concreta, o peor aún, para el mundo, universalmente hablando, tan plural. ¿Como puede entonces, ser posible hablar de un sistema de normas cuyo mandato adquiera validez ante mi voluntad y la de otros, universalmente, tal y como lo pretende el discurso etnocéntrico de los derechos humanos que, paradójicamente⁶¹, desconoce en gran medida, la praxis real emancipatoria de éstos?

⁶¹ Piénsese por ejemplo, en las luchas independentistas y de liberación en el Congo o Uganda, donde los “casos azules” de la O.N.U. han destazado los reclamos y la esperanza de aquellas víctimas negadas por el orden mundial quienes luchan (por vías armadas y/o políticas) por el reconocimiento a sus derechos de soberanía, independencia, de su propia vida, etc. O bien, rememoremos la primer guerra por la defensa de los D.H. en Kosovo, donde la OTAN bombardea blancos en Kosovo, Serbia y Montenegro en nombre de una humanidad amenazada matando a miles de civiles inocentes.

[1.3.] Los modos jurídico-productivos modernos con propósitos de lucro (formalismo), no de uso.

La modernidad en sus orígenes, planteó una emancipación de los atavismos de la tradición, aspirando al progreso, la felicidad, la fraternidad, la igualdad (homogeneidad social, económica, jurídica y cultural) basados en la ciencia y la tecnología cada vez más desarrolladas, las cuales llegarían en un futuro mesiánico a satisfacer en abundancia las necesidades de los hombres, erradicándose cada vez más la escasez y la concentración del valor creado por los hombres en los procesos socio-productivos.

Para explicar este apartado me apoyaré en las categorías de Marx de la económica, aplicándolas a la política y a la cuestión jurídica, de tal manera que los conceptos como *necesidad, valor, trabajo, modo de producción, relación social*, entre otros, no están subsumidos a conceptos economicistas o de producción mercantil, sino que tienen una implicación en todos los ámbitos del quehacer material e intelectual del ser humano, como es el caso de los modos y procesos merced los cuales se descubren, se configuran y crean institucionalmente nuevos derechos ante las nuevas necesidades humanas derivadas del mundo rápidamente cambiante.

Hay autores que piensan que los teóricos de la ilustración y otros posteriores de la modernidad, construyeron categorías y concepciones teóricas mal intencionadas, a fin de legitimar la dominación, la manipulación y la opresión del poder jurídico-político, fetichizado con el tiempo, sobre la población. No se hasta que punto pueda ser esto un argumento convincente, pues las consecuencias no siempre tienen que ver con las intenciones.

Considero que es menester otorgar el beneficio de la duda a aquellos pensadores modernos, precursores del pensamiento jurídico, político, económico y sociológico, y partir de que sus intenciones teóricas pretendían el bienestar y la superación de opresión del hombre. Kant, por ejemplo, cuando describe qué es la ilustración hace referencia al surgimiento de un derecho moderno para personas ilustradas, para personas que iban a ser emancipadas, pero que, sin embargo, dados los procesos capitalistas del siglo XVII y posteriores nos han engañado fetichizando dicho derecho convirtiéndolo en un sistema de opresión, es otra cosa muy distinta.

El derecho moderno surgió con una intención que hasta hoy no se ha cumplido, y no se ha cumplido por obvias razones, que no considero que tengan que ver con una mala intención de los constructores de los fundamentos ético-jurídicos, sino de apostar todo a la ciencia y a la técnica como motores del progreso, y la adopción de los fetiches modernos, metarrelatos que fueron encauzados a intereses de poder, dejando de lado, las comunidades, la confrontación ontológica como vía o referente para ver hacia donde vamos; considero que el problema está en los medios o instrumentos aplicados para lograr el fin, y en el fin como tal, en la metafísica idealista que la modernidad no logró superar al construir sus categorías y fundamentos jurídicos y en sus fines empíricamente irrealizables.

Así las cosas, pienso que es en este momento cuando comienzan a darse aquellos procesos de inversión y ocultamiento de la negación de uno de los términos (los hombres-sociales), ponderándose como fines e instrumentos por excelencia a los modos de producción capitalista así como a las relaciones sociales establecidas por el capital, de manera tal que comenzaría la construcción del derecho como un instrumento burocrático y crematístico que institucionalizaba la cada vez más infinita capacidad de producción y reproducción material en contraste con su incapacidad de satisfacer de las necesidades humanas.

Esta coyuntura fue respaldada por el formalismo jurídico, el cual comenzó a adueñarse de todos los procesos de reconocimiento, creación, interpretación, aplicación y regulación de lo jurídico, subsumiendo, incluso, los fundamentos mismos del derecho a una simple forma, permitiendo así la legitimación de hecho y de derecho, de intereses privados de las clases capitalistas. El derecho positivo más allá de ser un orden que organizara y limitara el uso de la fuerza física para la seguridad de los hombres, ha sido el fundamento de los abusos de poder legalizados.

Retomando a Marx⁶², considero fundamental tener en cuenta que, en primer lugar, el derecho (desde la praxis real) es un *valor de uso*, una entidad dentro del estado, creada por el hombre, dirigida hacia el exterior, es decir, hacia las conductas humanas materializadas, y que merced su esencia satisface necesidades humanas, sea como medio de subsistencia, es decir, como un instrumento de disfrute, gracias al

⁶² Marx, Karl, *El Capital*, Tomo 1, libro 1, Siglo XXI, México, 1987. p. 43 y siguientes.

reconocimiento de ciertas prerrogativas (a la comunidad política y al sujeto particular), o bien como medio de producción (de las más variadas relaciones sociales, que son desde esta óptica las constitutivas de la riqueza social) gracias a que institucionaliza ciertas relaciones sociales de *hacer o no hacer* (poniendo límites a los sujetos en Pro de terceros). De esta manera, el derecho tiene una *utilidad*⁶³ frente a diversas relaciones sociales cuyo reconocimiento institucional es requerido a medida que los sujetos trans-históricos se topan con nuevas necesidades así como con nuevos obstáculos que impiden su desarrollo dentro de la comunidad política, y por consiguiente buscan satisfacerlas con la búsqueda, surgimiento o descubrimiento de nuevas prerrogativas, instrumentos o fundamentos concretos que, siendo coercibles, reglamenten tales relaciones humanas.

En ésta tónica señala Marx que, *“el descubrimiento de esos diversos aspectos (en los que puede ser útil el valor de uso) y, en consecuencia, de los múltiples modos de usar las cosas, constituye un hecho histórico”*⁶⁴; así, el derecho tiene la virtud de regular conductas de hombres en comunidad política, pero esta propiedad se volvió útil cuando por medio de ella, las comunidades primitivas encontraron seguridad y certeza en sus relaciones sociales. Es decir, *“los valores de uso constituyen el contenido material de la riqueza, sea cual fuere la forma social de ésta”*⁶⁵, de forma tal que la riqueza, en cuanto posibilidad de satisfacer las más variadas necesidades (materiales, culturales, intelectuales, espirituales, psicológicas, etc.) y en cuanto construcción de obras materiales e institucionales a partir de los consensos plurales, se constituye por relaciones sociales de las más variadas, las cuales conforman a los valores de uso de una comunidad dada, como es el caso del derecho.

El derecho moderno, sin embargo, comienza a desvirtuar este sentido gracias a las estructuras socio-productivas que comenzaron a imperar como las vías para alcanzar los fines de la modernidad por excelencia, y que el derecho como instrumento o valor de uso social institucionalizó, para luego el derecho mismo convertirse en un fin en sí

⁶³ Utilidad no entendida en el sentido utilitarista (que la asocia al placer en oposición al dolor) sino referida a aquella aptitud, poder o capacidad de satisfacer necesidades mediante relaciones sociales que, de forma humanista, reivindicuen y emancipen al hombre de las estructuras homogeneizantes, totalitarias y cósmicas.

⁶⁴ *Ídem*, el concepto de historia lo asociaremos como sinónimo de culturalización, como algo actual y presente, en oposición a lo lineal, progresivo o futurista como en la modernidad, en donde, se identifica a lo real con lo ideal.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 44.

mismo, quedando la comunidad política y el sujeto social de ésta (el ciudadano) como medios para lograr un fin; se perdió el sentido.

“Allí donde el Estado político ha alcanzado su verdadero desarrollo, lleva el hombre, no sólo en el pensamiento, en la conciencia, sino en la realidad, en la vida, una doble vida, una celestial y otra terrenal, la vida en la comunidad política, en la que se considera como ser colectivo, y la vida en la sociedad civil, en la que actúa como particular; considera a los otros hombres como medios, se degrada a sí mismo como medio y se convierte en juguete de poderes extraños.”⁶⁶

Partiendo de estas dos esferas de la realidad humana, podemos decir que no obstante que, los derechos humanos en la praxis real son derechos *políticos*, principios que buscan su materialidad en comunidad (no en la esfera privada, pues para ello está el derecho privado) y cuyo contenido es la *participación en la comunidad política*, en el *Estado*, el discurso de dichos derechos los transfiguran en los derechos del *miembro de la sociedad burguesa*, es decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad, y esto es así por que, por ejemplo, el discurso del derecho humano de la libertad no se basa en la unión del hombre con el hombre, sino, por el contrario, en la separación del hombre con respecto al otro.

El discurso e imposición etnocéntrica del derecho humano a la libertad es el derecho humano de la *propiedad privada*.

“¿En qué consiste el derecho humano de la propiedad privada?, el derecho humano de la propiedad privada es, el derecho a disfrutar de su patrimonio y a disponer de él arbitrariamente, sin atender a los demás hombres, independientemente de la sociedad, el derecho del interés personal. Aquella libertad individual y esta aplicación suya constituyen el fundamento de la sociedad burguesa. Sociedad que hace que todo hombre encuentre en otros hombres, no la realización, sino, por el contrario, la limitación de su libertad.”⁶⁷

Marx describe al ciudadano de la sociedad burguesa, como un sujeto cuya condición política es fetichizada institucionalmente por los derechos del hombre moderno, ocultándose la negación del ser político en el mundo gracias a la condición de sujeto libremente individualista que se desentiende del todo, creyéndose como independiente

⁶⁶ Marx, Karl, *Sobre la cuestión Judía*, ensayo de 1843, versión digital disponible en: www.marxismoeducar.cl. consultado el 11 de febrero-2010. 19 hrs.

⁶⁷ *Idem*.

y autosuficiente (material y trascendentalmente) frente al resto de la comunidad política pero a la vez dependiente de los arquetipos y de los objetos modernos; esto comienza a generalizarse cuando aparece dentro de la sociedad moderna-capitalista la forma mercancía dinero, como entidad abstracta y medio universal de intercambio, que se convierte en mediador de las relaciones sociales, cosificándolas, dando al sujeto individual la ilusión de no depender de la comunidad y de tener el poder y la disponibilidad de las cosas, merced la tenencia de cantidad dineraria.

Así, la esencia de la comunidad política, como un todo constituido con fines emancipatorios y de mutuamente satisfacer necesidades es presentada como un *deber ser*⁶⁸, como algo ajeno a la realidad material ya que el sujeto ahora, no depende de los sujetos, sino de los objetos, del “sujeto” dinero; es aquí, cuando los fines y metanarrativos modernos se invierten y obedecen a otros fines de poder. El sujeto social pasa a creer que no depende más de los sujetos ni, por tanto, de la comunidad política, sino de los objetos o entidades con *valor de cambio*⁶⁹ (se da una independencia personal, gracias al derecho humano, y a la vez una dependencia material, de las cosas), estableciendo que es utópico el hecho de que, “*no obstante lo*

⁶⁸ Sostengo que es falso presentar al *Ser* político como un *deber ser* ideal o utópico, pues aún en la sociedad capitalista (aunque de forma fetichista) nos guste o no, todos dependemos de los valores de uso generados por otros ciudadanos; son las relaciones sociales las constitutivas de la riqueza humana en tanto creadoras de valores de uso que permiten la reproducción social y cultural (material y trascendental), y todos sin excepción necesitamos de la producción de otros, así como otros dependen de uno; esto constituye un mundo del ser, de la realidad fáctica, que si bien en la modernidad capitalista pretende reprimirse la condición social de dependencia humana o necesidad recíproca presentándose como un cúmulo de relaciones de dependencia material (de las mercancías), no debemos perder de vista que el único creador y transformador de la realidad social es el hombre, no las cosas por sí, como si tuviesen vida propia y autónoma del hombre. El egoísmo o la individualidad observada por Marx no se refieren a la negación ilusoria y pueril de unirse fraternamente con otros sujetos por que me importan a mí, sino a la negación de depender de las relaciones sociales y de la comunidad misma en tanto que valor de uso y medio para satisfacer mis necesidades.

⁶⁹ Entiéndase este concepto como la mercantificación de la fuerza de trabajo (únicamente inherente al hombre) donde el hombre ve reducida su subjetividad a un objeto mercantil, de manera que la socialización (procesos sociales, como el trabajo) es puesta en el objeto, como la afirmación del *ser* en las cosas. Si alguien produce *x* cosa, se produce para alguien (sujeto), por tanto es una producción social; sin embargo la trascendencia del productor se afirma en la cosa (y de ahí la calidad de satisfactores que consumimos actualmente, como alimentos transgénicos, azúcares, harinas, derechos manipulados y otros elementos nocivos), pues lo que importa no son los sujetos y la riqueza de sus relaciones sociales, sino el valor mercantil (lucro) y por tanto no hay identidad entre las personas, además de que los sujetos así como la socialidad se me vuelven ajenos e incomprensibles, donde formalmente me relaciono con otros pero nos los entiendo; esto mismo pasa con la idea de derechos humanos, pues en el derecho como entidad formal, el sujeto se afirma, afirma su trascendencia en la norma abstracta o en los beneficios materiales establecidos en el papel y no en su capacidad política y creativa de nuevos derechos, ni en los destinatarios de la norma que conforman la comunidad política (que en participación simétrica aceptan y construyen legítimamente la norma). Así, por ejemplo, “sin alcohol, no hay reunión familiar o de amigos”, “si no hay norma positiva que reconozca mis nuevas necesidades, no puedo aspirar a nuevos derechos o situaciones benéficas”.

desiguales que pueden ser [los miembros de la comunidad], obra de todos los ciudadanos es la salvaguarda de la comunidad.”⁷⁰

Ante esto, la promesa de la modernidad y su proyecto humanista de emancipación y reivindicación del hombre a través de los derechos humanos va alejándose de ser tal y fue perdiendo el sentido de ser; esto se fue agravando a medida que la modernidad “progresaba”, dando pié a teorías del lucro y la crematística como el liberalismo, cuya posición fue que si el lucro es tan antiguo como la historia, y se da por un espíritu egoísta “innato” al hombre, es más fácil lucrar en una sociedad libre donde las únicas leyes operantes sean las de la naturaleza.

A todo esto, podemos agregar que la producción social, de la conciencia, de las ideas, de los derechos mismos, queda íntimamente ligada con la actividad material de los hombres (actividad que en su desarrollo generará nuevas necesidades); así

“...la moral, la religión, la meta-física [el propio derecho], y el resto de la ideología, juntamente con las formas de la conciencia correspondiente, pierden cualquier apariencia de existencia autónoma. No tienen historia ni desarrollo propio, son los hombres quienes desarrollando su producción material y sus relaciones materiales, modifican, junto con su existencia real, el pensamiento y los productos del pensamiento [las construcciones ideales como los fundamentos de los derechos humanos].”⁷¹

Bajo ésta lógica, es la vida (mundo fáctico) la que determina la conciencia y no a la inversa.

Antes de continuar, debo señalar que la idea de Marx de ver a los fundamentos morales del discurso de los D.H. básicos como representantes del sujeto egoísta y burgués, es por demás atinada y adelantada para su tiempo, pues fueron estas condiciones previas y posteriores al capitalismo en cuanto tal, las que determinaron en buena parte las condiciones para construir e interpretar categorías éticas y jurídicas regidas bajo las formas, medios, modos y necesidades creadas por la naciente sociedad del capital y que a su vez condujeron a la complejidad sociocultural que lleva marcada el pecado original de la otredad, que si bien este problema existía oculto desde antes, en cuanto multiplicidad de intereses, se desarrolló en la modernidad bajo

⁷⁰ Aristóteles, *Política*, libro 3º, capítulo 2º, Porrúa, México, 1997. p. 200.

⁷¹ Marx, Karl, *La ideología Alemana*, Ediciones de cultura popular, México, 1979. p. 38.

la forma mercancía; este análisis crítico de Marx, no es un tema sencillo ni mucho menos pueril, dada la profundidad y elocuencia teórica y material con que lo explica dispersamente en varias de sus obras y trabajos.

En el plano de lo jurídico, el derecho vigente (como entidad abstracta y general) se ha convertido en un fin de la modernidad, la meta de una civilización, dejando de ser un medio; y los destinatarios del esperado bienestar logrado por esas metas se han transfigurado en medios para dicho fin. Los ideales de la modernidad más allá de buscar su concreción, su especificidad en las comunidades, se consideraron como los fines últimos del proyecto de civilización universal y como la victoria final de la modernidad.

De esta forma, el discurso hegemónico y “oficial” de los derechos humanos se sustenta en arquetipos individualistas, abstractos, de escisión, dependencia de las cosas y no de los sujetos y paradójicamente “universales”; considero que, ante esta fetichización jurídica, es sumamente reivindicante y necesario repensar el concepto de ser político observado por Marx, en cuanto elemento fundamental para los sujetos que viven dentro de una comunidad política que, al menos pienso, involucra o incluye a todos los sujetos existentes pues ya que todos los sujetos sin excepción, de una forma u otra, vivimos bajo la forma de comunidad o sociedad (como ciudadanos, representantes o participantes) y, como señala Enrique Dussel en sus cátedras universitarias, todas las posibilidades humanas se politizan ya que la comunidad sigue siendo parte esencial de la vida humana *en* el mundo.

Todos los entes constituyen mediaciones de la política cuando éstos son situados, en tanto que entes mundanos, como teniendo valor político (valor en este sentido, es lo que sirve para un fin, como el derecho en tanto que valor de uso), así por ejemplo, el agua se vuelve una mediación política y adquiere valor político cuando un gobernador lleva agua a varias comunidades y la distribuye justa y razonablemente; en este caso será el agua una mediación de la aprobación del gobierno de tal gobernador pues lo que hace es afirmar la vida y el desarrollo de los ciudadanos.

En el caso de los sujetos, éstos no pueden dejar de lado su condición de politicidad mientras no renuncien a la comunidad política definitivamente, de la cual dependen para vivir y reproducir sus medios de existencia; pues ya sea como representante,

como elector, simple ciudadano (el que toma parte en los asuntos públicos) o sujeto con necesidades sociales, siempre estarán ligados a la comunidad política.

Así, señala Aristóteles:

“Si el hombre es infinitamente más sociable que las abejas y que todos los demás animales que viven en grey, es evidentemente, como he dicho muchas veces, porque la naturaleza no hace nada en vano. Pues bien, ella concede la palabra al hombre exclusivamente. No puede ponerse en duda que el Estado está naturalmente sobre la familia y sobre cada individuo, porque el todo es necesariamente superior a la parte, puesto que una vez destruido el todo, ya no hay partes... Lo que prueba claramente la necesidad natural del Estado y su superioridad sobre el individuo es que, si no se admitiera, resultaría que puede el individuo entonces bastarse a sí mismo aislado así del todo como del resto de las partes; pero aquel que no puede vivir en sociedad y que en medio de su independencia no tiene necesidades, no puede ser nunca miembro del Estado; es un bruto o un dios. La naturaleza arrastra, pues, instintivamente a todos los hombres a la asociación política.”⁷²

Según Aristóteles, el sujeto no puede renunciar a la politicidad, pues dicha condición le es natural e innata, ya que se une a la comunidad por ser social; esto es, en el sujeto se manifiesta una convicción no material apriorística de pertenecer a la comunidad, una convicción socio política por la que el sujeto busca bienestar aunque ello implique nuevas obligaciones que regulen su proceder. Este último aspecto, se ha relativizado por la heterogeneidad de conceptos y formas de interpretar el mundo y es insostenible de forma naturalista, por tanto hoy día no puede hablarse de una verdadera convicción *a priori* universal por la que un sujeto decide vivir atado y comprometido con una comunidad política y con su respectivo sistema jurídico, pues en las sociedades actuales, complejas y tendientes a la otredad, impera el individualismo, el ver al otro como distinto de mí y precisamente por que no estamos en condiciones de igualdad.

No podemos volver al metanarrativo de que todos somos iguales, al esencialismo naturalista de Aristóteles, como algo dado y natural del hombre, pero si podemos retomar la idea de que todos dependemos de todos por el hecho de ser diferentes y peculiares, pues nuestra producción social es única, y de ella dependen otros, al igual que yo distinto dependo de ellos, construyendo una filosofía y fundamentos jurídicos del

⁷² <http://cienciapolitica.4t.com/trabajos/animalpolitico.html>. Consultado el 19 de marzo-2010. 18hrs.

otro sin tenerle “respeto”⁷³, haciéndolo nuestro igual, rememorando el sentido de ser políticamente en el mundo, logrando una convicción subjetiva de las normas *a posteriori*, donde se dé la posibilidad a la otredad de preguntarse por lo que es, dejando que el ser sea y que el hombre con su experiencia ontológica de sentido al mundo (de lo jurídico). Esto implica que los nuevos consensos y las nuevas acciones políticas deben lograrse desde la confrontación de las diferencias, donde ahora la condición de politicidad como algo natural al hombre en cuanto ser social observada por Aristóteles de forma idealista no será el referente común, y menos aún en las actuales sociedades tan complejas y caóticas con relaciones sociales cosificadas. El Ser político del hombre en la praxis real, surge de las necesidades sociales y de los elementos ontológicos de cada comunidad política, de condiciones concretas *a posteriori* por las que me convenzo subjetivamente del actuar cotidiano que el derecho vigente debería permitirnos tener en los asuntos públicos (pero no lo hace ya que operaría contra sí mismo, según el esquema del positivismo analítico).

Vivimos en una otredad tan profunda que inclusive ésta subsume a la idea de que yo soy importante en la medida en que la comunidad es importante, por el simple hecho de que soy comunidad. De esta forma, autores como Hannah Arendt consideran errónea la idea de animal político de Aristóteles, pues sostienen que en la esencia del hombre no hay algo político, ya que si partimos del hecho de que la política se refiere a estar juntos en comunidad, el hombre sería en la realidad apolítico por sus diferencias materiales y trascendentales así como por sus discordias fundadas en la competencia, la desconfianza y la gloria. En consecuencia, la noción de la política nace de “entre” los hombres (tal como ya lo observaba Marx) y por tanto, completamente fuera del hombre; surge en el “entre” y se establece como relación.⁷⁴ De este modo podemos afirmar que, la política, se presenta como observa Marx, como una relación de necesidades sociales

⁷³ El respeto entendido en un sentido moderno-objetivista, como un elemento neutral universal tendiente a la indiferencia, como una dignidad que se tiene que salvaguardar obedeciendo únicamente a la razón y nunca a la sensibilidad humana.

⁷⁴ Giovanni Sartori, coincide en que el contenido del término social no tiene nada que ver con la sociedad; sin embargo considera que Aristóteles en su definición de *zoon politikon* no definía al hombre sino a la política, entendiendo que no es el hombre quien vive en la polis sino al contrario, que la polis vive en él. Al decir animal político Aristóteles expresaba la concepción griega de la vida. Véase en Sartori, Giovanni, *Elementos de Teoría Política*, Alianza, España, 2007. p.p. 233 y siguientes.

de las más variadas, tanto materiales como trascendentales, a diferencia de la concepción innata de Aristóteles.

Así, no es que el hombre, *per se*, sea naturalmente político o que exista esta condición en su esencia, sino que por el hecho necesario (material y trascendentalmente) de vivir dentro de una comunidad política, acontece que el hombre busca y adopta la forma de *Ser* políticamente en el mundo con el fin de buscar protección, seguridad y certeza ante las diferencias, discordias y desconfianza que percibe en la otredad, presente en una pluralidad de hombres, vistos como entidades terrenales y derivados de la naturaleza.

A medida que el derecho moderno sufre paulatinamente estas transfiguraciones, como era de esperarse dadas las condiciones materiales, los fundamentos de los llamados derechos del hombre comienzan a interpretarse bajo la lógica del valor de cambio que existe en las mercancías, gracias a las figuras burguesas de la propiedad privada, la “libertad”, el discurso de los derechos humanos como derechos referidos a entidades abstractas (humanos) y con carácter *universal*, donde vemos que la suprema actitud del hombre es la actitud *legal*, la actitud ante leyes que no rigen para él porque sean las leyes de su propia voluntad y de su propia esencia, sino porque imperan y por que su infracción es vengada (los gobiernos se transfiguran en gobiernos “de leyes” y no para los sujetos).

De esta forma, el sujeto social, el ciudadano en tanto que fin de la comunidad política, se vuelve un medio para conservar los derechos establecidos e impuestos; la categoría de “hombre” es planteada de forma abstracta, sin adoptar nunca una forma concreta, y por tanto como algo ajeno y distante de los sujetos políticos (alejado de las víctimas) y que limita su independencia originaria, donde ahora la único que los “une” es el interés privado (lucro, entendido como cualquier beneficio material o trascendental) y la conservación de su propiedad privada; así, la otredad y una entropía⁷⁵ social nos atrapan y destruyen en el devenir histórico.

⁷⁵ La entropía es, en primer lugar, un término derivado de la termodinámica y de la mecánica estadística. Concretamente, es aquella magnitud termo-dinámica que mide el grado de desorden molecular en un sistema al haber variaciones de calor y temperatura. *La similitud operativa para medir los intercambios energéticos y las transmisiones de mensajes, confluyó a unificar en un mismo modelo el estudio del cambio en la naturaleza y en la sociedad* (véase en Ochoa Hofmann, *Op. Cit.*). La entropía vista desde la dinámica social, hace referencia a que, cuando estamos ante un conflicto de fuerzas es muy poco probable que sepamos por dónde salir y nos situemos en

[1.3.1.] Los procesos de producción jurídica ante las interrogantes ¿qué, cómo y para quién producir?

Ahora que la creación de normas se ha transfigurado en un mero proceso productivo (en el sentido capitalista lucrativo), subordinado a la voluntad de poderes fácticos y estatales fetichistas, la acción de crear normas obedece a las interrogantes y fundamentos planteados por las concepciones vulgares del economicismo moderno que equiparan al valor de las creaciones humanas, con la categoría simplista y cósmica de precio.⁷⁶

Las mismas interrogantes que plantea la teoría económica clásica burguesa para determinar el rumbo reproductivo de la sociedad económica, impactan y determinan la dirección y el sentido de las normas jurídicas positivas, valiéndose, contradictoriamente al esquema positivista, del discurso mundial de los “derechos” humanos, usado por las hegemonías como mecanismo de defensa de los postulados y categorías ideológicas propugnadas e impuestas por la globalización para legitimar las acciones y aplicaciones legalistas de dominación y subsunción humana.

Tales fundamentos se defienden como universales y necesarios para la vida “democrática” mundial, aún cuando obedecen en su mayoría, a los fundamentos capitalistas que determinadamente sostienen las ideologías de mercado como las únicas vías posibles para el “desarrollo”, la seguridad jurídica y material, así como para la libertad plena de los pueblos. De esta forma el derecho de la modernidad, transfigurado en un instrumento de poder se vincula inevitable y necesariamente, de acuerdo a la lógica e intereses mercantilistas, al ámbito de lo político y lo económico (en sentido fetichista de ajenidad social). De ahí que, ante la crítica de sus fundamentos tendenciosos al capital, *“se intenta subrayar la autonomía y neutralidad de las ciencias*

circunstancias caóticas muchas veces irreversibles; en este sentido no sabemos a donde vamos. ¿Cómo saber si estamos en un remolino, si estamos dentro del remolino?, ¿cómo puede el discurso “oficial” de los derechos humanos plantearse como un argumento de salida (en tanto metanarrativo universalista de la “civilización” moderno-entrópica) ante la confrontación de diversas fuerzas sociales con sus argumentos de “verdad”? Sobre éste último punto mi posible salida la encontraría en la alteridad.

⁷⁶ Si atendemos, por ejemplo, a conceptos como “reparación del daño”, “pensión”, “daño moral”, “delito fiscal”, todas estas figuras encuentran su objetivación y aplicación en la entidad *dinero* medido en términos de precio (el cual es equiparado con el valor, que deviene únicamente del trabajo humano concreto como relación social).

jurídicas, la cual supone despreocuparse de los procesos sociales en los que se inserta el propio derecho y, además, conlleva a su deslegitimación."⁷⁷

Bajo estos esquemas de *des-humanización*⁷⁸, el discurso de los llamados derechos humanos, además del problema ontológico y lingüístico que presenta, en cuanto a que desde la perspectiva formalista-positivista sus principios no son estrictamente derecho, se presenta como el defensor de lo injusto, de lo impuesto por los detentadores del poder y del capitalismo mismo, pues mediante principios etnocéntricos, abstractos, ambiguos, cuyo ejercicio se deja en manos de aparatos estatales fallidos, o nulos en muchos casos, (que son del tipo todo o nada; si no se está de acuerdo con ellos, se está contra ellos, contra todo el orden y por tanto todo el peso de lo inhumano debe caer sobre ese descontento) y que se presentan como ley eterna, inmutable e incuestionable, se argumenta la legitimidad del sistema vigente y de un status quo de dominación, subsunción y cosificación de lo humano en cuanto tal. No debemos perder de vista que el *ser-humano* es cambiante, y al cambiar él, modifica su entorno, y al modificar éste, requiere de nuevas prerrogativas que reconozcan sus nuevas necesidades y sus nuevas formas de interpretar, aplicar y crear las normas bajo las cuales se regirá social e individualmente.

El discurso de los D.H. funge como instrumento que posibilita las políticas económicas, sociales, jurídicas y de seguridad, entre otras, pensadas y dictadas por las hegemonías con la intención de obtener rentabilidad material e inmaterial (dominio psicológico, obediencia y docilidad, pleitesía, ocultamiento del descontento social, etc.), alejando con ello al sujeto, en cuanto constructor y transformador de su realidad concreta, del producto de su *trabajo*⁷⁹, de su condición humanista para volverlo un objeto, un sujeto-mercancía fuerza de trabajo, alejado de su condición política y por

⁷⁷ Pietro Barcellona, *Postmodernidad y comunidad: el regreso de la vinculación social*, Trotta, Madrid, 1990, p. 49.

⁷⁸ Reiteramos: en este trabajo aplicaremos el concepto de "humanismo" en Bolívar Echeverría, como una búsqueda de la emancipación individual y colectiva y de la justicia social; como progreso puro, como sustitución absolutamente innovadora de la figura tradicional en la que ha existido lo político. Bolívar Echeverría, *Op. Cit.*

⁷⁹ Como indica Joaquín Herrera, el *trabajo* es una *actividad humana específica* de apropiación natural y social y de creación de objetivaciones [concreciones] cada vez más complejas. Además, produce objetos que satisfacen necesidades y proporciona las bases para el surgimiento de nuevas necesidades. Es además un conjunto de facultades físicas y mentales que existen [únicamente] en la corporeidad, en la personalidad viva de un ser humano y que él pone en movimiento cuando produce valores de uso de cualquier índole. Véase en Sánchez Rubio, *Op. Cit.* p. 248. y en Marx, Karl, *El Capital*, p.203 y siguientes.

tanto alejado de los procesos creativos y transformadores que implican la noción de derechos humanos en la praxis real, como principios *a posteriori* resultado de las luchas y conquistas sociales, cuyo contenido es susceptible de positivización como derecho fundamental.

Los derechos humanos, al ser presentados en el discurso como valores “legítimamente” indiscutibles y predeterminados, impiden que los ciudadanos tengan conciencia de sus condiciones vitales, de la capacidad transformadora y humanista de su trabajo, y, por otro lado, de la ideología dominante que, bajo la excusa argumentativa de la neutralidad, la cientificidad lógica, la universalidad y la autonomía de las ciencias jurídicas, establece el orden de prelación que más le conviene (contrario al fundamento positivista de que en la aplicación del derecho no hay ponderación de principios, sólo inducción y deducción); o los sistemas de derecho no son tan “neutrales” o aislados de los elementos valorativos, los hechos y cambios sociales como plantea el positivismo, o no se trata realmente de sistemas jurídicos en cuanto esquemas sociales de control de conductas legítimos sino de instrumentos de lucro y dominio injusto.

En este tenor, el discurso de los D.H. se limita a ponderar en abstracto la satisfacción de simples necesidades básicas para la subsistencia del hombre, pero, dentro del injusto sistema de reproducción de la riqueza (necesidades que sólo son tomadas en cuenta si se adecuan al esquema positivista); no pondera de forma concreta las posibilidades y medios para que el hombre por sí, individual y socialmente, sea un sujeto capaz de transformar y mejorar sus condiciones de vida a través de la institucionalización de prerrogativas que reconozcan al *trabajo humano* concreto como posibilidad de desarrollo libre, autónomo y justo, en oposición a la dependencia paternalista y subordinada que subsume al sujeto a la condición de un objeto, incapaz, limitado a mendigar (aunque solo a nivel formal) satisfactores fundamentalísimos para únicamente subsistir, como una mercancía más que se ofrece en el mercado.

Dadas estas condiciones de fetichismo humano, es insostenible el discurso universalista (que ha pasado ser mundializante, al ser usado como bandera de las hegemonías) de los derechos humanos pensados y “exportados” por los organismos internacionales y las potencias mundiales, que alegan la legitimidad de su creación, ponderación, aceptación y aplicación, a pesar de ser un arquetipo de la modernidad

cuyo contenido ha sido manipulado por unos cuantos para controlar el acceso y distribución de todas las riquezas humanas (materiales y trascendentales).

En la praxis real, considero que se trata de que el derecho humano, produzca el espacio de lo político (las condiciones para las nuevas conquistas jurídicas gracias al debate de los valores que debe tener cada sociedad), y a la vez se produzca como resultado del quehacer político en el mundo, como un sistema que continuamente cambia al surgir nuevas necesidades, pero manteniendo su esencia humanista (pues en todo sistema, por más perfecto que sea, siempre habrá víctimas inconformes con determinadas construcciones jurídicas); de ahí que se busquen determinar estos fundamentos por vías políticas plurales y democráticas, siempre perfectibles.

Al igual que Jesús Cristo se refirió a los fariseos, quienes consideraban que la ley es eterna e inmutable por ser su esencia incambiable, la ley es cambiante, no es letra muerta esculpida en piedra; el hombre en cuanto tal cambia, se modifica históricamente, pero sigue siendo hombre, no es que el sistema de leyes se vuelva caótico e irracionalmente modificable, sino que la ley debe estar escrita en los corazones de los hombres, es decir, que sea un regulador de conductas consensuado subjetivamente y por tanto, cercano y familiar a los hombres.

Quisiera aclarar que no pretendo calificar el fenómeno que respecto de los derechos humanos acontece y se presenta; no puedo atreverme a decir que todo su contenido sea totalmente bueno o malo, en realidad ese no es el fin de este trabajo. Lo que pretendo a través de esta actividad hermenéutica es describir lo que pasa y los efectos que se presentan gracias a dicho fenómeno así como sus alcances, ante los cuales debemos actuar.

Además de cuestionar la forma y contenido en como operan el estado de derecho y el discurso de los derechos humanos en la modernidad, en cuanto prerrogativa cuyos destinatarios reales son quienes tienen las condiciones para obtener provechos y cuyo ejercicio es cedido a instancias estatales lejanas de los sujetos, también debemos cuestionar el supuesto funcionamiento automático de estos principios, como si de una "mano invisible" se tratara; su lógica de aplicación que anula el reconocimiento de la capacidad que el ser humano tiene de ser sujeto de derechos, de construir y ejercer (dentro de los límites institucionales) su propias prerrogativas, y niega la posibilidad del

reconocimiento mutuo de derechos y/o principios ético-jurídicos entre los seres humanos como sujetos que se auto determinan, dentro de una estructura legítima, institucional y democrática.

Para concluir este pequeño apartado, e introduciéndonos ahora a la cuestión de la jerarquía de los derechos humanos, que a su vez legitima la ponderación de los principios usados por el capital para conseguir sus fines privados y el status quo en el mundo, señalaremos las siguientes respuestas a las interrogantes que en el título de esta parte se esgrimían:

¿Que producir?: normas y principios materialistas, cósicos, de dominio y beneficio para el capital y ajenos al hombre.

¿Como producir?: subsumiendo al hombre a un objeto que vende su fuerza de trabajo, incapaz de autorrealizarse por sí (al negar su trabajo vivo) y dependiente de un sistema burocrático, alejándolo del producto de su trabajo y de sus capacidades.

¿Para quien producir?: para el mercado y el círculo de privilegiados capitalistas y para quienes de manera fáctica detentan el poder (aunque paradójicamente el sujeto, en su individualidad, cree que produce egoístamente sólo para él, sin importarle los demás)

[1.4.] Jerarquía jurídica de las normas de acuerdo a las formas y a las relaciones productivas: la forma mercancía en el derecho.

En toda sociedad y desde que el hombre encontró la forma de vivir en sociedad bajo reglas y principios rectores, siempre ha existido la ponderación de bienes jurídicos (materiales e inmateriales) al ser tutelados por normas coercitivas, de manera tal que se habla de bienes jurídicamente tutelados de mayor o menor valía, o de mayor o menor impacto en las sociedades concretas. Así, por ejemplo, en las actuales comunidades se dice que los valores y bienes últimos de mayor jerarquía para el hombre son la vida, la libertad y el patrimonio, otros incluyen a la integridad y/o salud, así como a los alimentos en sentido jurídico, que grosso modo diremos que se conforman por casa, vestido y sustento.

Estos bienes socio-jurídicos se instituyeron formalmente por el derecho moderno como fundamentos prioritarios de todo sistema de derecho (aunque la “perfección” inmutable de los sistemas jurídicos positivistas los hace incapaces de perfeccionar tales bienes) y el discurso de los “derechos” humanos los recogió como estandarte de lucha y búsqueda de su reconocimiento y aplicación efectiva, determinando que todo hombre de forma mínima debe ser depositario de tales prerrogativas (aunque sólo a nivel formal).

Ahora bien, retomando el aspecto de la jerarquía, el etnocéntrico sistema internacional de los derechos humanos a lo largo de sus supuestas “generaciones”, ha venido ponderando bienes jurídicos que considera fundamentales para los sujetos en lo individual y lo comunitario.

Este fenómeno de la jerarquización es inevitable y en muchos casos necesario para tener certeza y seguridad jurídicas al momento de aplicar las normas y principios generales a un caso particular; por tanto, y suponiendo que fueran coercibles, resulta utópico e imposible pensar que todos los mal llamados derechos humanos son y serán, realmente reconocidos y protegidos en su goce y ejercicio por las instancias correspondientes o por nuestros semejantes, ya que por un lado, siempre habrá bienes humanos cuya violentación constituiría un mayor daño a la comunidad que la merma de otro, en caso de que colisionen entre sí.

Así por ejemplo, en los sistemas de derecho penal se toma en cuenta el daño a cierto bien jurídico para imponer una sanción, o bien, en el caso del derecho penal mexicano existe la figura de el *estado de necesidad* como una causa de antijuridicidad; ésta figura consiste en que se elimina la antijuridicidad de una conducta típica y culpable cuando el acto ilícito tiene la intención de *“salvaguardar un bien jurídico, sacrificando otro de menor jerarquía que el salvado, siempre y cuando no exista otra forma de evitar el daño...sacrificando un interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio.”*⁸⁰

Por otro lado, la dimensión histórica y evolutiva de los derechos humanos en la praxis real, nos impide conocer a todos aquellos bienes jurídicos que han existido, existen y van a existir a lo largo del tiempo, además de que, desde mi perspectiva, estos principios o bienes son propios de cada comunidad concreta y no pueden absolutizarse como universales o mundiales, de forma homogénea y abstracta, al menos no mientras no existan consensos de esos alcances.

Partiendo del acuerdo de que existe tal jerarquía, realizada por la praxis manipulada de los D.H. queda preguntarnos ¿qué criterios son los que fundamentan o justifican la jerarquización de estos principios morales?, ¿qué bienes jurídicos son de fundamental importancia para el derecho moderno?, ¿por qué dicha jerarquía de valores o bienes se vuelve injusta y despótica al momento de buscar su concreción en muchas situaciones reales?

La respuesta a todo esto puede plantearse muy sencilla, aunque detrás de todo ello existen estructuras complejas de ocultamiento de realidades fetichistas; pienso que, compartiendo las explicaciones de Enrique Dussel y David Sánchez Rubio sobre el fenómeno, la jerarquización se lleva acabo según las pautas de las relaciones mercantiles. *“Incluso el sistema de protección de los derechos humanos se articula de tal manera que para defender esa jerarquía, no hay más remedio que incurrir en una ineludible violación de los mismos derechos.”*⁸¹

⁸⁰ Granados Atlaco, Miguel Ángel, *Derecho Penal Electoral Mexicano*, Porrúa, México, 2005. pp. 169-70

⁸¹ Sánchez Rubio, *Op. Cit.* p. 248.

Los principios ponderados por la modernidad como fundamentales, se presentan como principios de jerarquización de todos los demás, siendo legislados por la “humanidad” a través, eso sí, de sus representantes en New York, Ginebra o Estrasburgo. Su superioridad impide que ese derecho o grupo de derechos fundamentales se puedan sacrificar por otros derechos. El resto, en cambio, como se relativizan, sí son sacrificables.

La vida, la dignidad, la libertad, el patrimonio, la integridad, los alimentos, son algunos de estos principios presentados como los mayores que dan sentido y razón de ser al sistema de derechos humanos a nivel mundial. No estamos insinuando que dichos fundamentos y necesidades no sean importantes o que sean la causa de la injusticia al aplicar criterios jurídicos, sino que en realidad hay un principio más fundamental y del cual dependerían, a mi juicio, los ya mencionados, pero que los criterios legalistas y mercadólogos de los “legisladores particulares” han demeritado e incluso dejado fuera por considerarlo “ideológico”, sin relevancia y ajeno al hombre en cuanto creador y transformador de su entorno socio-jurídico: el derecho al trabajo (no visto como relación laboral o instrumento mercantil).

El contenido discursivo de los derechos humanos está delimitado, en función de las formas de acceso a la propiedad, es decir, del acceso a la producción y distribución de los bienes materiales y sociales. De esta forma, son las relaciones socio-productivas capitalistas, las que se establecen como referentes o principios de jerarquización en la praxis manipulada del sistema internacional de los derechos humanos.

“Incluso no sólo hacen referencia al sistema de propiedad, sino también contienen un ordenamiento que jerarquiza todo el mundo ético y valorativo. No sólo eso. Todo el marco categorial de interpretación de los hechos empíricos y, por tanto, del pensamiento y de las opiniones se estructura asimismo en función del criterio de jerarquización. El mundo mítico y el sentido común también se ordenan según sus directrices. Los medios de comunicación y otros medios sociales como los sistemas educacionales, se encargan de expandirlos y justificarlos para que todos acepten las relaciones de producción vigentes.”⁸²

⁸² *Ibidem* p. 254.

Todos los parámetros y arquetipos de bienestar, progreso, dignidad, crecimiento, civilización, libertad, seguridad y vida se determinan según las perspectivas moderno-capitalistas, según los intereses del mercado y según las ideologías neoliberales que se presentan con el rostro de “ciencia” y “tecnología”; por tanto una perspectiva diferente, en contra, no conforme, que critique o cuestione el principio de jerarquización, es vista como negativa, haciendo calificativos destructivos y apriorísticos sobre otras formas de vida.

En esta tónica, los fundamentos morales sobre los que descansa el discurso de los derechos humanos se vuelven, en su praxis manipulada, mecanismos despóticos de muerte y exclusión totalitaria. Decir que la jerarquización normativa y moral obedece a los designios del mercado no es una calificación ideológica, pues así es como acontece en la realidad fáctica, gracias, en gran parte, a la subsunción de la actividad política-social a recetas de la economía burguesa; es el mercado la única instancia que asigna la posibilidad de ejercer derechos, limitándose el reconocimiento y la satisfacción de las necesidades humanas, cuyo contenido no atiende a los sujetos, sino a la estructura de acceso a las relaciones de producción y distribución de la riqueza establecida. La vida humana por tanto, no es inviolable, sino constituye esa forma de acceso a la producción y distribución de los bienes predominante.

“En el actual contexto de la globalización, que se prioricen unos derechos humanos sobre otros, que se precaricen y se vulneren un tipo específico frente a otros -caso de los derechos sociales y económicos-, e incluso que los que se consideran prioritarios sólo puedan obtenerse mediante determinados y específicos procedimientos de acceso, es provocado por la capacidad de ejercer el poder que determinados actores poseen frente al resto.”⁸³

Así, resulta absurdo hablar fundamentos morales universales pensados para personas con iguales condiciones, y precisamente por que no somos iguales, no existe condición de equidad en las sociedades actuales tan complejas y tendientes a la otredad.

¿Por qué es que se jerarquizan así los derechos humanos?, pues por que para quienes los construyen y dictan en la praxis manipulada, son las únicas formas de

⁸³ *Ídem*

obtener el dominio socio-psicológico y su hegemonía de poder, y por tanto, obtener mayor rentabilidad monetaria, material e inmaterial; de esta forma los estados nación contemporáneos, en atención a sus intereses (de cúpulas gubernamentales y privadas-empresariales) han hecho de los D.H., paradójicamente contrario a su esencialismo moderno, un discurso mundializante defendido cuando su interpretación los beneficia (llevando a cabo una praxis manipulada de ellos), que es relativizado, nulificando sus reivindicaciones, cuando representan conquistas sociales o pérdida de poder. El discurso moderno, los presenta como principios universales pero quienes pretenden su aplicación interesada los han vuelto relativos y por tanto adolecen de legitimidad; se presentan como principios rígidos e incuestionables pero obedecen a los intereses privados y de poder, se pretenden neutrales y llenos de equidad, pero están cargados de ideologías de mercado, discursivamente atienden a las necesidades fundamentales del ser humano, pero su praxis manipulada impide su ejercicio libre e independiente, ponderando la dependencia material y psicológica de los sujetos, negando el principal instrumento y derecho para obtener dichos bienes jurídicos y materiales, el cual lo constituye, compartiendo la opinión de Dussel, el trabajo humano.

Ciertas libertades consideradas por el orden internacional como fundamentales, producen desigualdad a pesar de ser formalmente atribuidas a todas las personas, ya que

“sólo ciertas elites pueden disponer de los recursos políticos, económicos y organizativos necesarios para disfrutar de las propiedades adquisitivas de este tipo de derechos de libertad...Estos derechos adquieren importante capacidad adquisitiva ya que su ejercicio produce un valor político, económico y comunicativo que se acumula en beneficio de sus titulares [reales]...por ello su ejercicio produce desigualdad, pobreza y libertad, al igual que la economía de mercado produce desigualdad, pobreza y riqueza.”⁸⁴

Esto es así ya que, al trabajo, en las sociedades capitalistas, se le concibe como una simple mercancía, como un simple proceso de transformación material que tiene valor de cambio, ocultando todo lo que representa ontológicamente el trabajo humano⁸⁵ concreto en cuanto elemento constitutivo del sujeto político en sociedad y a través del

⁸⁴ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001. p. 91.

⁸⁵ Para abundar sobre este tema, véase el ensayo de Friedrich Engels, *El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre*.

cual puede apropiarse de lo creado por él, social, jurídica y materialmente, es decir, el trabajo visto como un instrumento que posibilita y reproduce, no sólo suficientes condiciones de vida, sino también la apropiación continua de todas las capacidades que conforman el criterio de riqueza humana (al derecho lo hago mío cuando consensuo subjetivamente su contenido porque fui parte de su construcción), el trabajo así concebido es *trabajo vivo*, un trabajo visto como constructor de relaciones sociales útiles, que afirma al otro en la praxis política real de construcciones jurídicas y éticas.

Es mediante la actividad y el esfuerzo humano creativo no subyugado al capital, que se obtienen los satisfactores necesarios que están vinculados con el mantenimiento, la afirmación y el desarrollo de la vida.

Ponderando la dependencia del hombre al capital, subsumiendo la condición humana a una mercancía, se convence, a través de mecanismos mediáticos y mercadotécnicos, a todo individuo, a la psique social, que el derecho al trabajo no es un derecho esencial, que el trabajo no es la dimensión más humanizante del hombre, y se demerita su valor reduciéndolo a un simplista proceso básico de subsistencia, preponderando de ésta forma otras necesidades nacidas del mismo ejercicio del trabajo humano, pero satisfechas ahora, no por el propio hombre, sino por órganos mediadores subordinados a las pautas que el capital instaure por medio del mercado; de esta forma se convence a los más desfavorecidos de que no tienen posibilidad alguna de autorrealizarse por sí, individual y comunitariamente, sino únicamente por las “bondades” y regalías del capital.

Es evidente ahora por qué la ponderación de los derechos humanos se ha venido deformando y gestando en un sentido cósico, en donde la forma mercancía es la protagonista de los esquemas de valoración ética y de construcción jurídica, donde las capacidades humanas son ocultadas y enajenadas al capital volviéndose ajenas al propio humano, pasando a depender así, de las estructuras fetichistas y opresoras.

Por desgracia humana, esto no termina aquí; estas ideas y concepciones de cosificación humana se han apoderado de la mente humana inserta dentro de la otredad. Ahora el problema es mucho mayor pues adolecemos de referentes comunes de los cuales podamos partir para construir nuestras reglas y principios sobre la base del respeto y reconocimiento del otro.

El sistema internacional de los derechos humanos además de llevar inserto en su praxis manipulada y en su jerarquización, intereses privados y fundamentos deshumanizantes, es imposible de consensuar subjetivamente por todas las comunidades de una forma universal y legítima tal como lo pretende su discurso (e incluso a nivel individual supone una gran complejidad), en gran parte por ser imposiciones etnocéntricas y antidemocráticas pensadas para una humanidad monista.

El hombre vive dominado bajo la idea de que tiene que vender su mercancía fuerza de trabajo para subsistir a costa de lo que sea y de quien sea, sin importarle el reconocimiento del otro y su interacción con él, volviéndose apático frente a la jerarquía que los sujetos detentadores del poder determinan sobre sus propios derechos y medios de vida digna; es el sujeto de hoy un hombre de hierro, que busca en la insensibilidad y la indiferencia, modos de subsistencia, derribando al que intente, al igual que él, mejoras de vida; una vida sustentada en el consumismo, la tecnificación, la destrucción de la naturaleza y en el poder adquisitivo.

Bajo esta lógica, considero que es incompatible sostener la legitimidad de algo que se pretende como humano y humanista, como liberador y reivindicante de la seguridad jurídica, tal como lo pretende el discurso de los derechos humanos en la modernidad, siendo todo lo contrario por la abstracción de sus fundamentos, el antropocentrismo, el dogmatismo metafísico de su contenido y por la manipulación e imposición de que son objeto hacia grupos periféricos, minoritarios, diferentes al esquema; “derechos” cuyos destinatarios fácticos se determinan no por ser titulares de derechos, sino por su potencial filiación corporativa a elites con mayor poder, que pretenden adquirir beneficios sin producir, sin considerar al trabajo vivo de las periferias, negando la praxis real de tales derechos. Así, entre más poderosa sea la elite con la que el sujeto se afilie, más eficaz será la satisfacción de sus expectativas de protección y el ejercicio de sus derechos.

A manera de conclusión de este capítulo, comparto con el maestro Costas Douzinas su argumento de *El fin de los derechos humanos* referido a que tales instrumentos de praxis libertaria:

“pierden su destino, su finalidad, cuando dejan de ser el discurso y la práctica de la resistencia a la dominación y la opresión pública y privada para convertirse en la herramienta privilegiada de la política exterior de las naciones más poderosas del globo, y de la política interna de su clientela de dirigentes en las naciones menos poderosas...*Una teoría de los derechos humanos que deposita su confianza total en los gobiernos, las instituciones internacionales y otros centros de poder público o privado, [incluyendo la moral moderna dominante] desafía directamente su razón de ser, la cual consiste precisamente en defender al pueblo de aquellas instituciones y organizaciones.*”⁸⁶

⁸⁶ Douzinas, Costas, *El fin de los Derechos Humanos*, Universidad de Antioquía-LEGIS, Colombia, 2008. pp. XXIV y 15.

CAPÍTULO 2.

Los derechos humanos ante la crisis de su legitimidad y ante la necesidad de una institucionalización de medios de producción jurídico-conscientes.

[2.1.] Los derechos humanos como producto del “progreso” moderno: las conquistas de las revoluciones burguesas.

Situada la idea de progreso en categorías y acciones empíricas e ideológicas, los pensadores modernos buscaron fundamentar ética, jurídica y políticamente el camino industrializante trazado por la burguesía como medio para aspirar a una emancipación gracias al desarrollo y bienestar de los hombres en la tierra, derivada de la reproducción de elementos materiales y sociales conforme a los métodos de la ciencia y la técnica así como de acuerdo a los principios del naciente liberalismo.

Los postulados modernos, cuya legitimidad universal hoy se pregona (a nivel internacional y estatal), fueron diseminados por los “revolucionarios” modernos, sustentándose en la moralidad de las ideas y acciones de pensadores considerados como utópicos (Moro, Saint-Simon, Owen, Fourier) y más tarde se consolidaron con las de los pensadores ilustrados. Estas ideas y el activismo, lograron sus primeras victorias jurídicas a partir de las triunfantes revoluciones burguesas en Europa, impulsadas además por el descontento social de los oprimidos de las sociedades feudales, el tercer estado referido por Sieyés.

Si bien la opresión feudal fue repudiada por el grueso de los estamentos de clase baja, son los habitantes de los burgos (“la nueva nobleza”) quienes, en este clima, justifican la legitimidad de luchas emancipatorias a través de doctrinas revolucionarias y rebeliones, buscando eliminar los obstáculos monárquicos y clericales para el comercio, la industria y la usura, valiéndose para ello de la fuerza de lucha de estratos sumamente oprimidos que buscaban mejorías materiales y garantías jurídicas para ello (campesinos, asalariados, sirvientes y descendientes de los villanos), pues ya que un noble aun cuando dilapidara todo su peculio seguía siendo noble, pero un campesino,

por más que se enriqueciera, incluso hasta tener bastas riquezas, seguía careciendo de derechos.

Comienzan a generarse, en el seno de los grupos militares revolucionarios (como el ejército del parlamento en Inglaterra, que pretendía derrocar al rey) así como en otros ámbitos, teóricos que se pronuncian por la necesidad de acabar con las escisiones sociales generadas por las clases sociales (nobleza y clero) y los estamentos feudales tan fatalistas, e institucionalizar instrumentos morales que generasen condiciones de igualdad entre todos.

Al triunfo armado de las revoluciones en diversos países europeos, comienzan a redactarse códigos de fundamentos morales que paulatinamente empezarían a tener cierta eficacia material y fuerza jurídica. Surgen así las primeras declaraciones de los llamados “derechos del hombre”, que se promulgaban universalmente y se consideran como los antecedentes “generacionales” de los “derechos humanos”.

Estos fundamentos, ahora centran la atención moral y jurídica, no en Dios o en entidades supremas que otorgaban derechos y roles sociales, sino en el hombre moderno en cuanto entidad abstracta y genérica (aunque identificado con el sujeto del centro: europeo, blanco, burgués, etc.), que ha venido buscando su emancipación de las estructuras opresoras y esclavistas, de periodos transhistóricos anteriores, a través del reconocimiento de fundamentos morales y jurídicos por el simple hecho de tener la condición de hombre, exigiendo al estado su garantía formal. Así, una de las principales conquistas de la modernidad es el “humanismo” antropocéntrico que toma como fundamento y razón de ser de toda decisión al hombre moderno racional, alejado de la carnalidad viva, quien paradójicamente fue usado como medio para el progreso.

Ideas de los igualitarios ingleses, después de los ilustrados franceses, algunas más de los unificadores prusianos así como de los pensadores norteamericanos, confluían en que los hombres *“nacían libres, que eran todos iguales, que todo lo negativo provenía del autoritarismo regio, de la aristocracia y de los ricos...proclamaban una república basada en el sufragio universal, aunque este no se extendía a las mujeres ni a las personas como los obreros.”*⁸⁷ A estas últimas personas, Oliver Cromwell,

⁸⁷ A. Efimov y otros, *Historia moderna*, Grijalvo, México, 1986. p. 24

considerado padre de la revolución inglesa de 1649, las consideraba como incapaces, jurídicamente, en el ejercicio de derechos y para exigir reivindicaciones jurídico-materiales.

El movimiento de la ilustración europea, con su pluralidad ideológica, se ubica como una totalidad común que pone como centro del universo al hombre, marcada por un secularismo tendiente a la libertad, la unidad y la igualdad jurídica de todos los hombres. A pesar de ciertas afinidades teóricas entre Inglaterra, Francia, Alemania y Estados Unidos, como fundamentos de las revoluciones burguesas y de la modernidad misma, la ilustración en cada realidad se enfocó hacia intereses y fines diversos respaldados por teorías variadas.

En Inglaterra el pensamiento ilustrado, apelando a la razón y al empirismo pragmático, fue invocado sobre todo para acabar con el dogmatismo absolutista y el poderío tripartita nobleza-clero-monarca que impedían el desarrollo de las estructuras pre capitalistas; en el caso francés, la ilustración fue enfocada a la eliminación del feudalismo opresivo y del oscurantismo religioso mediante una revolución que diera pié a las formas socio-productivas de la naciente burguesía; la ilustración en los estados germánicos, que rechazó el empirismo, contribuyó a la revolución de 1848 que tuvo por móvil la unificación de éstos a partir de un nacionalismo que a su vez fortaleciera el desarrollo capitalista de la burguesía reaccionaria (que nunca pretendió una revolución ni la eliminación de la nobleza ni del monarca); finalmente en E.U.A. los pensadores ilustrados, paradójicamente, en nombre de sus ideas, lucharon por su independencia de Inglaterra, por libertad e igualdad de los “hombres” (pese al esclavismo) así como por el desarrollo económico capitalista. Como se puede ver, el eje común de las posturas ilustradas, es que fueron guiadas o manipuladas hacia los intereses de las nuevas clases burguesas, quienes en todo momento supieron manipular, traicionar y usar las luchas populares de liberación en pro del establecimiento de relaciones socio productivas capitalistas.

Siendo manipulados estos movimientos revolucionarios por la naciente burguesía, en las diversas comunidades europeas, las masas populares nunca obtuvieron alguna reivindicación real a pesar de que ellos fueron la fuerza motriz de las revoluciones; las luchas populares posteriores que reclamaban además de la igualdad en los derechos

políticos, igualdad en las fortunas, fueron brutalmente reprimidas por la nueva hegemonía.

Comienza a desarrollarse, gracias a las “libertades” de las estructuras productivas de las comunidades europeas, la propiedad privada moderna, que fue considerada como un elemento más de opresión y división social, a tal grado que Winstanley, uno de los apologetas de las luchas campesinas inglesas decía que los hombres debían empeñarse en desaparecer del mundo “*esa maldita cosa que recibe el nombre de propiedad privada.*”⁸⁸ La propiedad privada comienza a generar la posibilidad de la naciente burguesía, de apoderarse de los bienes confiscados al clero y a los nobles, y por otra parte la de subsumir aún más la condición de los estratos sociales, ya depauperados, a simples mercancías, a sujetos que “*nada poseen, que están libres de hacer lo que quieran con su persona: pueden vender su [fuerza de] trabajo [o rumiar y esperar la muerte]...Así, pues, lo que distingue a las clases entre sí, es la propiedad y su importancia.*”⁸⁹

Ahora bien, la burguesía occidental, al buscar la eliminación del poder absoluto de los monarcas para lograr sus fines de clase (manipulando la intención de emancipación y progreso en la modernidad), buscó la creación de instituciones y de instrumentos jurídico-políticos vinculantes, abanderando las ideas universalistas de emancipación, fraternidad, solidaridad, libertad e igualdad, para ser apoyados por el vulgo. Es en el siglo XVI cuando las prerrogativas jurídico-políticas ya no son otorgadas, por el estado, a ciertos grupos sociales sino a todos los súbditos. Con esto se establece la

⁸⁸La crítica a la propiedad privada es un intento reivindicatorio del ser humano sumamente legítimo incluso hasta nuestros días. Dicha crítica no debe entenderse en un sentido empírico y simplista como el soviético y el de otros pensadores socialistas. No se trata, de forma absurda, que todo sea de todos, ni de que nadie tenga posibilidad de tener elementos materiales propios, sino que debe entenderse como un ideal regulativo. Tal como lo entiende Marx, considero que la figura de propiedad privada debe dejar de ser el principio fundamental de la libertad y sobre el que se determinen las condiciones jurídicas de la sociedad, pues en tal caso, la idea de las relaciones sociales seguirá subsumida a la condición de relaciones entre cosas y no entre sujetos, pues la propiedad en las sociedades capitalistas, se vuelve algo independiente a la comunidad y crea la ilusión en el particular de tener la libre voluntad de disponer de las cosas. La cosa se convierte en propiedad real sólo en el comercio e independientemente del derecho a una cosa; todo se ciñe de acuerdo a lo que establezca el mercado. Esta ilusión jurídica desemboca en el hecho de que alguien puede tener un título jurídico sobre algo sin llegar realmente a poseerla (como en el caso mexicano de garantías individuales como vivienda digna, salud, etc. solo establecidas de manera formal). De esta forma, no hay tal libertad basada en la propiedad privada, ya que las condiciones de posibilidad de superación y satisfacción de necesidades (materiales e intelectuales), están acaparadas por un círculo social, y por otro lado, tampoco hay libertad real donde los objetos son los que determinan las relaciones productivas y la vida sociales, y donde veo a los sujetos como obstáculos que limitan mi libertad.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 65.

característica de las futuras declaraciones de derechos: su intento de “universalidad”. Si bien la universalidad jurídica se refiere a que todos, formalmente, deben tener un mismo trato y reconocimiento por las leyes, los postulados modernos excluyeron a humanos por razones étnicas o de género.

En virtud de los medios y modos en que las metas modernas se apoyaron, las declaraciones de derechos en la praxis no fueron tan universales o en condiciones de igualdad gracias al patriarcalismo, la desigualdad material y el etnocentrismo. El desarrollo industrial comenzó a determinar las nuevas condiciones y necesidades sociales, y éstas, a su vez, determinaban la creación de nuevas instituciones. El progreso vinculado a los fines de un sector social determinado, dominó la forma de crear y adjudicar derechos, los cuales no contemplaban obviamente a los más desfavorecidos o sin posibilidades de hacer negocios, ni tampoco a los carentes de “competitividad”.

Los fundamentos moderno-burgueses que determinaban a los sujetos de prerrogativas jurídicas universales establecían, en un primer momento, que eran para todos, aunque con grandes excepciones como los negros, esclavos, mujeres, proletariados, entre otros, pues su igualdad jurídica representaría peligros para los intereses de poder de la naciente clase capitalista y para el propio modo de producción material y socialmente capitalista.

Más tarde, con el pasar de los años y ante la presión de movimientos sociales radicalmente reivindicatorios del humanismo (como huelgas obreras, movimientos sufragistas y feministas, movimientos raciales y culturales, luchas agraristas, movimientos revolucionarios de inspiración marxista, entre otros), la idea de “sujeto de derechos” tenía que cambiar para calmar a las masas, buscando otras fundamentaciones y nuevas formas de dominio: la igualdad formal de derechos, pero sin garantías materiales.

Para principios del siglo XX, considerado como el siglo del triunfo de los D.H. paradójicamente siendo el siglo con mayores violaciones a las libertades del hombre con guerras y limpiezas étnicas, surgen nuevos discursos entre diversas facciones políticas que defienden de forma sectaria y reacia intereses de clase, proyectos nacionales, conflictos bélicos divisionistas e independentistas que aglutinaron

nuevamente a los miles de excluidos por la burguesía. Todo este caos de posiciones, intereses y atropellos condujo a la primera guerra mundial, al surgimiento del bloque soviético, al nacional-socialismo alemán, a Auschwitz, al fascismo italiano y la segunda guerra mundial (incluso a movimientos sociales en América latina bautizados con fuego y sangre como la revolución mexicana de 1910). Derivado de estos acontecimientos surgen los primeros intentos por pactar una paz mundial y el reconocimiento coercitivo de la dignidad y la libertad humanas para todos (aunque de forma etnocéntrica, manipulada y antidemocrática), buscando encajar los postulados heredados de la ilustración, con el esquema del derecho positivo y las nuevas tendencias jurídico-políticas influenciadas por pensadores analíticos y grupos capitalistas; es la llamada paz de los vencedores que usó como instrumento justificatorio del intervencionismo, la imposición y el sometimiento, a los “derechos del hombre”.

En realidad muchos de estos cambios, moldeados por la burguesía europea y producto de las luchas sociales, fueron simples reformas que, gracias al imperio del formalismo idealista, han sido incapaces de superar la metafísica de las instituciones jurídicas modernas, la abstracción sin contenido carnal sino mercantil, esa ajenidad del discurso de los D.H. en el hombre, en tanto que corporeidad viviente concreta, un sujeto de carne y hueso que resiente y sufre los efectos de la otredad, del abuso y la indiferencia, quien más que salvar su alma (sus derechos en abstracto), busca sobrevivir en la vida concreta y material a costa de lo que sea y de quien sea, ya que no hay instituciones suficientes, simétrica y subjetivamente consensuadas, que de forma real, le permitan por sí y desde sí superar sus limitantes y lograr su emancipación.

Considero que una de las tareas del siglo XXI, por lo que hace a la praxis real de los D.H., es comenzar a dialogar desde las diferencias, confrontándonos con la *alteridad*⁹⁰ como pluralidad social-humana a efecto de reconocernos como titulares de nuevos derechos en tanto que entidades sociales concretas y peculiares, yendo más allá del concepto de diversidad defendido por el discurso de los D.H., que se limita al “respeto”

⁹⁰ El término Alteridad, grosso modo, hace referencia a lo *otro*, al sujeto visto como otro en su particularidad y peculiaridad, y no como una mismidad homogénea. Implica una interpelación cara a cara con el otro sin pensar por él, sin concebirlo como un “otro- yo”, sino como un “otro” distinto de mí el cual me demanda algo concreto y se resiste a cualquier síntesis total, como aquello irreductible a una unidad estable, (por ejemplo a un sistema racional como el derecho positivo en tanto unidad, o un sistema “internacional” de D.H. que hacen imposible fijar una identidad acabada para lo otro).

moderno, abstracto, relativista y tendiente a la indiferencia. El problema que observo en este sentido es el carácter abstracto y general del sujeto de derechos de las revoluciones burguesas (hombre o humano europeizado y cosificado por el capitalismo), el cual ha dado pie a ambigüedades manipulables, como por ejemplo, el caso del papel que juegan las personas jurídico-colectivas en el mundo globalizado.

Si bien, se entiende que los derechos humanos sólo se adjudican a personas físicas, éstos son capitalizados por las personas jurídico-colectivas a través de los miembros que las componen. A dichas personas se les adjudican atributos jurídicos, como el nombre y el domicilio, como si de una persona real se tratara; así, en la praxis manipulada del derecho, se habla actualmente de derechos humanos de las personas morales, si bien no de forma literal y explícita, si de forma disfrazada, tal como los han invocado televisiones y otras transnacionales a través de sus representantes (al parecer no solo los seres de carne y hueso invocan la titularidad y el goce de estos principios en el plano de los hechos, por tanto no podemos de forma idealista considerar que la manipulación jurídico-política es un hecho aparte negando su existencia sino abrir los ojos y democratizar perfectamente el mundo de lo jurídico con instituciones legitimadas por la convicción subjetiva popular).

El hombre en comunidad solo aprecia a una entidad abstracta estudiada y defendida desde el academicismo simplista, una entidad a la que quizá se le atribuyen, formalmente, muchos beneficios morales y/o jurídicos, pero que le es totalmente ajena por no referirse a él en la praxis diplomática y de los gobiernos; entidad lejana y extranjera para el mundo no occidental (piénsese en el mundo islámico o las comunidades Mayas mexicanas, o en comunidades africanas con sus propias cosmovisiones; comunidades que además de su diversidad conceptual sobre el sujeto de derechos siguen esperando las “bondades” del discurso mundial de los D.H. sin imposiciones, intolerancia ni violencia).

El discurso de los D.H. y su praxis manipulada dejan de ser en la realidad, narraciones de un mejor futuro y se convierten, como diría Bobbio, en indicios o signos reveladores de un proceso, no necesariamente intencional, hacia una dirección establecida: la sociedad capitalista y sus fetiches.

Tales “derechos” se han relativizado por el intento a “fortiori” de hacerlos valer como instrumentos jurídicos, coactivamente vinculantes por la acción jurisdiccional y/o política, siendo estos sólo elementos de carácter moral, general y abstracto, además de que no todas las comunidades del mundo tienen la misma noción, ideales o valores que adecuen conceptos como el de libertad, dignidad o autonomía a su realidad social concreta (la única moral y el único esquema imperante ha sido el europeizado liberalismo capitalista). En este orden de ideas, no podemos hablar de legitimidad de “derechos universales”, cuando en realidad no hay tales, es decir, esos principios no se han positivizado, legítimamente, de forma coercible con esos alcances (inclusive han dejado de aplicar cuando se trata de violaciones de las hegemonías); los intentos más realistas por positivizar principios como éstos son los derechos fundamentales condicionados, aunque no surgen de la praxis real como tal y no tienen alcances internacionales.

Tampoco podemos hablar de legitimidad axiológica de tales fundamentos, ya que históricamente sólo han sido pensados y distribuidos desde la óptica euro-céntrica y americano-céntrica hacia las comunidades industrializadas y hacia las periféricas (muchas de tercer mundo) sin tomar en cuenta sus particularidades socio-político-económicas ni su sentir.

Ante esta situación, posturas como el relativismo cultural han apresurado e intensificado la crisis mundial de legitimidad de tales principios morales. Dichas posturas sostienen que cada forma de vida propia se ve a sí misma tan natural y correcta que para cada una sería difícil concebir a otros viviendo de manera tan distinta, y en cuanto se observan otros modos de vida, se apresuran a calificar a esos pueblos como “primitivos” o “atrasados”.

Hans Ruesch, escritor Suizo, por ejemplo, narra en su obra *País de las sombras largas*, la costumbre entre los esquimales varones, de ceder a sus invitados igualmente varones, a su mujer para que la mujer “ría” (como ellos le llaman al acto conyugal) con el invitado. Esto evidentemente en la cultura occidental sería contrario a las buenas costumbres además de ser algo equivalente a prostituir a la mujer, sin embargo este gesto de generosidad y hospitalidad es muy apreciado y éticamente tiene una profundidad muy trascendente entre estas comunidades, a tal grado que si se rechaza

este obsequio, el sujeto que rechaza es mal visto, es un ofensor al honor de su anfitrión y no merece estar entre ellos.

Así, los relativistas sostienen que la idea de lo “correcto” descansa únicamente en las costumbres o tradiciones y no fuera de ellas, no habiendo por tanto, “verdades” morales y objetivas que valgan para todos los pueblos en todas las épocas; de esto hay algo de verdad, pues no puede ser verdaderamente objetivo, algo que es intangible y relativo como la moral. En esta tónica las escuelas positivistas-analíticas del derecho responden recurriendo a su “caballo de batalla”, la lógica, sosteniendo que lo que las personas creen no tiene nada que ver con lo que “es”. Por ejemplo, algunos autores sostienen que si los calacios (una tribu hindú) tienen la “buena” práctica de comerse a los cadáveres de sus padres y los griegos lo ven mal, prefiriendo éstos la cremación, podría ser que una u otra práctica fuese “objetivamente” correcta o incorrecta, y que, por tanto, uno de ellos estuviera equivocado; una postura demasiado arrogante, etnocéntrica e inquisitiva.

Para supuestamente evidenciar el equívoco de algunas culturas y sus prácticas recurren a un ejemplo bastante gastado, además de incongruente con su pretensión, diciendo que por el hecho de que en algunas sociedades la gente crea que la tierra es plana y en otras crea que es esférica, no supone que por ese desacuerdo esté ausente una “verdad objetiva”, en términos geográficos, concluyendo que algunas sociedades pueden estar equivocadas en sus creencias acerca del mundo. En primer lugar este ejemplo, que versa sobre un hecho físicamente verificable por vías empíricas e incluso científicas, sobre cuestiones naturales dadas y cuya certeza es objetivamente apreciable, no es compatible comparable con el ejemplo sobre las costumbres o el *modus vivendi* de una comunidad concreta, pues en tales casos tanta verdad tiene una comunidad sobre su perspectiva de la vida y la muerte como la tiene otra diversa, no hay elementos fácticos, concretos, verificables y “objetivos” que determinen que una esté universalmente y “objetivamente” errada y otra correcta; es decir, al tratarse de cuestiones axiológicas, valorativas (trascendentales) y no apreciables en los hechos, no podemos determinar de forma arbitraria y determinista que algo es incorrecto o correcto.

Aun suponiendo que “objetivamente” o por vías científicas, como lo han venido haciendo los analíticos con la lógica, se hiciera evidente lo correcto y lo incorrecto de ciertas conductas sociales o de ciertos valores, dichas calificaciones aún así serían relativas a ciertas épocas y a ciertas condiciones de posibilidad cognoscitiva del hombre, esto es, se trataría de paradigmas (entendidos como modelos, pautas o prácticas que definen a un ámbito cognitivo durante un lapso determinado), los cuales, como es sabido, surgen de una realidad muy concreta y pueden ser derrocados totalmente por nuevos paradigmas que con posterioridad tengan argumentos y evidencias más convincentes sobre cierto fenómeno de acuerdo a las condiciones materiales e intelectuales de una comunidad; se trata de experiencias, creencias y valores que afectan la forma en que un individuo percibe una realidad concreta.

Recordemos que la ciencia, la lógica u otro instrumento sustentado en operadores racionalmente científicos, y que pretenda resolver cuestiones concretas de forma práctica, lo único que producirán son certezas, nunca verdades tal como pretende la supuesta “objetividad” vista como forma que ha sido el escudo de muchos pensadores jurídicos y que ha conducido al sin sentido y a la opresión de las comunidades modernas (pues no se aceptan otras formas de fundamentación jurídica) gracias al endiosamiento perpetuo de los etnocéntricos esquemas axiológicos y de construcción jurídica planteados como verdades o axiomas de la vida humana y que todos deben observar.

La verdad, más allá de ser relativizada como argumentan los pensadores del relativismo cultural, es un concepto que se ha vuelto imposible de determinar y más aún cuando se trata de cuestiones valorativas y trascendentales como los D.H., ya que la verdad no se define a sí misma (cómo saber que estamos en un remolino, si estamos dentro del remolino); hace unos siglos, por ejemplo, decir que la tierra es plana era el paradigma y la “verdad objetiva” bajo el sistema de validaciones existente para la comunidad pensante; incluso por decir que la tierra es esférica (paradigma que en nuestros días es “la verdad”) llevó a muchos hombres a la hoguera.

En este sentido, no podemos de forma visceral y autoritaria llevar a la hoguera de la indiferencia, el odio, la represión y la imposición, a comunidades diversas, a la otredad, sólo porque no hemos sido capaces de comprendernos *cara a cara* y por que los

llamados principios morales “universales” y las “verdades mundiales” como el discurso mundial de los D.H. son defendidos a costa de lo que sea, e incluso de quien sea, como argumentos ontológicos fuertes del tipo todo o nada, dejando de lado paradójicamente el humanismo y la benevolencia para con los hombres de carne y hueso. No se trata de un problema de verdad sino de ponernos de acuerdo desde la pluralidad en continuo cambio. Se trata de que, a partir de la pluralidad de ideas y posturas (no sólo la occidental) se busquen acuerdos que reduzcan el número de víctimas derivadas de una decisión; se trata de argumentar, votar, consensuar y actuar con mecanismos más directos, esquemas que nos den seguridad, pero siendo susceptibles de cambio constante según las nuevas necesidades.

Los defensores de estos metarrelatos argumentan que es falso negar la objetividad y las verdades sobre ciertos fenómenos, pues, según ellos, es un error tratar de sacar una conclusión sustantiva acerca de un tema, del mero hecho de que hay un desacuerdo acerca de él. En verdad lo que están diciendo es un argumento falaz, pues no es que se esté sacando una conclusión a partir del desacuerdo, sino todo lo contrario, que existe esa imposibilidad de sacar precisamente conclusiones, de llegar a verdades objetivas; no es, como dije, que se trate de un simplista relativismo del cual nunca podríamos salir, sino de conceptos imposibles de determinar, teniendo por tanto que buscar nuevos esquemas de validación, pero ahora sobre la base de conceptos y categorías concretas, plurales, humanistas y pensadas desde todas las realidades para que puedan ser consensuadas, de lo contrario, seguiremos en el relativismo que nos conducirá a la muerte de la humanidad o en la mismidad sojuzgadora.

Freud, haciendo referencia a la justificación de lo inconsciente (aquello que objetivamente no podemos determinar aún cuando lo vivimos) sostiene que

“La conciencia no ofrece al individuo más que el conocimiento de sus propios estados anímicos. La afirmación de que también los demás hombres poseen una conciencia es una conclusión que deducimos *per analogiam*, basándonos en sus actos y manifestaciones perceptibles [empíricas] y con el fin de hacernos comprensible su conducta [es decir que] psicológicamente atribuimos a los demás, sin necesidad de una reflexión especial, nuestra propia constitución [o condición] y por tanto, también nuestra conciencia, y esta identificación (usada para poder comprendernos) se extendió desde el yo hacia los *demás* [otredad], sin embargo dejó de ser adecuada conforme *lo demás*

fue separándose del yo...la aceptación de una conciencia reposa en una deducción y no en una irrefutable experiencia directa.”⁹¹

De todo lo anterior se ve una tendencia de recurrir a la lógica para argüir que el hecho de que no todos conozcan las verdades morales universales, no supone su inexistencia o invalidez y por ende su legitimidad; de esta forma arrogante y etnocéntrica pretenden que los postulados eurocéntricos sean la verdad, por encima de las particularidades de la otredad mundial, solo por el hecho de presentar supuestos argumentos lógicamente consistentes. Suponiendo que tales argumentos sean consistentes, parece que estos “pensadores” ignoran lo que es la verdad en lógica; en lógica, la verdad, hace referencia únicamente a la consistencia de las premisas con su conclusión, que además debe estar apoyada por una garantía; es decir, no muestra la verdad en cuanto tal sino la coherencia de los argumentos. Además, *“la verdad o falsedad se predica de las proposiciones (que conforman un argumento), nunca de argumentos. La validez o invalidez es un atributo que pertenece solo a los argumentos deductivos...un argumento puede ser válido aun cuando una o más de sus premisas no sean verdaderas.”*⁹²

Considero que, al menos hasta ahora, no podemos hablar de escalas axiológicas iguales comunes para todos, esto supondría un etnocentrismo despectivo, supone dogmáticamente que los ideales (ideologías) de la modernidad, o incluso los de la periferia, son correctos y perfectos por definición. No se trata de calificar, sino de buscar consensos en la alteridad, no de determinar si las costumbres son o no las que determinan los valores o el proceder de una comunidad. Coincido en que sí deben haber (y además son necesarios) principios fundantes, que si bien deben en esencia adoptarse por las comunidades en el planeta, tendrán ciertas peculiaridades y aspectos muy variables de un lugar a otro y tendrán que consensuarse simétrica y democráticamente. Por ejemplo en algunas culturas cierta falta será castigada de forma diversa que en otra⁹³; algunos llaman a estas variaciones “excepciones legítimas a las reglas generales”.

⁹¹ Freud, Sigmund, *El malestar en la cultura*, Alianza, Madrid, 1984. p. 169.

⁹² Copi, Irving M. y Carl Cohen, *Introducción a la Lógica*, Limusa, México, 2008. p.75.

⁹³ Por ejemplo, entre los Mayas de Chiapas (México) el que mata a otro miembro de la comunidad se le castiga, en primer lugar, debiendo cultivar el terreno del asesinado a fin de alimentar a la familia que ha quedado sin sustento.

Principios fundantes últimos propuestos por pensadores filosófico-jurídicos como Santiago Nino o Juliana González, dentro de los que se encuentran la autonomía, dignidad, persona, respeto, etc., en términos generales han sido fundamento de muchas realidades occidentales; no obstante tales principios son concebidos de forma diversa cuando pluralmente son pensados, argumentados y construidos por cada comunidad, buscando las excepciones y adecuaciones de ese principio general que ha sido debatido y consensuado desde cada particularidad social. No podemos seguir concibiendo categorías rígidas y eternas, normas o principios “universales” como los postulados discursivos de los D.H. que no admiten, en la praxis real, excepciones ni opiniones más que las determinadas por el capital y los “representantes de la paz” en Ginebra.

Tampoco se trata simplistamente de que se deje la vida humana al arbitrio ilimitado de las comunidades, como si su voluntad fuese incuestionable a modo de dogma; no por ser pueblo, éste tendrá la razón. Considero que los límites a las costumbres o al proceder de ciertos grupos humanos surgirá de los consensos entre comunidades que cara a cara confronten sus diferencias ontológico-axiológicas para conformar ideales regulativos a nivel interno y externo basados en fundamentos valorativos que apelen a la razón, tomando en cuenta a las periferias y manteniéndose abiertos al cuestionamiento.

Pienso que tales principios deben ser plurales para que adquieran una concreción legítima, fundados en el derecho al trabajo como una condición de posibilidad de que, la comunidad concreta de que se trate, es capaz de construir y ejercer sus derechos por sí y desde sí, sin que las instituciones sean “oídos sordos” a la voz popular ni representen obstáculos, desconfianza e ilegitimidad. Por tanto, los nuevos fundamentos ético-jurídicos deben apelar no sólo a estructuras lógico-formales sino a elementos antropológicos (hechos) y a los axiológicos (valores concretos) para poder llegar a una verdadera legitimidad de principios fundantes últimos, y así entendernos en un mundo tan complejo y diverso.

Los Mayas muestran la irracionalidad del derecho moderno, ya que en este derecho el asesino (que es encarcelado) y el asesinado dejan a dos familias sin sustento, siendo castigadas las familias. Véase en Dussel, E. *20 Tesis de Política*, p. 142.

[2.2.] La ideología jurídica dominante: el derecho a la igualdad *versus* derecho a la diferencia.

Dentro del ámbito del derecho, y más aún en el de los D.H., es muy frecuente escuchar el término “igualdad”, ya sea entre los hombres, ante las leyes o de posibilidades materiales. El ideal de civilización moderna se ha sustentado en el anhelo de una sociedad igualitaria, con principios universales, homogeneizante, sorda a la diferencia y con un propósito común compacto, de manera que se consideraba a la ciudadanía como una identidad universal general, donde todos los sujetos debían asumir de forma canónica los postulados y teorías metafísicas de los pensadores modernos para desarrollarse libremente, en unidad y con garantías formales igualitarias.

En los foros jurídico-políticos actuales resultaría fuera de lugar contravenir la idea del derecho a la igualdad, pues ello contravendría la concepción liberalista de la democracia occidental; un esquema bajo el cual hemos vivido gran parte de la población mundial, a pesar de su falta de credibilidad y eficacia actuales.

Sobre la categoría de “igualdad” tenemos que, en términos generales se entiende como una proporción o equivalencia, o bien como la conformidad de un elemento con otro, pero que siempre involucra a dos o más miembros de una totalidad; en este sentido, la igualdad que importa a las ciencias sociales es en un sentido normativo y no descriptivo, pues no necesitamos teorizar o iniciar debates simplistas para evidenciar que empíricamente dos personas no son completamente iguales, de forma que al derecho sólo le interesan aquellas diferencias que trasciendan en el desarrollo humano y que pueden resultar perjudiciales para la vida social democrática (por ejemplo, la desigualdad en el ingreso entre dos personas considerada para efectos de determinar las contribuciones a pagar). La igualdad, como postulado fundamental de la civilización moderna, pretendía que los hombres tuviesen las mismas posibilidades de participación política (representantes y representados), las mismas posibilidades de acceso a la riqueza, el mismo trato ante las leyes y las mismas posibilidades de justicia aunque sobre una plataforma de desigualdades materiales muy marcadas.

Paradójicamente, las teorías y políticas materializadas por los hombres de estado y otros grupos de poder comenzaron a “exportarse” hacia otros lugares, tanto de oriente como de occidente, al norte y al sur, gracias a los viajes de circunnavegación, el comercio, el esclavismo, el colonialismo militarista, y el modelo de educación europea, pretendiendo que los postulados de los hombres “ilustrados” fuesen el talmud para todo el mundo que aspirase a ser civilizado. A pesar de que la igualdad humanista-moderna es pregonada por los intelectuales europeos y los norteamericanos como condición de posibilidad del desarrollo y la felicidad humanos, dicha categoría es producto de una cultura hegemónica univocista que comienza a dejar fuera de la corriente central de la humanidad al resto de las culturas que no corresponden con el arquetipo o modelo jurídico-político-económico occidental.

Con el desarrollo y aplicación de las ideas liberales, reproduciendo la vida humana de acuerdo al capitalismo, comienza a institucionalizarse la idea de una sociedad igualitaria basándose en el *standard* occidental sin rechazar la diferencia como concepto, dejando que cada sujeto se dedique a lo que mejor le acomode y haga de su vida lo que le plazca sin afectar a terceros. De esta forma diversas esferas de la vida social comienzan a privatizarse y a monopolizarse su dominio gracias al “dejar hacer, dejar pasar”. Debo recalcar que cualquier sistema por legítimo y democrático que sea no puede ser perfecto pues inevitablemente excluirá a muchos ciudadanos por no encajar con la idea de ciudadano en boga o porque tal calidad no permite cierta forma de acción o participación político-social. Sin embargo, el modelo civilizatorio moderno, racional y acabado, impedía la perfectibilidad del mismo y negaba a los “otros”, sujetos que trans-históricamente aparecieron en la escena social europea (como los indígenas de América, los esclavos africanos o las nuevas servidumbres). *“Por ello, la igualdad de la comunidad política burguesa dejaba fuera a la mayoría de la población.”*⁹⁴

Como dijimos, la igualdad para el derecho implica que, respecto de la titularidad de situaciones jurídicas, existe una proporción o conformidad entre dos o más personas proveniente de su atribución a la clase de sujetos entre los que se predica; es decir, que seremos más “iguales” en la medida en que somos titulares de las mismas situaciones jurídicas (sean libertades o poderes, obligaciones o prohibiciones). En el caso de los

⁹⁴ Dussel, Enrique, *Op. Cit.* P. 142.

D.H. encontramos primeramente un problema; tales fundamentos entonces no serían derecho porque, además de la falta de coercibilidad, no se atribuyen a clases de sujetos, sino a todos los hombres por ser tales (según el discurso mundial) de forma apriorística. Por otra parte tenemos que el derecho a la igualdad jurídica reconoce únicamente como iguales a aquellos sujetos que estén dentro del arquetipo moderno, debiendo lograrse que todos los sistemas jurídico-políticos, todos los hombres y todas las culturas se sujeten a un mismo esquema de reproducción de la vida, un mismo esquema regulatorio de las conductas, un solo proyecto civilizatorio, una misma lucha, una uniformidad del pensamiento y una misma escala de valores “universales”.

Actualmente el discurso de los D.H. hace énfasis en los derechos a la autodeterminación, las perspectivas de género, los derechos de las minorías y otras categorías que refieren a la diferencia de los pueblos y su supuesta afirmación, pero dicho discurso reconoce contradictoriamente como única vía del desarrollo, la seguridad, la paz, la prosperidad y la legitimidad sociales a los modos de reproducción teórica y materialmente empleados por la modernidad y sustentados en el liberalismo capitalista, hoy retomado por los sistemas políticos eufemísticamente llamados social-democracias.

De esta forma, sólo se está reconociendo que hay otras formas de ser-en-el-mundo, que existen formas de vida que enriquecen al mundo occidental o las formas de construir y validar el derecho, que forman parte de la llamada cultura general, pero que en ningún caso se permite su aportación, ni mucho menos su aplicación auto determinada por las comunidades (y nunca si contraviene al derecho positivo y los sistemas vigentes).

Pero, si el discurso de los D.H. y el propio derecho positivo del orden vigente de cada estado buscan erradicar las diferencias que representen un menoscabo a la libertad o a la dignidad o sean obstáculo al desarrollo independiente de la vida humana y social, ¿cómo es que han constituido la segregación de los hombres, el autoritarismo, la propia negación de las peculiaridades humanas y la negación de la esencia del principio de igualdad?

Esto podemos resolverlo acudiendo a la historia; como ya mencionamos, los derechos del hombre y las ideas revolucionarias humanistas derivadas de las ilustración

fueron el esquema a imitar por todo el mundo (aún cuando negó a miles de hombres y mujeres por diversas condiciones), y aunque a priori reconocían a todos los hombres como “iguales”, dicha condición era condicionada y era, paradójicamente, etnocéntrica y discriminatoria. Más tarde, gracias a las luchas libertarias en diversos escenarios mundiales, se logra una ampliación de la titularidad de derechos y beneficios, aunque bajo otras formas de dominio; es hasta el término de la segunda guerra mundial y a través de la carta de derechos de la O.N.U. que se impulsa la institucionalización de los derechos de hombres y mujeres en supuestas condiciones igualitarias, aunque los vencedores de dicho conflicto bélico se atribuyeron una soberanía ilimitada sobre los pueblos del orbe, sancionando paradójicamente la desigualdad entre los estados, y por tanto, entre los sujetos. Pretendiéndose una apertura universal de las fronteras y una conversión ética de los hombres al altruismo metafísico, se reprimían las diferencias y se penalizaba a los sujetos más débiles del sistema. El poder político concentrado por los vencedores de la segunda guerra ha constituido un gran menoscabo para las libertades, más que cualquier poder dividido y diferenciado.

La igualdad metafísica del discurso de los D.H. y de la modernidad niega el reconocimiento de la singularidad de cada sujeto, reduciéndolos a *lo mismo* pese a su peculiaridad diferente, negando a su vez la posibilidad de una autodeterminación real de *los otros* bajo principios fundantes y postulados regulativos consensuados simétrica y democráticamente, de forma perfectible y cambiante en paridad con los esquemas occidentales, esto gracias a que la democracia occidental y el discurso de los D.H. han sido exportados por la propaganda mediática de empresarios a quienes conviene, por la represión de organismos judiciales, militares y de policía internacionales (así como estatales), con la violencia de las armas y con la hegemonía del pensamiento jurídico, político, económico y cultural de occidente. Bajo estas condiciones se puede ser *igual* siempre que se esté sujeto al canon establecido, se puede aspirar a mejores condiciones materiales y formales de igualdad siempre que se tengan los medios económicos y de poder para aspirar a ello, podremos ser más iguales en el esquema liberalista-moderno mientras potenciemos nuestra capacidad de filiación corporativa con una cúpula más poderosa y hegemónica.

Gracias a las formas y medios por los que la humanidad se ha reproducido y “desarrollado”, se ha presentado un fenómeno muy peculiar que Danilo Zolo ha denominado ley de eficacia decreciente de los derechos subjetivos, argumentando que a la ampliación del reconocimiento de la titularidad formal de nuevos derechos corresponde una eficacia decreciente de su disfrute, ya que las formas de garantizarlos son cada vez más selectivas y corporativistas (además de que muchos de los nuevos derechos pugnan con las economías de mercado y con los postulados liberalistas, por ser de carácter social).

Así, *“tanto la teoría oficial como la acción [manipulada] concerniente a los D.H. han sido confiadas a editorialistas triunfalistas, a diplomáticos aburridos y a tribus de abogados millonarios de New York y Ginebra, para quienes la experiencia más aterradora de violación de los D.H. es que les hayan servido una mala copa de vino.”*⁹⁵

Del esquema naturalista que consideraba que todos los hombres en cuanto producto de la naturaleza eran iguales y actuaban por naturaleza, pasamos al esquema racionalista del positivismo analítico que considera a la razón como vía para pensar e institucionalizar la idea de igualdad moderna, alejada de lo ontológico, lo antropológico y lo valorativo, pues el hombre actúa de acuerdo a la razón, negando las tres formas de conflicto moderno señaladas por costas Douzinas: el conflicto dentro del Ser, el conflicto con los “otros” y el conflicto con la naturaleza. Dicha negación, como señala Douzinas, nos ha conducido al autoritarismo político, a la guerra de Vietnam, a la bomba atómica y a la catástrofe ecológica. En este sentido, observo a una “igualdad” mimética, disfrazada, ambigua, metafísica; una igualdad que dista de poder materializarse, una igualdad avasalladora, del tipo “todo o nada”, una igualdad transnacionalizada e impositiva, negadora del humanismo libertario, una igualdad entre desiguales, silenciadora de la otredad.

Derivado de lo anterior puedo atreverme a señalar que la “igualdad” moderna, al igual que el discurso de los D.H. ha sido una paradoja que más allá de darnos salidas a las problemáticas sociales actuales y de lograr sus fines, nos ha conducido al autoritarismo, a la indiferencia, a la complejidad social, a la ajenidad de la persona de carne y hueso y a la desigualdad misma.

⁹⁵ Douzinas, *Op. Cit.* P. 9.

En las sociedades actuales, caracterizadas por la complejidad, por la pluralidad de intereses y de grupos sociales, por ser entrópicas y tendientes a la otredad, resultaría una broma de mal gusto hablar de la igualdad moderna como condición de posibilidad emancipatoria o como vía para superar las limitantes y diferencias que trascienden en el mundo del derecho.

Ante esto, ¿todo está perdido?, ¿es la ontología hoy por hoy una teoría del vacío donde *ya no hay ser?*, ¿la entropía social es un remolino sin salida? Son cuestionamientos difíciles de resolver de forma contundente por la propia condición social actual tan plural, diferenciada, saturada de información y de posturas teóricas. En lo personal, considero que un simple relativismo existencialista o un rebuscado naturalismo esencialista y antropocéntrico o bien un positivismo analítico, cientificista y tecnicista distan mucho de ser salidas emancipadoras globales, generadoras de consensos, que den legitimidad a las instituciones jurídicas, que garanticen la praxis real de los D.H. y menos aún que proporcionen condiciones de igualdad. Me parece que más prudente y realista sería partir de esa paradoja de la igualdad y de los propios D.H., de las condiciones sociales actuales, de lo que hoy implican las formas e instrumentos de creación y aplicación del derecho positivo, en contraste con la praxis real de los D.H. para plantear la idea del derecho a la diferencia; el derecho de los hombres a *ser políticamente en el mundo* como condición para erradicar perfectamente las asimetrías socio-político-jurídicas y para replantear la noción que en un sistema democrático perfectible y humanista, en el siglo XXI, se debe tener sobre el derecho positivo y sobre nuevas formas de creación y reconocimiento de nuevos derechos.

Al hablar de derecho a la diferencia, derechos del *otro* o *alteridad*⁹⁶ jurídica no pretendo destazar a los principios de certeza y seguridad jurídicas, ni plantear un sistema jurídico de preferencias discriminatorias que impacten negativamente en el mundo del derecho, pero tampoco podemos continuar con la mismidad inmutable del positivismo jurídico ni con la universalidad totalizadora del discurso de los D.H. que

⁹⁶ El término Alteridad hace referencia a la condición de ser otro o distinto; implica dar lugar a la perspectiva del "otro" antes que la nuestra, considerando y teniendo en cuenta el punto de vista, la concepción del mundo, los intereses y la ideología del otro, dejando de suponer que la "de uno" es la única posible. Significa afirmar la singularidad de cada sujeto por encima de la mismidad totalizante.

niegan las peculiaridades de la pluralidad social (de hecho, negar las diferencias es, paradójicamente, el gesto característico de las diferencias). Como históricamente sabemos, las hegemonías de occidente han colonizado al mundo de diversas formas, materiales e inmateriales. La modernidad nos ha heredado al hombre abstracto, al sujeto jurídico impersonal, sin contenido carnal, un sujeto vacío que ha sido caracterizado y llenado por el hombre blanco occidental (generalmente de clase media) cuya personificación ha sido la medida de todas las cosas y la entidad jurídica por excelencia. De esta forma, la igualdad moderna pretende subsumir la singularidad de “los otros” a “lo mismo”, al esencialismo humanista o al individuo positivista, de forma que el *sí mismo* (como el sujeto trascendental de Kant) determina a *lo otro* como una fotocopia, aunque ilegítima y apócrifa.

Parto de la comprensión de *alteridad* en el sentido abordado por el pensamiento de la liberación, concretamente en Enrique Dussel, por llevar a la alteridad a una concreción humanista y reivindicante de la realidad concreta latinoamericana (e incluso, de todo el mundo, ya que su idea de alteridad puede ser dable para diversas comunidades sin que ello represente una imposición ni una mismidad reformista). Como ya observábamos, al referirse al sujeto visto como otro, como distinto en su particularidad y peculiaridad, la alteridad implica dar lugar a la perspectiva del "otro" antes que la nuestra, considerar y tomar en cuenta el punto de vista, la concepción del mundo, los intereses y las ideas del otro como una actitud ética de nuestra parte, siendo solidarios con los otros, con las víctimas de un sistema político-jurídico que reclaman la transformación de sus instituciones, es decir, haciéndonos responsables por los afectados negativamente por un sistema de derecho, dejando de suponer que el mundo "de uno" (occidental) es el único posible.

Significa afirmar la singularidad de cada sujeto por encima de la mismidad totalizante, aspirando a un sistema de derechos dable con posterioridad al reconocimiento de la diferencia, de las nuevas víctimas que trans-históricamente van surgiendo, y que sea heterogéneamente respetuoso y abierto hacia prácticas jurídicas del mundo no occidental. Para ello, el otro nos interpela cara a cara (primer experiencia ética como apertura de una persona ante otra), aproximándose a nosotros directamente, sin mediación alguna todavía, y “*que cuando se revela aun no es*

*adecuadamente comprensible, pero que, con el tiempo, por la convivencia y el solidario compromiso en el camino de la liberación, llegamos a comunicarnos [y comprendernos] históricamente*⁹⁷, gracias a una praxis factible que constituya una mediación ética, ya que la ética requiere de “*mediaciones que hagan pertinentes y aplicables sus normas sin quedarse impotente en el nivel de lo conceptual.*”⁹⁸

Gracias a esto podemos concebir al otro, no como un “otro- yo”, sino como un “otro” distinto de mí el cual me demanda algo concreto y se resiste a cualquier síntesis etnocéntrica y acabada, pero que puede ser, frente a la mismidad, recíprocamente comprensible.

De esta forma, la alteridad libertaria y concreta nos enseña que no podemos reducir al “otro” a “lo mismo”, pero tampoco debemos verlo como parte de una otredad incomprensible, lejana e indistinta ante la cual somos indiferentes (como la figura vacua del sujeto jurídico visto como algo general y abstracto). Como sujetos peculiares y partes de un todo tenemos que reconocernos y comprendernos en cuanto delineamos libremente nuestras identidades alejados de los dictados y esquemas hegemónicos. Tampoco se trata de negar al “sí mismo” (a lo igual) al confrontarlo dialécticamente con lo diferente, esperando que de ese choque (como las luchas de clases soviéticas o los nacionalismos reacios) surja una síntesis mesiánica que absolutice.

El otro está antes que yo, él me precede porque yo soy responsable frente a él; ante su opresión y exclusión de la creatividad y transformación del mundo de lo jurídico, el otro me interpela cara-a-cara haciendo a un lado el alter ego⁹⁹ de lo mismo. Al confrontarnos con el otro cara-a-cara, sin metáfora alguna, nos dirigimos a su rostro único y peculiar (no referido a una serie de rasgos faciales o a una entidad empírica ni a una metáfora abstracta con significaciones sobreentendidas u ocultas). “*El rostro reúne el ver y el hablar en una unidad...el pensamiento habita en el habla, el habla es (y está en) el rostro*”¹⁰⁰, es decir, que el otro se manifiesta en ese rostro constituido por la posibilidad que tiene de interpelarme, de hablarme para que yo escuche sus demandas no en una actitud voluntarista o apostólica (aún cuando se trata de una relación ética,

⁹⁷ García Ruiz, Pedro Enrique, *Filosofía de la liberación*, Dríada, México, 2003. pp. 215-16.

⁹⁸ *Ídem.*

⁹⁹ Alter Ego significa “otro Yo”, lo cual implica que el otro es visto y pensado desde mi perspectiva, en cuyo caso estoy pensando por el otro y no desde él, por que pensar desde él implicaría vivir desde él.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 423.

pero no metafísica), sino que escucho y atiendo al otro por que el vínculo entre el otro y yo constituye un hecho vital necesario y en el cual nos comprendemos, ya que ambos somos condición de posibilidad de la afirmación y realización material de nuestros derechos; y si la praxis (trabajo vivo) y el derecho del otro son presupuestos en el reconocimiento y ejercicio del mío, entonces el derecho del otro siempre es primero, es un precedente necesario del mío. Así, en la relación ética con el otro, *“yo estoy obligado, en deuda con el otro, con anterioridad a cualesquiera contratos o acuerdos.”*¹⁰¹

Así por ejemplo el otro se dirige al médico occidental de clase media para demandarle la materialidad de su derecho a la salud al mismo tiempo que el médico requiere al otro para ejercer el derecho a su profesión y al trabajo; además de esto, en dicha relación ambos pueden obtener algo más que satisfacer necesidades, logrando entenderse desde sus condiciones asimétricas y peculiares para acordar algo concreto; una comprensión distinta de la concepción moderna, donde comprender implica adueñarse o hacerse de algo como propio. No se trata que yo desde mi condición ajena, hable u opine por el otro, cómodamente desde mi estatus, de lo contrario el otro seguirá ajeno, incomprensible y se resistirá a esa aprehensión domesticadora.

Cuando el otro se dirige a mí cara-a-cara y me demanda algo concreto (que no lo lastime, que le dé de comer o que lo tome en cuenta), él afirma mi existencia, crea mi propia identidad al considerarme como único y singular ya que, al dirigirse sólo a mí, sólo yo puedo comprender y atender a su interpelación directa, personal y concretamente. La respuesta al otro, desde la alteridad, será siempre un respeto inmediato por el otro, pues de su producción material e inmaterial depende mi vida y mi desarrollo (individual y social), ese llamado del otro representa la afirmación y la posibilidad de mis derechos y de mi libertad. Se trata de un respeto sin sustento en neutralidades universales ni en la racionalidad ajena a la sensibilidad de la corporalidad viviente; el otro no puede ser reducido a un ejemplo aislado de la aplicación de una ley abstracta, a la particularidad de una mismidad.

¹⁰¹ *Ídem.*

La alteridad en el derecho debe entenderse únicamente como la interpelación del otro y mi obligación frente a él, en una relación en completa asimetría (no en igualdad) y sin reciprocidad de prestaciones; el imperativo ético (que es la demanda no esencialista, sino concreta y corporal del otro) no surge de la racionalidad o las leyes “universales”, sino de un encuentro, asimétrico por necesidad, entre corporalidades vivientes, donde ambos se aproximan hacia el más extraño y diferente, pero que en el desarrollo de la praxis de liberación y de su interrelación como otros podrán comprenderse y acordar la construcción de una nueva totalidad, democrática, perfectible y legítima que privilegie la diferencia y la analogía.

De esta forma, los sujetos no encontrarán condiciones de entendimiento, simetría, consenso y justicia concreta sometiéndose a leyes abstractas y asimétricas (y en muchos casos ilegítimas por no forjar la fuerza de la convicción subjetiva de muchos sujetos excluidos) sino atendiendo al otro, ya que éste se dirige a mí y no a una personalidad jurídica vacua (en este sentido podríamos analizar el caso de los sistemas de impartición y administración de justicia como el mexicano en el que un sujeto-expediente sin rostro es subsumido a la resolución de un sujeto intocable, incomprensible -por sus tecnicismos y artilugios jurídicos- e indiferente, quien juzga al otro de acuerdo con un estándar jurídico “igualitario”, el cual sólo representa la abstracción de la desigualdad sustancial entre los sujetos que son reducidos al carácter común del sujeto jurídico).

Debemos superar el sustento únicamente racional del derecho positivo, por un lado, y por otro el humanismo metafísico y genérico, desplazarlos por el carácter único del otro que va más allá de la individualidad simplista de la pluralidad humana. Al presentarse el derecho como homogéneo y universal, de arriba hacia abajo en una relación de verticalidad (tal como lo pretende el discurso de los D.H.), indistinto y en condiciones de igualdad, se equipara a la diversidad humana a una mismidad etnocéntrica y antidemocrática, donde los pueblos y los sujetos en su singularidad, son clasificados dentro de las categorías del discurso mundial según sus criterios: como humanos, personas dignas, ciudadanos, sujetos jurídicos, o como incivilizados, terroristas, “antidemocráticos”, no alineados, etc. En este sentido, parece que la igualdad moderna de los sujetos consiste en su mercantificación, en su mismidad, en

sujetos intercambiables unos por otros indistintamente dentro de relaciones mercantiles que favorecen al mejor postor (y por ende, al más fuerte, con mejor filiación corporativa).

La igualdad moderna transmutó a la voluntad individual, local y subjetiva en una voluntad general, inmutable, asimétrica y universal; gracias a esto, la idea de los D.H. como praxis contra el estado se ha vuelto una paradoja, pues se trata de una confrontación contra un estado creado fictamente a imagen y semejanza del sujeto etnocéntrico y secular moderno, pero que limita la soberanía de la voluntad libre del sujeto libertario y además es una praxis que se ha delegado a los diplomáticos y otros funcionarios y activistas de elite.

Por último, en lo que respecta a la parte crítica de éste apartado y a manera de complemento, debemos considerar una gran tensión que yace al seno del derecho moderno en simbiosis con el liberalismo y el capitalismo: la tensión entre igualdad y libertad-propiedad. Esta colisión no ha podido encontrar un equilibrio armónico,

“no porque la fuente de la desigualdad social y de la pobreza sea la estructura exclusiva y particularista de la propiedad privada, sino porque los potentes mecanismos de la economía de mercado actúan en sentido anti-igualitario. Son los mecanismos de atribución desigual de la riqueza y de las oportunidades de acceso a los recursos los que crean desigualdad y pobreza, el problema no es, como señalan los economistas vulgares (entiéndase por economistas vulgares, los que confunden al precio con el valor) que el disfrute de los bienes destape el egoísmo “innato” de los hombres.”¹⁰²

Considero que, tal como lo observaba Marx, esta propiedad privada ligada a la libertad del liberalismo como condición de desigualdad no se refiere a la posibilidad de disponer libremente de algo o de tener algo como propio de forma individual, es decir, no se trata de la propiedad como tal, sino de la propiedad privada de los medios de producción, que en un primer momento constituye la posibilidad, de los hombres que los poseen, para poseer ilimitadamente, en desproporción con la limitada capacidad de consumo del propietario y, principalmente con la limitada capacidad de trabajo. Pero, ¿cómo es que esto tiene que ver con el derecho?; primeramente tiene que ver pues ya que como he dicho, la producción del hombre es un hecho histórico-social, que impacta en aspectos materiales (satisfactores, relaciones sociales, infraestructura, etc.) e

¹⁰² Ferrajoli, Luigi, *Op. Cit.* p. 90.

inmateriales (instituciones, educación, cultura, obras intelectuales, etc.), todos concretos, con medida, factibilidad y cercanía al sujeto.

Si las posibilidades de producción socio-jurídica (participación política directa de las comunidades, medios institucionales y materiales, mecanismos legales formales y garantías materiales de derechos, etc.) permanecen acaparadas de forma privada por una llamada “clase política” y por poderes fácticos, difícilmente podremos hablar de nuevos derechos surgidos, pensados y creados legítimamente y con aplicaciones universales (sea en un sentido metafísico idealista o en un sentido jurídico positivista); bajo este esquema no podríamos legitimar el discurso de los D.H. además de que la praxis real de los mismos quedaría completamente fuera (e incluso podría ser ilegal en muchos casos en los que contraría al derecho positivo vigente).

El derecho así concebido, constituye la facultad de “todos” los individuos por “igual” (es decir aquellos con potencial filiación corporativa y de poder) de convertirse ilimitadamente en propietarios de bienes e instrumentos productivos (materiales e inmateriales) y ejercer así una actividad jurídica privada. Además de esto existe otro elemento más complejo dentro de la tensión entre libertad e igualdad que no es objeto de este trabajo pero considero se debe mencionar, y consiste en que ciertas libertades fundamentales, aunque atribuidas a todos los sujetos (sea como ciudadanos, personas, capaces de obrar, etc.), generan desigualdad; por ejemplo aquellos derechos de libertad que limitan la intervención estatal o de terceros en la esfera individual, tales como la libertad de contratación, de prensa o de iniciativas económicas cuyo ejercicio, *“en ciertas condiciones, produce un poder político, económico y comunicativo que se acumula rápidamente en pro de su titular”*¹⁰³ debido a que sólo ciertos grupos y/o personas con cierto status y poder gozan de los instrumentos y medios (productivos) para materializar tales derechos, por lo tanto su ejercicio produce desigualdad, pobreza y libertad.

A manera de conclusión de este apartado, considero que más allá de la igualdad de las revoluciones burguesas, debemos considerar la responsabilidad por la alteridad, por los derechos diferentes del otro (e incluso una responsabilidad frente al otro que no tiene derechos o no se le han otorgado). Esta reivindicación del otro no es igual a la

¹⁰³*Ibidem* p.91

igualdad liberalista, pues esta última, al pretender un reconocimiento del otro como “igual” busca su incorporación forzada en lo mismo; lo que la alteridad implica es el reconocimiento del otro como otro (no como absolutamente otro, tendiente a la otredad), y a partir de esto construir un nuevo sistema de derecho “*posterior al reconocimiento de la diferencia, que sea heterogéneo, diferenciado, respetuoso de prácticas jurídicas diversas.*”¹⁰⁴

El otro, al aparecer como otro, en su diferencia, interpela a nuestra sensibilidad; nuevos discursos y nuevas víctimas nos demandan sensibilidad para dejarnos interpelar, esto es, que como mismidad (homogeneidad etnocéntrica y antidemocrática) dejemos de encerrarnos en nuestras propias categorías y estructuras, que las abramos al cuestionamiento y a las demandas del otro, haciéndonos cargo del otro (de la realidad misma) pero no como una actitud voluntarista sino como actitud de vida inevitable que me antecede, por depender de ella mis derechos y la afirmación de mi propia vida. No debemos continuar con un pensamiento jurídico hegemónico que evalúe asimétricamente a los demás (tal como el discurso de los D.H.), sino cada pensamiento debe autoevaluarse críticamente.

Ahora, tampoco podemos señalar que todo se resuelve con la alteridad y el reconocimiento del otro, no se trata de caer en nuevos metarrelatos, en pensamientos “correctos” o proyectos totalizadores reformistas, la alteridad es una posición que precisamente nos llama a la apertura, a la autoevaluación crítica y a la búsqueda del entendimiento sin esquemas universalistas para transformar nuestra realidad en un nuevo paradigma basado en la diferencia y la analogía. La alteridad será un medio para repensar los tópicos de donde partiremos y los fines sociales a alcanzar, abriéndonos solidariamente hacia el otro que se manifiesta en la pluralidad social.

¿Cómo concretar un proyecto jurídico-político emancipatorio que permita la perfectibilidad de la simetría participativa?, ¿cómo hacer posible la factibilidad de la praxis real de los D.H.?; son preguntas que cada realidad concreta debe comenzar a responder, alejadas de los dictados de los partidos políticos, los órganos burocráticos del estado-aparato y la mercadotecnia mediática, permitiendo la apertura a la

¹⁰⁴ Dussel, *Op. Cit.* p. 142.

participación política de las víctimas que demandan la institucionalización de nuevos derechos.

Por citar un ejemplo aproximado al derecho a la diferencia, podría referirme a las acciones positivas que consisten en *“tratos formalmente desiguales que basan la diferencia en el tratamiento en la pertenencia a un grupo que comparte la posesión de un rasgo minusvalorado...medidas que favorecen a los miembros de un colectivo por su pertenencia al mismo, no por circunstancias individuales.”*¹⁰⁵ Sin embargo este tipo de medidas continúan con el objetivo de igualar a todos en una mismidad, pero quizá puede partirse de esquemas como este para reformular otro que atienda a la alteridad, pues un acierto de las acciones positivas y las medidas de igualación es el reconocer que existen grupos humanos históricamente derrotados o mermados por ser vulnerables al prejuicio, la hostilidad, la incomprensión y la mismidad, respecto de los cuales deben replantearse situaciones y esquemas jurídicos que comiencen a erradicar su condición de víctimas.

De esta forma, considero que el corazón mismo de la igualdad atiende a la alteridad como posibilidad de la afirmación de la singularidad de los hombres y el reconocimiento de la importancia de sus posturas con la intención de encontrar entendimiento y acuerdos en la pluralidad de culturas, sin que ello implique un estándar, una nueva hegemonía inmutable o una nueva mismidad universalista sorda a las periferias.

No se trata de hacernos más iguales, sino de superar los muros de la soberbia, la incomprensión y la mismidad, no para unirnos homogéneamente en una sola lucha, un solo y único proyecto, sino para afirmar nuestra vida y nuestros derechos, así como para entendernos, consensuar y vivir en paz.

¹⁰⁵ Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999. p. 62.

[2.3.] El derecho enajenado: el hombre como sujeto de derechos transfigurado en custodio de derechos.

Considero que para reforzar las ideas anteriores, debo analizar un punto fundamental por referirse al hombre, en cuanto sujeto en sociedad, y al derecho, en cuanto condición de posibilidad de la reproducción y afirmación institucional de la vida humana. Como mencioné con antelación, el derecho es un producto social e histórico, y por lo tanto, causa y consecuencia del sujeto social para quien representa una herramienta que posibilita la vida regulada en sociedad.

Partiendo de lo anterior, tenemos que el hombre, el sujeto social concreto (sujeto minusvalorado, negro, campesino, albañil, homosexual, extranjero, etc.) está por encima de todo, esto es, que las instituciones como el derecho y el propio estado son ficciones que, como muchas otras, constituyen (o deben constituir) mecanismos de dignificación, facilitación, seguridad y limitación de las relaciones sociales que constituyen su vida productiva; esto implica que es, como señaló la modernidad (pero de forma etnocéntrica y metafísica), el hombre un fin y los mecanismos antes señalados son medios, de manera tal que las necesidades, sentires, pensares y realidades del hombre son los que dan moldura a las ficciones institucionales que, como herramientas, facilitaran su desarrollo social y personal. La modernidad defendió esta postura a nivel abstracto y discursivo, como postulado metafísico de occidente y sacralizando al hombre occidental como único referente (lo cual ocasionó una gran paradoja), basándose en los nuevos modos de producción y reproducción de la vida material, intelectual y cultural con tintes liberalistas.

Gracias a la hegemonía del positivismo jurídico analítico, de las revoluciones burguesas, del liberalismo (político y económico) y del capitalismo, comienzan a invertirse los fines de la civilización moderna. Ante las ideas en boga de que la riqueza deviene de las cosas (mercancías, atesoramientos, acumulaciones, etc.), de que el fin y felicidad de los hombres está en la “productividad” mercantil, de que los gobiernos e instituciones estatales están al servicio de las leyes y no de los hombres, de que el derecho positivo debe permanecer rígido, inmutable y perfecto (considerándosele una ciencia, desde el punto de vista moderno –una disciplina cuyo conocimiento se basa en

hechos y leyes verificables y comprobables-), de que la economía de mercado, el estado moderno y las instituciones jurídicas deben resguardarse y garantizarse a costa *de quien sea*, surge un fetichismo por el cual el hombre se ve subsumido a un instrumento que posibilita los artilugios del *sujeto-derecho*, quien se muestra como una entidad autónoma y con vida propia en la escena de la vida social, llena de “*sutilezas metafísicas y reticencias teológicas...que si por libre determinación, se lanzara a bailar.*”¹⁰⁶

Comienza a mostrarse el derecho como algo independiente y ajeno al hombre en su quehacer social e individual, pues si bien se trata de una creación que afecta y se dirige a éste, dicha entidad deja de ser producto de la convicción subjetiva del sujeto-social y deja de ser un medio para convertirse en un fin (acorde con los intereses de quienes se valen del derecho), de manera que si cientos de científicos manipulan libertinamente materiales genéticos, miles de sujetos no tienen servicio médico alguno o miles de niños trabajan en condiciones de explotación, tales hechos son irrelevantes si la norma jurídica no contempla garantías (materiales y/o formales) para atender tales situaciones, e incluso, si los grupos sociales afectados comienzan a demandar las condiciones de posibilidad para satisfacer sus necesidades y reivindicaciones por vías no institucionales o no legales, aún siendo legítimas, son brutalmente excluidos, indiferenciados y reprimidos.

El derecho moderno en estas circunstancias, adquiere un doble carácter a mi parecer; por un lado, su contenido y construcción se han tornado ilegítimos ya que el sujeto se ve desposeído de su capacidad creativo-democrática (trabajo humano concreto, como las acciones del votante, del que denuncia, de los que son tomados en cuenta de forma efectiva al proponer nuevas instituciones, etc.), enajenándola al estado-aparato y a los poderes facticos de forma total y perpetua, volviéndose el derecho un poder extraño que lo subyuga en vez de facilitar su vida diaria y emanciparlo de los esquemas opresivos; y por otro el derecho se autonomiza del sujeto. En este sentido considero que el sujeto se vuelve un custodio de derechos, dejando de ser un sujeto de derechos, ya que el sujeto, aparentemente centro de imputación jurídica legítima, enajena hacia quienes ejercen el poder su capacidad

¹⁰⁶ Marx, Karl, *El Capital*, p. 87.

creativa y productiva, su carácter de sujeto político (entendido como aquel que toma parte de forma efectiva en los asuntos públicos) y por tanto, también el contenido que simétrica, consensual y legítimamente deberían tener sus derechos, en cuanto instrumentos para lograr sus fines en comunidad.

Por ello, el derecho adquiere una autonomía respecto del sujeto y se presenta como una entidad viva que debe ser resguardada por los hombres, como si el hombre fuese un estuche que debe hacer intocables y mantener vivas las instituciones jurídicas vigentes a la vez que el derecho se piensa y se reproduce a sí mismo ajeno al sujeto (por ejemplo, una situación social injusta, aunque legal, permanece vigente mientras el derecho positivo así lo disponga y corresponde a los hombres mantener y resguardar el status quo, de lo contrario el sujeto es criminalizado o simplemente excluido de la participación efectiva).

Bajo estas circunstancias, pareciera que los sujetos sociales, comienzan a enajenarse de sí mismos, lo cual implica la pérdida, por parte del hombre, de lo que constituye su esencia creadora, social y concreta, generándose la dominación de los objetos sobre los sujetos; así el discurso de los D.H. constituye la enajenación de la condición de ser sujeto real de derechos, así como de poder participar simétricamente de sus contenidos, lo cual significa que el derecho deja de ser una posibilidad de emancipación y seguridad del sujeto, enajenándose el sujeto hacia una mismidad marcada por el discurso occidental-moderno. Bajo el modelo marcado por el liberalismo y el capitalismo-moderno, el único poder (aparente) dado a los sujetos es el del dinero (así como otros poderes como el autoritarismo, la supremacía militar o el elitismo); y son poderes aparentes pues en realidad son los objetos y los fetiches de poder los que dominan la psique, la esencia y la materialidad humanas.

Las ideologías liberales y las formas productivas de la civilización moderna comienzan a transmutar al derecho, de un valor de uso (medio para un fin) a una forma mercantil, un instrumento por el cual se intercambian valores cósicos y que a la vez mercantiliza al hombre. Lo anterior gracias a la abstracción del moderno sujeto de derechos, al universalismo etnocéntrico de las normas jurídicas hegemónicas (de Europa, E.U.A. y la ONU) como medida de todas las cosas, así como a las formas en que opera la impartición de justicia y los procesos de creación y reconocimiento de

nuevos derechos, de manera que lo que como relaciones jurídicas se presenta en la realidad, constituye una serie de “relaciones” entre los productos del trabajo, mas no entre sus productores, con autonomía frente a los sujetos (dando la impresión de que las normas jurídicas tienen vida propia, relacionándose entre sí paralelamente a los sujetos, donde el sistema jurídico de que se trate opera ajeno e incomprensible a los hombres). El derecho moderno se muestra como entidad autosuficiente que no depende de los sujetos sino únicamente ellos depende de él, con características inherentes a él (justicia, bien común, paz social, seguridad, legitimidad, garantías formales y materiales se muestran como atributos innatos del derecho) con propiedades sociales que le son “naturales” (como el discurso de los D.H.) o bien, con propiedades racionales inherentes al propio derecho.

De de esta forma el derecho aparece, a la vez, como actor y mediador de relaciones “sociales” cósicas, mas no humanas, se constituye como una relación al margen de los sujetos quienes paradójicamente son quienes lo crean, derogan, transforman y para quienes se aplica; el derecho parece actuar por sí de forma lógica y casi perfecta sin atender al sentir y a las nuevas necesidades de los sujetos (el derecho se torna tan autónomo que constituye instituciones lejanas, ajenas, complejas e indiferentes hacia los hombres, por ejemplo en el caso mexicano, los excesivos formalismos, las solemnidades absurdas que burocratizan la impartición de justicia, las “trampas” de papeles que representan los expedientes sin rostro humano y otras prácticas jurídicas ponen a las partes en conflicto en un escenario ajeno a ellas, donde los litigantes, jueces y funcionarios actúan según sus intereses paralelamente a las necesidades de quienes requieren resolver un conflicto).¹⁰⁷

Haciendo un símil con los estudios de Marx sobre las mercancías y el fetichismo de las mismas, podemos considerar que en las sociedades liberal-capitalistas de la modernidad, se da un proceso de cosificación de las relaciones sociales el cual lleva a su vez a una personificación doble. Por un lado los sujetos personifican un nuevo papel en el escenario jurídico, viendo reducido su papel al de custodios de derechos; por otro

¹⁰⁷ Sobre este aspecto Hegel considera que: *“la obligatoriedad respecto a la ley incluye...la necesidad de que las leyes sean dadas a conocer a todos. Elevar tan alto las leyes, que ningún ciudadano las pueda leer, escondiéndolas en los libros doctos, en un lenguaje extraño, de suerte que el conocimiento del derecho vigente sea sólo accesible a los adocotrados es un solo y único error”*. Véase en Hegel F., *Filosofía del Derecho*, Juan Pablos Editores, México, 1980. P. 179.

hay una segunda personificación por la que el derecho se convierte en un sujeto-derecho, el cual se “comporta” como el sujeto activo de las relaciones sociales, como el elemento que tiene la capacidad de decidir (lo indecible que y lo indecible que no), volviéndose así el derecho una forma de resocialización cosificada de sujetos colocados en un estado de asociabilidad, donde los sujetos productores de las relaciones sociales no logran interconectarse a través de éstas, no logran que sus ficciones creadas los vinculen y los lleven a un entendimiento ni menos aún a consensuar decisiones (en todo caso el derecho es visto por las comunidades -sobre todo por las asimétricas- como un instrumento tiránico, que imposibilita su desarrollo y tranquilidad, como una ficción al servicio de los poderosos que causa repudio e ilegitimidad).

A la par de esta autonomía del derecho, éste se vuelve para el sujeto un instrumento de mercantificación, un medio para institucionalizar sus pretensiones particulares (sean justas o no, sean legítimas o no), cuya fuerza y efectividad para el sujeto derivan de la capacidad de filiación corporativa que éste último tenga así como de sus vínculos con grupos de poder.

De esta manera, la ficta entidad derecho, vista como instrumento para lograr intereses privados, de poder y de subsunción, es estudiada, practicada, ejercida, legislada, aplicada y creada interesada y asimétricamente por grupos de filiación poderosa, como si se tratara de productores de mercancías vendidas en el mercado a quienes más se sometían y se apegaban a sus dictados; gobernantes, políticos y detentadores de capital crean estos dictados echándolos a andar, como si fuesen productos mercantiles que se intercambian con el interés de saber cuánto producto ajeno obtendrán por el producto propio (el sujeto particular, potencialmente afiliado a una cúpula de poder, busca los beneficios que pueda obtener por el ejercicio de un derecho, aún cuando sea injusto, ilegítimo o hasta paradójicamente ilegal).

El hombre moderno, que se pensaba emancipado de las estructuras teológicas y oscurantistas únicamente cambio de dominadores; ahora el sujeto se ha vuelto un objeto de su propio objeto, una mercancía-fuerza de trabajo subsumida a la mismidad jurídica, donde el derecho se vuelve un esquema que debe ser protegido de los propios

hombres y debe preservarse como momento muerto, como algo racional a los hombres o como algo derivado de la naturaleza, de forma universal.

Al igual que las mercancías en el capitalismo se presentan como entidades sin relación alguna con el trabajo humano concreto, el derecho se presenta como entidad sin relación alguna con los sujetos concretos, de manera que éstos, en vez de ser los resguardados, se vuelven el resguardo del resguardo, enajenando sus posibilidades institucionales de reproducir su vida de forma libre y plural.

El derecho moderno y los arquetipos morales de la modernidad, convierten a cada voluntad humana individual en una “voluntad general” (o al menos, la suponen de forma ideal) en el momento en que el estado reconoce al sujeto y lo hace cumplir las leyes, dándole al sujeto una “existencia objetiva”: la persona jurídica. Éste sujeto jurídico “objetivo”, cuya voluntad está alejada de intereses, fines, deseos, valores o simbolismos particulares es incongruente con la persona carnal, el sujeto real que es corporalidad viviente, siendo el sujeto jurídico una caricatura del sujeto real, una caricatura que prepara a los sujetos reales para su cosificación y dominación.

Por ejemplo, en el derecho penal el sujeto jurídico socava a la persona real cuando se elimina o se separa al móvil (que sería el propósito o deseo de actuar u omitir una conducta, el impulso que hace reales a los sujetos) de la intención (que viene siendo una construcción artificial que determina la culpa, atribuyéndose la responsabilidad penal sin atender a razones o móviles del acto), generándose en muchas ocasiones sanciones injustas, desproporcionadas e inmerecidas.

[2.3.1.] Despotismo¹⁰⁸ de la ley.

Parecería contradictorio y hasta absurdo hablar del despotismo de aquello que limita y combate los abusos, las inequidades y el caos social, sin embargo es un fenómeno con el que vivimos cotidianamente.

Como se analizó en el capítulo segundo, los pensadores modernos (así como los pre modernos), en su búsqueda por una justificación de la razón de ser del derecho y el estado en la vida social comienzan a indagar hipótesis de por qué nos asociamos dentro de una comunidad política sujetándonos coactivamente a un sistema de derecho. Quizá los últimos teóricos que plantearon hipótesis de salida al problema fueron los utilitaristas (sin dejar de lado los imperativos universalistas de Kant); Bentham buscó justificar una relación entre el ser y el deber ser por la única vía que podía ser constatable: aquellos enunciados que pudieran ser verificables lógicamente, dando pie al positivismo jurídico. Sin embargo, posteriores pensadores como Austin y Hart comienzan a sobreeser la condición del sentido (entendida de forma coloquial como aquello que siente el corazón pero consiente la razón) y dejan de lado la utilidad como elemento justificatorio, de manera que el derecho ahora es obedecido porque es lo racionalmente adecuado hacerlo, deja de planearse una discusión sobre el sentido del derecho y tratamos de justificarlo y resolverlo a través de la lógica, como si un enunciado lógico constituyera la razón de ser de algo.

Al igual que la racionalidad económica weberiana que consideraba a la ciencia empírica como un conjunto de juicios sobre la verdad o falsedad, la eficiencia o ineficiencia de la interacción entre medios y fines, dándole una neutralidad valórica al análisis de los hechos, el derecho moderno se ideologizó, absolutizándose como una mera forma o procedimiento y presentándose como la única realidad posible negando a los sujetos en cuanto actores sociales de lo jurídico y a los movimientos sociales legítimos.

¹⁰⁸ En el término despotismo, veo una relación vertical, donde uno de los términos opera de forma paralela, absoluta, arbitraria y casi siempre sin sujeción a algo que lo frene, con respecto al otro. Si bien el derecho debe ser una entidad suprema que prive ante cualquier relación social injusta, anárquica e ilegal, no debemos perder de vista que es el hombre quien supone al derecho; por ello ante una interpelación con argumentos fundados racional y valóricamente, acordados simétrica y democráticamente, para incluir nuevos derechos, modificar o eliminar fundamentos jurídicos que existen pero resultan insuficientes o deficientes en la realidad, se debe dar cabida efectiva al debate de las víctimas.

El formalismo jurídico se fue convirtiendo en una justificante de los esquemas reproductivos del capitalismo, racionalizando institucionalmente las premisas irracionales de su economía (como la destrucción ecológica con fines de “crecimiento sostenido”), dándose una especie de *“autorregulación de los intereses individuales garantizada y escondida por medio de su formalización”*¹⁰⁹.

“El formalismo se encarga de dar conformidad jurídica al orden socio económico instituido, hasta tal punto que se hipostasia la voluntad general en el ordenamiento positivo como si fuera expresión de la sociedad, cuando en verdad manifiesta los intereses económicos de las multinacionales y las grandes potencias y hace desaparecer al resto de sujetos. La forma se convierte en materia, en contenido para, finalmente, separarnos con los estudios lógicos... El derecho formalizado deviene así como una especie de realidad que se impone a los propios hechos sociales, los conforma y con el tiempo, acaba por convertirse en algo más verdadero que los propios hechos.”¹¹⁰

De ésta forma el discurso de los D.H. condiciona el contenido de los mismos al jerarquizarse según las pautas de las relaciones mercantiles, al igual que los sistemas políticos democráticos se condicionan al limitarse los niveles de participación popular efectiva.

A pesar de esta hegemonía formalista, tampoco podemos negar al formalismo en la formulación de los esquemas jurídicos de lo contrario incurriríamos en otro hegemonismo, de hecho, dejar de lado el conocimiento formal de las cosas por parte del hombre es imposible. El formalismo es un primer acercamiento, un conocimiento a priori por el cual la razón y la realidad se vinculan gracias a la representación que de la realidad hacemos en la mente (dando forma a las cosas). No obstante, cuando consideramos que las formas que median en las relaciones sociales no están en nuestras estructuras mentales y creemos que están en los objetos empíricos, dejamos de lado la realidad junto a su complejidad. Como considera Sánchez Rubio, este es uno de los grandes defectos en los que incurren las ciencias tanto empíricas como sociales. Un derecho que atiende únicamente a la forma jamás podrá considerar a las voluntades en asimetría, a las víctimas, que reclamen una participación equilibrada o que demanden garantías materiales y/o formales sobre ciertas necesidades trans-

¹⁰⁹ Sánchez Rubio, *Op. Cit.* p. 246.

¹¹⁰ *Ibidem.* P. 247.

históricas; este excesivo formalismo ha llevado a la negación rotunda de la praxis real de los D.H., a un discurso de los D.H. que incurre en violaciones a sus propios esquemas como un imperativo categórico de la razón práctica y a la negación tanto del sujeto-concreto de derechos como de su capacidad legítimamente creativa, siendo oprimidas las periferias en cumplimiento de la ley.

El formalismo, en el discurso de los D.H., se ve expresado en lo universalista de sus fundamentos al considerarse que sólo existe un fundamento de tales derechos: un fundamento a priori, etnocéntrico y hegemónico, que es ontológicamente fuerte (o todo o nada), y que por esa fuerza discursiva se hace creer a las comunidades que el contenido de tales postulados será llevado a la realidad material; por ejemplo cuando se invoca que nadie debe ser discriminado por condición humana alguna, en ningún tiempo y en ningún espacio, dado que hay atributos que nos protegen de forma natural e innata. Dicha invocación va más allá del mundo real pues está enunciando argumentos que *deberían ser, como ser*.

Ante este panorama de paradojas y contradicciones al seno del discurso mundial de los D.H. considero que debemos dar respuesta a dos cuestionamientos:

¿Puede el hombre vivir moralmente (como pretende el discurso de los D.H.) sin un discurso racional ligado a principios fundantes últimos, consensuados simétrica y democráticamente?; ¿Puede la ley ser buena en cualquier sentido permanente, si no existen principios permanentes en los cuales pueda ser fundada? Yo considero que no, basta mirar al esquema seguido por el sistema jurídico mexicano para darnos cuenta de que los fundamentos racionalistas, formalistas, que ven al derecho como un momento congelado, que eliminan elementos valorativos, antropológicos y simbólicos de la discusión jurídica y que impiden una participación más efectiva, directa y legítima en la construcción de sus instituciones no han llevado más que a un caos de contradicciones, a la negación de los sujetos sociales y a una relación despótica de verticalidad entre el sujeto y el derecho, así como entre representante en el gobierno y el representado, todo esto debido a los procesos de inversión fetichista (inversión entre medios y fines, la absolutización de la voluntad del representante: el juez, el legislador, el policía etc.), a la complejidad de las sociedades, la pluralidad de intereses y de ideas, la otredad, el etnocentrismo entre otros problemas.

Si como humanidad pretendemos consensuar un catálogo de principios fundantes, de marcos para la acción legal y política o instrumentos que regulen nuestro proceder e improceder, para tener seguridad y certeza en las relaciones sociales diarias (sea a nivel doméstico o internacional) debemos cuanto antes dar cabida a la diferencia, debatir pluralmente, profundizar las discusiones que sobre los fundamentos éticos y jurídicos se tengan para ir articulando una teoría autocrítica y relacional, que compagine los procesos sociales con sus expresiones formales y normativas para que se reconozcan otros procesos instituyentes, se construyan nuevo marcos y se transformen los contextos con la intervención de todos los sujetos de forma perfectible, abierta y simétrica, dejando de lado la univocista legalidad que se legitima por un interesado formalismo.

CAPITULO 3.

La universalidad de los derechos humanos en la mundialización económica. La necesidad de categorías argumentativas y productivas alternativas de los derechos humanos desde las periferias.

[3.1.] Instrumentos jurídicos internacionales de subordinación: la transnacionalización del derecho impuesto.

Hasta aquí hemos analizado lo que en general implica el arquetipo de civilización moderna, sus paradojas y contradicciones así como la crisis de legitimidad en la que sus metanarrativos (jurídicos, políticos, económicos y sociales) han caído debido a su desgaste discursivo, al escepticismo hacia su contenido y a las imposibilidades empíricas de su realización (por ser principios que no logran superar la metafísica y la abstracción del idealismo lejano de la realidad material). A esto se agrega la impersonalidad abstracta del sujeto moderno que lejos de ser emancipado ha sido cosificado, pues lo único que importa de él es su mercancía fuerza de trabajo, sometido a la ficción del Leviatán que ha sustituido a Dios; un sujeto usado por grupos de poder para legitimar sus fines y considerado, formalmente, como igual dentro de una mismidad dictada por otros ajenos a él.

Todas estas condiciones concretas que fueron difundidas e impuestas por el colonialismo europeo y estadounidense desde el siglo XVII (sin menoscabo de los antecedentes colonialistas medievales y renacentistas) hacia el pensamiento y las políticas de las periferias, pese a los movimientos independentistas, al secularismo y a la defensa de los D.H., guardan una profunda “vigencia” ficticia, idealista y fuera de contexto ya que, a pesar de su desgaste e imposibilidad fáctica, los pensadores, gobernantes y luchadores sociales pretenden revivirlas y aplicarlas a como dé lugar, aunque en un contexto mundial caracterizado por la complejidad y el determinismo económico.

Esta nostalgia moderna en la que se busca la homogeneidad, independencia, identidad y sentido, en realidad ha conducido a manipulaciones e inversiones o subversiones de la realidad.

Analizado el contexto de la modernidad, reflexionamos sobre su implicación en el origen y desarrollo de los D.H. en cuanto discurso Eurocéntrico cuyos fundamentos metafísicos buscaron la emancipación del hombre ilustrado de su pasado teológico, opresivo y determinista. Para ello, se partía de la materialización de idealismos empíricamente irrealizables, los cuales fueron guiados e interpretados tendencialmente de acuerdo a intereses individuales, de grupo y de clase por quienes supieron históricamente colocarse como líderes de luchas sociales, o por quienes simplemente aprovecharon las circunstancias histórico-materiales que hacían compatibles y posibles sus intereses con los nuevos arquetipos jurídicos, éticos y políticos de la modernidad.

Ante las condiciones contemporáneas de globalización a las que hemos llegado en el siglo XXI, basadas en gran medida en los fundamentalismos económicos del liberalismo capitalista, el discurso moderno de los D.H. adquiere, un redimensionamiento mundializante con objetivos que se han venido planteando a través de las “generaciones de derechos humanos” a lo largo de la historia “oficial” del *centro*. Así, se habla por ejemplo, de derechos civiles y políticos de primera generación, de derechos económicos, colectivos y sociales de segunda generación o de derechos de los pueblos de tercera generación, etc. que, cabe mencionar, sólo se reconocen a nivel formal, no material, dando pie a que sólo aquellos detentadores de los medios productivos de la humanidad y de la riqueza económica, pudiesen hacerlos valer.

De esta forma, lo que como derechos del hombre y el ciudadano surgió en la modernidad, evoluciona manipuladamente hasta hoy atendiendo a los fines, medios y móviles del capitalismo contemporáneo que, como paradigma social de reproducción, herencia de la burguesía moderna y retomado por las hegemonías, requiere de legitimidad institucional mediante fundamentos políticos, éticos y jurídicos que, en “armonía” forzada con el derecho positivo (que elimina elementos valorativos) de cada realidad concreta, avalen sus acciones y consecuencias.

Como resultado de sus crisis de sobreproducción, de acumulación, de cosificación humana, de explotación y deshumanización, el paradigma del capitalismo clásico adquirió nuevos “rostros”, fundamentos y caminos. En los inicios de la modernidad, ponía al centro la figura del estado como garante de los intereses burgueses, después, dejándola de lado, desregulando toda actividad humana tendiente a sus intereses y ahora propone una homogeneización global a través de la economía de mercado. Todas estas transmutaciones del paradigma capitalista, que se corresponde con la modernidad y cuyos fundamentos se vuelven sus fines principales como civilización, tuvieron que ser respaldadas por fundamentos ideológicos de diversa índole, que posibilitaran cierta coercibilidad a sus postulados renovados.

Por ello, ante la expansión de la *mismidad*¹⁰⁹ capitalista, gracias al colonialismo europeo y norteamericano en busca de “crecimiento económico”, tuvieron que buscarse fundamentos que, validando los fines y medios del naciente imperialismo económico, superaran las limitantes o restricciones institucionales vigentes de los diversos estados-nación. Esto se encontró en la ambigüedad del discurso mundial de los D.H. derivado de la paz de los vencedores (colonialistas y vencedores de conflictos bélicos que se arrogaron la facultad de legislar para el mundo con sus tratados y “acuerdos” impuestos), como instrumento de “libertades” y “homogeneización”, susceptible de maximizar beneficios cuando se tiene una potencial filiación corporativa y de poder. De esto podemos derivar una esfera del discurso mundial de los D.H. que se desdobra en dos fases evolutivas de un mismo proceso o estadios, como en el cuadro que explico a continuación.

¹⁰⁹ Entiendo por *mismidad* un atributo que refiere a la totalidad vigente, a lo homogéneo, a lo igual, a lo mismo, a aquello que, trazado por occidente, *se pone por encima de las múltiples representaciones y las ordena en función de una progresiva perfección definida desde una posición privilegiada*. Véase en Fernández Parmo, Guido, *Mismidad y otredad: identidad y diferencia en el mundo contemporáneo*, conferencia dictada en el marco de las jornadas de filosofía política, organizadas por la Universidad Nacional del Sur, bahía blanca, Argentina, en 2008. Versión digital disponible en: www.sefysmdp.com.ar/mesas/2008/fernandezparmo/2008. Consultado el 1-septiembre de 2010.

En la información de este cuadro se pueden evidenciar las contradicciones que trans-históricamente se han ido presentando, según las coyunturas socio-políticas y económicas en el mundo, por lo que hace al discurso inaugural de los D.H. y su verificación en la praxis a través de los años. Ante el desarrollo del capitalismo moderno, los instrumentos que garantizaban un reconocimiento institucional y moral a sus formas, medios y consecuencias, tenían que adaptarse a las nuevas exigencias socio-productivas del mundo globalizado.

Discurso de los D.H. en un universo moderno.	Discurso de los D.H. en un universo global.
<p>-Surge con la modernidad como resultado de luchas revolucionarias y de la moral burguesa, con cierta legitimidad válida sólo para Europa y E.U.A., derivada de la convicción subjetiva de las comunidades.</p> <p>-Su fin es generar condiciones de libertad e igualdad para los sujetos, superando las estructuras absolutistas y teológicas. Sus fines se fetichizan cuando se absolutiza el formalismo y con los reformismos de la burguesía capitalista.</p> <p>-Pregona prerrogativas para todos por el hecho natural de ser hombres libres (aunque con grandes limitantes y excepciones).</p> <p>-Sus impulsores principales son revolucionarios burgueses y ciertos conservadores de avanzada en nombre de los ciudadanos.</p> <p>-Es tutelado por la figura del estado moderno europeo (como centro y origen del mundo, "universalizando" este discurso) que protege sujetos de derechos y ciudadanos.</p>	<p>-Es resultado del redimensionamiento del paradigma de derechos del hombre de la modernidad, con carácter eurocéntrico, legitimado por voluntad impuesta de las hegemonías, subjetivamente sin legitimidad actual para las <i>periferias</i> y con cierto escepticismo del <i>centro</i>.</p> <p>- Sus fines se van delimitando en las llamadas generaciones de derechos, convalidando al paradigma capitalista, ahora globalizador, como condición de desarrollo humano. Sus fines constituyen una continuidad del fetichismo moderno.</p> <p>- Pregona prerrogativas para todos por el hecho natural de ser personas humanas.</p> <p>-Sus impulsores son los diplomáticos, funcionarios de la O.N.U., abogados millonarios y académicos aislados en nombre de la humanidad.</p> <p>-Es tutelado por "jurisdicciones internacionales" aunque ante esa imposibilidad empírica la tutela se comparte con el estado moderno que protege personas humanas, mundializando éste discurso.</p>

En este sentido, los fundamentalismos liberalistas y economicistas del naciente capitalismo burgués, que se erigieron como los medios y fines de la civilización moderna, manipulando los postulados emancipatorios y racionales de la ilustración, así como los intereses particulares de grupos y clases acomodadas, posibilitaron inevitablemente un expansionismo del paradigma de desarrollo humano basado en la valorización de valor mercantil, la acumulación, el lucro desmedido, la competencia y la explotación natural, a través del colonialismo y el neocolonialismo, dando pie a los actuales proyectos de globalización económica, cultural, jurídica, política y humana a nivel mundial. Para ello se ha venido planteando superar las diferencias entre los reacios nacionalismos, buscando consensos *a priori* en la figura del discurso mundial de los D.H. (así como en otros fundamentalismos metafísicos) que se presentan como reconocimiento y justificación institucional de los esquemas capitalistas

contemporáneos y de sus consecuencias (y si los fundamentalismos económicos colisionan con la moral de los D.H. simplemente éstos últimos quedan inobservables).

No quiero decir que el discurso mundial de los D.H. sea el origen o motivo de la globalización ni menos del capitalismo, o que uno derive del otro. Lo que planteo es que históricamente, tal discurso sacralizado por la modernidad posibilitó el reconocimiento institucional de los fundamentalismos del capitalismo (hoy globalizado) justificándolos como elementos del desarrollo humano, de manera que el capitalismo y su tendencia globalizadora se han valido de este discurso mundial para convalidar sus procesos y consecuencias.

Partiendo de esta nueva esfera del discurso mundial de los D.H. en un contexto estructural y artificialmente globalizado, parece que ésta cobra gran ímpetu defensivo y legitimante pese a ser el gran metarrelato más paradójico del siglo XX; ¿cómo es que sucede este fenómeno? En varios círculos académicos, en los foros gubernamentales así como en los internacionales se habla de consensos estructurales y de civilización, de homogeneidad mundial, de mismidad cultural y de legitimidad del status quo mundial, tanto a nivel doméstico como internacional. En este sentido, ¿cómo podría hablarse de imposiciones jurídicas y éticas en condiciones de “independencia”, “consenso” y “democracia”?, ¿puede hablarse de una especie de transnacionalización ético-jurídica?

Mi intento por hacer una explicación hermenéutica se dirigirá hacia una respuesta afirmativa, y para muestra clara de ello, mencionaré un ejemplo a modo de comienzo. Las “sanciones” impuestas a Irak, por su invasión a Kuwait, avaladas y “legitimadas” por organismos e instrumentos internacionales, significaban hasta 1998 un aproximado de 1 millón de muertos (la mitad de ellos niños); *“cuando estas estadísticas se le presentan a Madeleine Albright, entonces secretaria de Estado en la administración Clinton, ella respondió que era una decisión muy difícil, pero el precio -dijo ella- vale la pena”*¹¹⁰; sin duda una gran paradoja: los “bien hechores”, guardianes de la paz y los D.H., ahora cometen los crímenes que pretendían evitar o prevenir.

¹¹⁰ Douzinas, *Op. Cit.* p.171.

Veamos ahora la parte jurídica. Cualquier jurista argumentaría que, si determinadas acciones, sanciones o instrumentos coercitivos, son aceptados por un país y aplicados en el mismo, no existe imposición ya que dicho país (sea a través de sus representantes o, remotamente, a través de su sociedad) ha decidido someterse al acuerdo en cuestión. Ahora bien, si contraviniéramos esto diciendo que ciertos “acuerdos” (por ejemplo en materia económica) son aceptados por que las circunstancias mundiales (de monopolio, acumulación de la riqueza o hegemonía por ejemplo) no dejan otra salida, se nos respondería que si la hay pues se tiene la opción de no someterse, se nos diría que tenemos vías de libertad. Si atendemos a esta contestación, muchos convendrían en iniciar transformaciones sociales profundas parciales (innovaciones) o radicales (revoluciones) pues de otra forma resultaría imposible jugar bajo las reglas determinadas por los que fabrican los “acuerdos”.

Pero de inmediato el discurso social-demócrata reformista¹¹¹ nos diría que “las revoluciones son fenómenos producto de pensadores trasnochados, de alcance utópico y con tintes de violencia”. Por tanto, la mismidad occidental, eurocéntrica, americanocéntrica y social demócrata negaría rotundamente cualquier intento de emancipación revolucionaria y sus consecuentes cambios de fondo (en México por ejemplo, se sigue discutiendo sobre la viabilidad de la reforma del Estado pese a la evidente caducidad y desgaste de las instituciones estatales que no han evolucionado).

Ante este panorama, ¿qué debe hacer una nación?; si no quiere ser “sancionada”, excluida, agredida, perjudicada y mal vista debe sujetarse al esquema “internacionalmente establecido”, se esté o no de acuerdo, sea o no justo y sea o no equilibradamente construido, o bien, puede optar por un sinuoso, doloroso, trabajoso y peligroso camino en el cual luche contra la mismidad en calidad de *Otro*, por una paridad de aportaciones frente a los demás al construir fundamentos regulativos internacionales¹¹². Ésta última alternativa no ha sido bien vista ni admitida por el orden

¹¹¹ Aquella acción o iniciativa que aparenta cambiar algo, pero en el fondo el esquema institucional o político de que se trate continúa guardando el status quo. Este “cambio” puede traer alguna mejoría accidental pero no responde a las nuevas, transformadoras y legítimas reivindicaciones populares.

¹¹² Reflexionemos sobre la Revolución Cubana, que si bien hoy en día pueden cuestionarse muchos de sus esquemas, no podemos olvidar el asedio norteamericano, sus castigos económicos y comerciales, los ataques pirata y militares, el racismo y la ideologización de odio hacia el pueblo cubano y sus dirigentes en lucha por una verdadera independencia y por un real estado de derecho así como por un reconocimiento internacional de la legitimidad del nuevo orden legítimo revolucionario.

vigente “internacional” (que en realidad es el orden hegemónico mundial) y consecuentemente, si se quiere vivir “pacíficamente” y de paso sacar ventajas personales (como hacen muchos representantes populares) sin ser excluidos institucional y materialmente, se debe seguir el esquema trazado por las hegemonías (trunfalistas de las guerras en el mundo).

De lo anterior no podemos derivar acuerdos, ni consensos sobre instrumentos de D.H. (en el mejor de los casos lo que se da es una negociación sobre la base de elementos y ofertas venidos de una sola de las partes) cuando uno de los elementos de la relación dialéctica es generalmente quien hace los ofrecimientos, las condiciones y las cargas, existiendo impedimentos institucionales así como materiales, pues las hegemonías monopolizan medios productivos, insumos, elementos mediáticos, los contenidos legal y moral, etc. Aún en el supuesto de que hubiesen condiciones políticas “equilibradas”, en términos de negociación y de prestaciones, siempre existirá el predominio de uno sobre otro, sea materialmente, militarmente, económicamente, intelectualmente, industrial y tecnológicamente, etc. El predominio del pensamiento hegemónico es tan fuerte que incluso cuando los fundamentalismos liberalistas, librecambistas y de mercado, avalados por el discurso mundial de los D.H., entran en crisis (como sucedió en 2009-2010) se dice que hay “imposibilidad” de alternativas.

Considero que, cuando los “analistas” con doctorados en universidades de prestigio, salen a la escena pública (en radio, televisión, periódico, etc.) diciendo que hay crisis de paradigmas, resulta que por “paradigmas” entienden al neoliberalismo como el único posible sin tolerancia de otro, siendo los derechos del capital prioritarios frente a *los otros*.

Ejemplo de lo anterior, en mi realidad mexicana, fueron las persecuciones contra damnificados por inundaciones en el estado mexicano de Tabasco en 2007 por saquear tiendas departamentales en búsqueda de víveres que el gobierno mexicano fue incapaz de proveer; si bien las acciones delictuosas no pueden pasarse por alto, éste caso, al igual que el Haitiano donde los cascos azules disparan a saqueadores de tiendas después del terremoto de 2010, evidencia actos antisociales que, fundados en profundas necesidades humanas -comida, vestido, agua, etc.- eximen de la culpabilidad a los sujetos activos (robo de famélico), además de que las represiones a estos sujetos

son desproporcionadas si atendemos a la cuantía de lo que saquean y a que el bien jurídico máspreciado por el estado es la vida y la integridad humana, más que el patrimonio privado.

Ahora bien, si se optase por la vía libertaria de inmediato tendríamos impedimentos institucionales y teóricos, pues las doctrinas y políticas tradicionales han señalado que la comunidad política por sí misma no tiene ninguna facultad institucional para crear y/o transformar instituciones o leyes. En este caso se podría estar actuando fuera de la ley o simplemente sin relevancia alguna para la estructura estatal; en realidad muy poco podría hacerse por esta vía, aunque ha sido el paso inevitable y fundamental para la perfectibilidad y democratización abierta de las instituciones del estado en muchas realidades. En este tenor, el actual siglo de las comunicaciones, la apertura, la súper información y la pluriculturalidad reclama el concurso democrático y simétrico de las voluntades, sentires, posturas y consensos de las comunidades mundiales de formas directas, superando la idea fetichista de que sus representantes son quienes tienen las decisiones y la última palabra¹¹³.

En materia de obligaciones y de pactos, concretamente en materia internacional, se dice que es válido todo acuerdo donde media el consentimiento de ambas partes; por tanto un tratado o acuerdo entre agentes jurídicos internacionales (estados, organismos internacionales, empresas transnacionales, ONGs, etc.) es válido por dichas voluntades aunque no cuente con la legitimidad popular y/o de los excluidos que resintieran, en cuanto comunidad políticamente organizada, alguna afectación en virtud de tal acuerdo (en México, a lo mucho, podría cada sujeto defenderse individualmente a través del juicio de amparo pero únicamente hasta que se materialice un acto en virtud de tal tratado que cause una afectación real y directa a sus intereses jurídicos)

A esto se suman algunos criterios jurisprudenciales y doctrinales internacionales que sostienen que la coacción (violencia) como vicio en el consentimiento no tiene relevancia para la validez o impugnación de un tratado a pesar que en la mayoría de las

¹¹³ Alguien podría objetar este carácter fetichista del papel de los representantes populares arguyendo que el representante expresa los derechos colectivos que defiende, representando teórica y formalmente (es decir, *a priori*) a todo el pueblo y no una parte de él, y de esta forma es imposible (formalmente) que reciba mandatos de un sector. No obstante se pierde de vista la realidad en donde los factores reales de poder colonizan el funcionamiento de las instituciones; toda la estructura institucional refleja los intereses, pactos, acuerdos y decisiones de los factores de poder (por ej. La constitución mexicana de 1917 reflejó los intereses de los diversos actores revolucionarios, aunque los de unos más que los de otros).

legislaciones domésticas esto es muy relevante (señalan que estos males “menores” pueden subsanarse posteriormente en la ratificación del instrumento); la única violencia que podría impugnar un tratado es la que se ejerce en violación del propio tratado, así, “*la coacción que se ejerce para lograr un tratado de paz no resta validez al instrumento...el principio de estabilidad en los asuntos internacionales* [dictado por no sé quien] *demanda que sean válidos.*”¹¹⁴

Por otro lado, no debemos olvidar que todo pacto y consenso jurídico debe tener una licitud en su objeto, con respecto a la norma internacional y a la doméstica; licitud sustentada incluso por el principio de *pacta sunt servanda* (las normas y obligaciones deben cumplirse de buena fe). Pero, ¿cómo puede tener licitud una política, decisión, resolución, institucionalización o legalización que contradice sus propios principios? Por ejemplo, cuando un instrumento internacional signado por diversos países prohíbe el trabajo de menores, pero tiendas departamentales (así como otras empresas nacionales y transnacionales) han venido pactando acuerdos económicos con dichos estados para llevar a cabo actos de comercio donde emplean niños (como los llamados “cerillos” en México) y sin una remuneración, o el conceder, como en México, recursos naturales a otros países o empresas para ser explotados sin hacer consulta o plebiscito previo entre la comunidad, a pesar de que la constitución mexicana establece que el dominio de tierras y aguas corresponde a la nación -concepto político que hace referencia al conjunto social-; y peor todavía, no existen siquiera en muchos países mecanismos de consulta popular, y si los hay, se evade siempre a grupos “minoritarios” y periféricos.

El discurso mundial de los D.H. se complementa recíprocamente, con las tendencias actuales de la globalización, buscándose una mayor homogeneidad (política, económica, cultural, jurídica, etc.) y mayor “integración” por bloques, regiones o zonas, girando dicha “unión” en torno a fundamentalismos economicistas y a metanarrativas metafísicas. De esta actual “simbiosis”, recíprocamente justificativa, entre D.H. y globalización podemos obtener una gran paradoja, por lo que hace al carácter emancipador del discurso de los D.H:

¹¹⁴ Sepúlveda César, *Derecho Internacional*, Porrúa, México, 24ª ed. 2004. P.126.

“La globalización es una ideología que tiene dogmas...El primero es el de la gobernanza de empresa basada en el predominio de los beneficios sólo para los accionistas a costa de los trabajadores, los clientes y el medio ambiente con una exigencia de rentabilidad de los fondos propios. El segundo cuestiona las conquistas sociales por que se piensa que son rigideces del mercado de trabajo y además no le preocupa el estancamiento del poder adquisitivo y la explotación [humana]. El tercer dogma es el de la privatización y desmantelamiento de los servicios públicos...[estos dogmas operan conjuntamente con los instrumentos de la globalización] que son las instituciones financieras internacionales y los medios de comunicación¹¹⁵, [todo esto legitimado por instrumentos jurídicos hegemónicos y su respectiva moral].”¹¹⁶

Como puede apreciarse, las consecuencias fácticas de la “homogeneidad humana” del discurso mundial de los D.H. contrarían en gran medida su contenido emancipador y dignificante cosificando al sujeto social. Ante esto quiero recalcar que no hablo de orígenes sino de correlaciones entre D.H. y globalización, pues ya que el origen de la globalización podemos ubicarla en la economía de mercado, la ideología liberal y en el desarrollo del capitalismo en cuanto modo de producción específico surgido en la modernidad, mientras el origen del discurso mundial de los D.H. se ubica en la modernidad. Pero ambos elementos se correspondieron en su desarrollo, manipulado por los nuevos dominadores, logrando históricamente correlacionarse, encontrándose justificaciones recíprocas.

El derecho, actualmente mundializado a la manera del discurso de los D.H. es impuesto; además del colonialismo mediático (sustentado en la opinión de masas alimentada por la sugestión, la demagogia, la visceralidad y la irracionalidad), el fetichismo del poder político y la cosificación de las relaciones sociales, las periferias en general (indígenas, pobres, negros, homosexuales, mujeres en culturas machistas,

¹¹⁵ Los discursos mundiales de legitimación del estado de cosas se valen de elementos mediáticos que poco se toman en cuenta al analizarse la adopción de instrumentos o acciones jurídico-político-económicas a nivel internacional. El dominio psicológico de masas, que merma casi en su totalidad la autonomía de la opinión pública, es un gran determinante en el rumbo de las sociedades actuales (y lo ha sido de las pasadas) como medio de control social en una cultura de masas, por ejemplo, las campañas mediáticas de partidos políticos que más allá presentar su propuesta apelan a imágenes, falacias, retóricas emotivistas e ideológicas; tal fue el caso mexicano en 2000 cuando las masas enajenadas por el discurso vulgar y falaz de Vicente Fox, sufragaron a favor de éste llevándolo a la presidencia de la república. Ante este argumento muchos dirán que “*la ciudadanía de la era electrónica se caracteriza por la posibilidad de acceder a informaciones infinitas. Pero decir esto es tanto como decir que la ciudadanía en el capitalismo permite a todos convertirse en capitalistas*”. Véase en Sartori, Giovanni, *Homo videns*, Taurus, México, 2003. p. 163.

¹¹⁶ Cárdenas, Jaime, *Poderes fácticos e incompatibilidades parlamentarias*. IJ-UNAM, México, 2006. p.15.

habitantes de barrios bajos, etc.) históricamente situadas, han venido adquiriendo tal condición por no tener oportunidad de participar simétricamente en la creación y aprobación histórica de fundamentos jurídicos y éticos (más bien han luchado contra éstos cuando resultan sojuzgadores).

Las víctimas actuales, en virtud de su condición, obviamente tampoco tendrán la posibilidad de una participación simétrica institucionalmente válida y vinculante; mucho menos podrán tener reconocimiento sus nuevas expectativas jurídicas. Sucede exactamente lo mismo que con el derecho positivo que hemos analizado: un orden dado, que fue producto de un momento concreto consensuado por ciertas mayorías concretas no será el mismo para nuevos actores sociales con nuevas necesidades y en distintas circunstancias; se trata de un orden que además de no tomar en cuenta a las nuevas víctimas niega su sentir, pues cuando un sujeto viene al mundo, existe ya dicho orden como algo dado e impuesto y lo que queda es sujetarse o construir alternativas frente a la mismidad, aunque es probable acabemos encarcelados, relegados, sancionados, mal mirados o hasta “desaparecidos”. Esto es aprovechado por las hegemonías que, buscando lograr sus fines de poder, “exportan” sus creaciones jurídicas hacia países tercermundistas y periféricos logrando importantes cotas de subordinación y sumisión necesarias para el dominio.

La complejidad socio-cultural reclama la superación ético-jurídica de *lo mismo*, lo occidental, lo hegemónico y “universal” si se quiere que las instituciones vigentes sean no sólo legales sino real y convincentemente legítimas. Esto no resulta fácil pues supone por un lado la responsabilidad de las hegemonías por la alteridad, generándose condiciones de entendimiento, y por otro lado instrumentos sociales-institucionales de base, directos y fiscalizados, que posibiliten la institucionalización de nuevos garantes jurídicos y nuevas situaciones de derecho para los sujetos frente a sus nuevas necesidades y circunstancias, dándose apertura a las nuevas víctimas para denunciar sus gravámenes.

Es ante esto que considero fundamental replantear el sentido y el carácter de los D.H. en el siglo XXI vistos desde la praxis real como fundamentos para la acción popular, no como acciones de gobierno ni de poderes extranjeros o supranacionales, superando el discurso metafísico mundial de los mismos como una mismidad jurídico-

cultural. De esta forma corresponde a cada comunidad concreta la praxis de fundamentos emancipatorios consensuados y creados simétricamente por ellas, buscándose ahora que la universalidad de estos fundamentos radique en que los alcances comunitarios de una praxis real de los D.H. sea más amplia.

Siguiendo esta línea argumental, comparto las ideas que al respecto ha manifestado Antonio Carlos Wolkmer¹¹⁷, vinculándolas a la praxis real de los D.H., quien considera que es insoslayable articular *un nuevo paradigma societario de producción normativa*, donde juegue un papel central y vinculante la acción política y protagónica de las víctimas en el seno de cada sociedad que, al igual que otros grupos humanos, desde su propia cultura y tradición, interactúen con normas y patrones distintos a los del mundo moderno; ejemplo de esto fue el movimiento zapatista de 1994 en México que levantó la voz en calidad de víctima, resurgiendo del olvido los pueblos indígenas como respuesta a las situaciones intolerables de marginación y exclusión en la que se encuentran. En esa coyuntura que rompió los esquemas y contravino el “orden” público, fueron ellos, y no los gobernantes ni los diplomáticos, los actores de los procesos de transformación (gracias a este movimiento comienzan los diálogos entre representantes y representados políticos, logrando algunos avances legislativos e institucionales en materia indígena). La comunidad política desfetichizada, vista desde la óptica emancipadora y concreta

“parece ser el germen de una nueva forma de entender la vida política, social e incluso jurídica [una comunidad compleja y plural en la que toman parte] colectivos de los sin tierra o sin techo, feministas, ecologistas, homosexuales, rondas campesinas, comunidades de base, asociaciones de vecinos...quienes tienen demandas heterogéneas que van más allá de los problemas tradicionales y propios de clase.”¹¹⁸

Como señalamos anteriormente, no se trata de que las diversas comunidades políticas tengan toda la razón en sus demandas (mi análisis no busca vislumbrar quién tiene razón, sino encontrar puntos de consenso y entendimiento, instrumentos de perfectibilidad y democratización social e institucional), pues no debemos olvidar los mecanismos de manipulación y control social de que son objeto (asunto que no

¹¹⁷ Véase en Sánchez Rubio, *Op. Cit.* p.265.

¹¹⁸ Sánchez Rubio, *Op. Cit.* p.265.

corresponde a este trabajo). Compartiendo el pensamiento de la liberación, pienso que el papel de los D.H. debe pretender evitar la negación de alternativas ciudadanas, la indiferencia y la represión a posibles procesos de apertura y consolidación de espacios democráticamente legítimos para la transformación institucional, ética, productiva y cultural que a su vez favorezca la dignidad humana; además, la praxis real de los D.H. *“debe encaminarse a la creación de marcos en los que sea posible la apropiación y la reapropiación institucional, por parte de todos, de las capacidades humanas que día a día se van generando”*¹¹⁹ [reduciendo en lo posible las víctimas].

¹¹⁹ *Ídem.*

[3.2.] El pensamiento de la liberación y la hermenéutica analógica como instrumentos para repensar los derechos humanos desde las periferias.

La crisis de legitimidad en que han entrado tanto el discurso mundial de los D.H., gracias a sus paradojas, contradicciones, manipulaciones y fundamentos metafísicos, como el esquema del derecho positivo, merced su rigidez inmutable y acabada así como el burocratismo fetichista del cual depende, reclama nuevas alternativas ético-jurídicas, pero antes que eso, nuevas formas y contenidos para repensar los fundamentos de lo jurídico, lo político y lo ético.

El pensamiento de la liberación aludido en el título de este apartado consiste, en sus grandes trazos, en un discurso autocrítico cuya estructura teórica y argumental busca una independencia de las estructuras del *centro* (hegemonías de occidente históricamente colonialistas), y con ello hacer ver que las comunidades políticas *diversas* tienen la capacidad de reconocer su ética y prácticas jurídicas así como juzgar su propio *ser* y con ello, a su vez, demostrar que el hombre individual necesita a la alteridad para afirmar su propio ser dentro de la pluralidad que nos rodea. El pensamiento de la liberación es abordado desde diversas áreas cognitivas (psicología, filosofía, política, teología, sociología) y con distintos matices y enfoques según el autor; en este trabajo partiré del entendimiento de la filosofía y la política de la liberación basadas en el diálogo y la escucha de los excluidos abordadas por Enrique Dussel, quien reflexiona sobre la liberación de los oprimidos (víctimas de sistemas político-jurídicos) mediante la construcción concreta de condiciones educativas de reflexión sería así como condiciones materiales de acción, que permitan la superación de la miseria (cultural, económica, humanista, jurídica, política).

Considero que, para replantear una noción libertaria, desfetichizada y democrática de lo que implican los D.H. desde la praxis real (en contraste con su discurso mundial y praxis manipulada e ilegítima) deben haber precisamente condiciones de libertad, que aquí asocio a aquel ámbito de la voluntad independiente que posibilita a una sociedad la reapropiación de sus capacidades productivas y transformadoras, así como de los valores de uso, producto de su trabajo, para con ello construir su realidad propia y peculiar, a partir del trabajo vivo, visto como relación social trans-histórica, como

exterioridad de la subjetividad de la persona; una praxis humana vista como fundamento de la historia y la sociedad, que en materia de D.H. se ha visto paradójicamente enajenada al Estado y otros factores de poder (organismos internacionales, diplomáticos, entidades transnacionales, hegemonías militares, etc.), lo cual sería tanto como poner a salvaguardar un banco de sangre al vampiro, un Nosferatu que se alimenta de la sangre de los vivientes.

De esta forma, el trabajo del hombre concreto, la actividad creadora de sus elementos de su subsistencia, transformadora de su realidad y tendiente a satisfacer necesidades humanas, se ve reducida a una simple mercancía, a un proceso de desgaste social humano abstracto con valor mercantil, donde el sujeto es subsumido a un medio para la producción de plusvalor (entendido como aquella “riqueza” social o valor mercantil – visto como mediación económica capitalista- del cual se adueñan gratuitamente los detentadores de los medios productivos y grupos de poder: gobernantes, explotadores sexuales, intervencionistas militares, magnates, etc.)

Gracias a que el sujeto de las sociedades capitalistas sólo existe como trabajador, que vende su mercancía fuerza de trabajo y cuyo valor es el salario, dejando de existir como hombre, éste deja de existir para el capital y para sí mismo cuando se queda sin trabajo asalariado, y por tanto, sin salario. Cuando el estado (ficción a imagen y semejanza del sujeto) y los representantes populares invierten su papel, al presentarse como el origen y fin del poder político, con investiduras “soberanas” e intocables, apropiándose de lo ajeno, de poderes, capacidades y roles que descansan en la comunidad política, tal como acontece con la idea de los D.H., se está enajenando y negando la capacidad creadora y transformadora de las comunidades políticas y con ello la posibilidad del reconocimiento de nuevos derechos acordes con las nuevas necesidades sociales reclamados por las nuevas víctimas de todo sistema político-jurídico, negando así su propia libertad. Es aquí cuando entra la praxis real de los D.H.

Los D.H. tienen que ver con la posibilidad, de los sujetos, de pensarse a sí mismos como entidades que, dentro de una comunidad política (estado, confederación de estados, comunas, tribus, regiones, etc.), son quienes dan moldura, contenido y razón de ser, legítimamente, a las normas que regirán su conducta, no sólo objetiva sino subjetivamente, a la vez que son un instrumento de defensa justificada de la población

contra los excesos del estado y la asimetría social del sistema vigente. Siendo el sujeto social el actor principal en las relaciones sociales, la transformación de de lo jurídico, lo ético y lo político, al ser relaciones sociales, depende y reclama el concurso de todos los actores sociales (no siempre o no sólo de los representantes populares en el gobierno); y la forma en cómo los actores sociales transformaran su realidad institucional será a través de su trabajo vivo en condiciones de verdadera libertad.

Es en el momento en que el sujeto recobra sus capacidades sociales productivas legítimas, y el producto de las mismas, cuando puede iniciar su real liberación, una liberación de su “cautiverio” en indiferencia social, en apatía política, en desconfianza institucional, en corrupción; liberación de su condición de víctima (excluido, oprimido, asimétrico, vulnerable) y del fetichismo del poder político (que impacta en el mundo de lo económico, lo social, lo jurídico y, por supuesto, de los D.H.)

Sobre este respecto, Marx ya observaba la alienación del trabajo cuando del fruto del mismo se apropia otro, quedando el sujeto imposibilitado para desarrollar sus capacidades creativas y hacer suyos sus frutos. A partir de esto, podemos plantear a la liberación en un sentido Dusseliano como la recuperación de lo único, de aquella praxis que afirma la existencia y la identidad de cada sujeto en comunidad, cuando por convicción subjetiva, y ante sus nuevas necesidades, crea algo nuevo conscientemente, dándole legitimidad así a lo creado por él, y a la vez creando condiciones de entendimiento y consenso con los demás.

A partir de la recuperación de sus capacidades y del fruto de las mismas, la liberación del sujeto dentro de una mismidad totalizante buscará que éste llegue a ser *otro* en un orden nuevo, una alteridad que, interpelando éticamente a la mismidad, se convierta en sujeto del cambio histórico. Pero esta relación entre lo *mismo* y la *alteridad* debe superar el “espacio” meramente ético, de manera que podamos colocar al otro en una situación geopolítica determinada, para que el otro como otro (y no como absolutamente otro incomprensible) salga de su condición de víctima “*para convertirse en el sujeto ético de una nueva totalidad que sea más justa que la anterior...el otro es el punto clave de cualquier crítica normativa.*”¹²⁰

¹²⁰ García Ruiz, Pedro Enrique, *Op.Cit.* p. 214.

Si situamos al otro en un escenario puramente ético, no llegaremos a nada concreto; si bien, *“el otro me llama a la responsabilidad, [el sujeto visto como otro absoluto] sigue siendo un pobre al que sólo puedo reverenciar y servir casi litúrgicamente”*¹²¹, que rechaza cualquier posibilidad de totalidad novedosa y legítima (véase por ejemplo la figura del otro en Levinas, que cuestiona la noción de totalidad) sin poder configurarse como otro en una nueva totalidad sistémica que privilegie la diferencia y sea analógica. *“Su carácter absoluto lo deja en el vacío incomprensible del misterio ético...pues la ética necesita de mediaciones que hagan pertinentes y aplicables sus normas”*¹²², como lo puede ser la praxis de liberación que yace en el paradigma libertario de los D.H. Por ello, la liberación de los sujetos de la totalidad vigente no acontece dentro de ésta, como retorno a la unidad (una nueva mismidad reformista), sino como un proceso de transformación y construcción de un nuevo ámbito que en su pluralidad favorezca a la diferencia.

Como observa Dussel, en este proceso ético-concreto de interpelación y atención al llamado del otro como otro, en cuanto víctima, no habrá necesidad de matar al opresor, porque el oprimido será la causa de la conversión de aquél, pudiéndose, al mismo tiempo que liberarse, convertir al opresor, es decir, no hay aquella violencia ontológica derivada de la “exterioridad” absoluta del *otro* que lo hace una *otredad* incomprensible frente a la *mismidad*, ni tampoco una indiferencia por parte de la mismidad. Este proceso de transformación puede ser factible *“sólo si el opresor entra en el proceso porque bien puede ser que no lo quiera; en ese caso viene la lucha y también la muerte y es muy posible que muera el opresor, pero también, por supuesto, que mueran muchos oprimidos.”*¹²³

Ante los muros de la soberbia y la incomprensión institucional y de la totalidad ético-jurídica vigente, la convicción subjetiva de las víctimas en lucha por ciertas reivindicaciones legítimas, como el reconocimiento de nuevos derechos, buscará inevitablemente otros causes para el reconocimiento institucional de instrumentos materiales y formales que hagan posible la satisfacción de sus necesidades; si la lucha

¹²¹ *Ídem.*

¹²² *Ídem.*

¹²³ Dussel, Enrique, *Introducción a la Filosofía de la liberación*, Ed. Nueva América, 5ª Edición, Bogotá, 1995. p. 160. Versión digital disponible en <http://www.enriquedussel.org/>

meramente política fracasa, las víctimas recurrirán a medios de defensa legítima que pueden desencadenar en violencia contra su opresor, lo cual no es lo deseable, sin embargo dicho medio es válido su cuenta con fundamentos éticos, racionales y legítimos desechados por las instancias institucionales vigentes, pero siempre debe verse como última vía y en lo posible evitarla.¹²⁴

De esta forma la liberación “*como nuevo ámbito ya no es repetición de lo anterior, sino que es realización de nueva dimensión*”¹²⁵, no se trata de imitar al centro, tal como lo ha impuesto la modernidad (por ejemplo a través de las modas culturales, teóricas y políticas); lo que se busca es que el mundo hoy “homogeneizado” por la mismidad moderna quede atrás y de paso a nuevos proyectos históricos humanos.

Debemos aclarar que la liberación no es simplemente estar en contra de lo mismo, de lo que nos oprime, ni solamente romper nuestra dependencia hacia el centro (occidente), ni menos aún anclarse en la búsqueda de culpables. Implica trascender más allá de una denuncia o indignación, es recuperar nuestras capacidades creativas para construir nuestra realidad novedosa que atienda al ser cultural que somos cada pueblo, privilegiando a su vez la diferencia.

El factor cultural de cada realidad será fundamental para su proceso de liberación que a su vez haga posible un replanteamiento de los D.H. que los ponga al servicio de la población en defensa del reconocimiento de nuevos esquemas jurídicos, o de su esfera jurídica reconocida institucionalmente pero violentada por el estado. Para que dicho factor cultural nos sea realmente útil y humanista en este proceso, desde mi perspectiva, es menester el concurso de otro elemento: la hermenéutica, como posibilidad de aproximación cultural y comprensión con los otros, que aquí abordaré desde la noción analógica de Mauricio Beuchot.

Siendo la hermenéutica en general una forma de conocimiento basada en la interpretación que busca, además de la explicación, la comprensión de lo interpretado, considero indispensable, para comprendernos como complejidad social, interpretar un texto fundamental para el replanteamiento de los derechos humanos: la interpretación

¹²⁴ Para un mejor detalle de la legítima defensa política y armada de las víctimas de un sistema jurídico-político, véase el alegato de defensa del Dr. Fidel Castro Ruz *La historia me absolverá*. Recomiendo la edición anotada publicada por la Oficina de Publicaciones del Consejo de Estado, la Habana, Cuba, 2005; o bien consúltese en el sitio web del periódico Granma: www.granma.cubaweb.cu/marti.../jm01.html

¹²⁵ *Ídem*.

de culturas. “*La hermenéutica tiene una gran variedad de textos, y percibe como textos las realidades que estudia*”¹²⁶, en este caso, cada realidad social expresada en su cultura, cada una de las cuales debe ser interpretada, comprendida y valorada en el marco de la praxis real de los D.H., de manera tal que el sentido de los D.H. pueda ser consensuado a través del diálogo y mestizaje interculturales sin menospreciar las diferencias, pero encontrando puntos de encuentro e identificación, una comprensión como acontecer del sentido.

Hablar de esta inter-culturalización para recordar el sentido y razón de ser de los D.H. desde las diferencias, con una perspectiva realmente democrática, abierta, perfectible y libertaria no apela, pragmáticamente, a cortos o largos plazos sino a un actuar en presente, ahora y no mañana, como un quehacer cotidiano que posibilite nuestra coexistencia. Desde una óptica personal, este inicio es insoslayable a menos que nos resistamos a la evidente complejidad social tendiente a la otredad y caracterizada por la indiferencia, el consumismo mercantilista y el fetichismo (político, jurídico, social y económico) que nos reducen a lo mismo, a una totalidad abstracta mercantificada y asocial.

Plantear un proyecto estructural definido no es materia de este trabajo; antes de plantear cómo construir tenemos que plantear qué construir, y antes que eso consensuar, ponernos de acuerdo pluralmente sobre quiénes somos, qué representamos, cuál puede ser nuestra aportación cultural benéfica y definir hacia donde queremos ir. Hasta entonces no haya diálogo intercultural que privilegie a la alteridad en una praxis política de todos los sujetos sociales como ciudadanos en el mundo (no como praxis de diplomáticos y gobernantes), difícilmente podremos hablar de nuevos proyectos de transformación ético-jurídica.

Ahora bien, ¿qué sí podemos plantear como aportación ante esta complejidad? Hasta aquí hemos planteado la hermenéutica como un instrumento general, anterior a cualquier praxis o formulación concreta. Sin duda la noción de hermenéutica puede tener varias aristas, desde las univocistas (totalitarias y homogeneizantes) hasta las equivocistas (relativistas). No obstante, una hermenéutica, como la propuesta por Beuchot, en el marco de un pluralismo cultural, que “*establezca la proporción en la que*

¹²⁶ Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y Derechos Humanos*, Siglo XXI, México, 2009. P.34.

*a una cultura deben aceptársele sus valores y en la que deben criticársele*¹²⁷, que logre una simbiosis entre prácticas jurídicas diversas y marcos regulativos consensuados entre cada una de ellas (un paradigma en tanto ideal regulativo consensuado por las diversas culturas basado en una analogicidad como orientación hacia el humanismo libertario), considero que haría posible un replanteamiento novedoso y legítimo de los D.H. como instrumentos realmente útiles y humanistas para los sujetos.

Se trataría de una hermenéutica no violenta, un instrumento de mediación cultural que proporcione apertura, permisividad y amplitud a la vez que de certeza, sujeción y establezca horizontes de validez cultural, respetando la dignidad humana¹²⁸ y acercándose a las realidades sociales (verdad textual de lo interpretado), donde una mundialidad analógica, la humanidad vinculada y afirmada en la diversidad de sus partes, sin que cada una pierda su personalidad cultural, se comunique y dialogue sin fronteras de cerrados nacionalismos con la alteridad, buscando a su vez una confluencia entre los derechos individuales (de cada sujeto) y los de la sociedad, encarnando así a los derechos humanos, en cuanto praxis real, en los contextos particulares. Alguien podría cuestionar que, tratándose de una hermenéutica basada en la analogía cultural, ¿cuál sería el analogado principal o el modelo cultural a seguir como marco?; se trataría no de una cultura en concreto sino de un modelo abstracto, construido desde abajo, desde lo particular, abierto a la perfectibilidad, un paradigma o ideal regulativo consensuado por todas las culturas, que se concretaría al posibilitar, dentro de ese marco, varias situaciones de acción empírica diferenciadas.

En definitiva, el acto ético de “saber oír”, la confrontación con el otro interpelante del pensamiento de la liberación, *“es condición de posibilidad de saber interpretar para servir, servir al otro como praxis de liberación que permite la construcción de una nueva totalidad [realidad novedosa perfectible, nunca perfecta]”*¹²⁹ que de un sentido libertario y democrático a los D.H. Este servicio hacia la alteridad derivado de la inter-pretación intercultural, en cuanto afirmación de la misma y en tanto que conocimiento de la situación carnal y sensible de los otros, supera el interés vigente, de manera *“que todo*

¹²⁷ *Ibidem*.p.47.

¹²⁸ Dignidad entendida como el tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones (según su voluntad, no contra ella), y no en relación con otras propiedades sobre las que no tienen control.

¹²⁹ García Ruiz, Pedro, *Filosofía de la liberación*, Dríada, México, 2003. p.p. 226-27

*ser humano, todo grupo o pueblo, se sitúa siempre más allá del horizonte de la totalidad*¹³⁰ (vigente), la cual siempre debe ser autocrítica, sobre todo cuando sus mecanismos resulten ser opresivos y/o de exclusión humana.

A la vez, esta interpretación entre distintos interpelantes, posibilita la aportación de cada uno de estos al replanteamiento de una praxis real de los D.H. desde cada comunidad, al servicio de éstas, dirigida hacia ellas, en protección de sus status jurídicos benéficos reconocidos y también en defensa por el reconocimiento de nuevos derechos y nuevos status que favorezcan sus nuevas necesidades o bien afirmen a quienes están excluidos y en simetría social, política y jurídica.

Finalmente, dado que en cualquier sistema jurídico-político (y en cualquier sistema de relaciones sociales) posible empíricamente (no idealista o *a priori*) siempre habrá víctimas, un nuevo esquema surgido de determinada praxis de liberación generará inevitablemente sus propios excluidos y oprimidos, con o sin intención de ello, pues no existe ningún sistema perfecto, acabado, universalmente satisfactorio e idealmente justo.

Derivado de esto algunos podrían opinar que el paradigma de la liberación es una suerte de infinitud o constante caos; nada más lejos de la verdad, pues de lo que se trata no es que los sujetos irrumpen en contraposición sin razones y sin sustento moral legítimos, sino de que el nuevo esquema constantemente se perfeccione, es decir, que se transforme parcial o totalmente (que no es lo mismo que el reformismo “socialdemócrata”) según las necesidades y según las realidades, apelando a elementos racionales, valorativos y antropológicos, posibilitando la amplitud constante de la simetría social en los sujetos que, por diversas razones históricas, caigan o se encuentren en asimetría participativa y de goce de ciertas prerrogativas, siendo vulnerables en el orden vigente.

Debe buscarse que el derecho positivo no sea más un momento congelado y una nueva totalidad rígida y ajena a los sujetos, sino un instrumento consensuado subjetivamente que dé cabida a la praxis real de los D.H. en tanto instrumentos de acción y reflexión socio-política de fundamentos valorativos legítimos (por surgir del sentimiento, la reflexión y la realidad de las sociedades, cuyas víctimas, mediante su

¹³⁰ *Ibidem*, p. 228.

convicción subjetiva, crean nuevas instituciones, de las cuales se busca su coercibilidad y reconocimiento en un esquema transformado).

Lo anterior descarta el historicismo en cuanto acontecer de “lo mismo” generando condiciones de libertad y sentido; la historia, o mejor dicho, las historias, distintas a las interpretaciones globales, son un constante acontecer de transformaciones en virtud de diversas relaciones sociales. Por esto, los procesos históricos de las sociedades actuales tan complejas y entrópicas reclaman el concurso de marcos regulativos en el proceder social, de principios fundantes últimos defensores contra el despotismo de los ordenes legalistas positivos (totalidad vigente que, empíricamente, nunca logrará la realización de un reino de libertad y justicia en plenitud) e invocados ante la ausencia de instituciones coercibles que posibiliten, en cada realidad, una praxis política democrática reconocida en materia de nuevos derechos y la satisfacción material de demandas o necesidades concretas y transhistóricas.

[3.3.] La solución al problema de la legitimidad en Enrique Dussel.

Para platear lo que Dussel considera sobre la legitimidad de las instituciones sociales me situaré en el escenario de la estructura estatal, pese a que los D.H. en cuanto praxis real de las comunidades, no surgen de esta superestructura. No obstante considero que existe una profunda relación entre la legitimidad de un orden vigente y el paradigma legítimo de los D.H. que reclama una institucionalización de estos, como condición de posibilidad de nuevos derechos coercibles y de defensa social, surgida desde abajo hacia arriba, desde las comunidades con nuevas conquistas.

Recordemos que la legitimidad en Dussel consiste en un consenso autocrítico y democrático fundamentado en la participación simétrica de los afectados para alcanzar acuerdos por medio de razones que lleven a la realidad histórica, a su institucionalización efectiva, el proyecto político que la ciudadanía participativa ha ido reflexionando y construyendo.

Con todas las ideas anteriores, llegamos a que los D.H. desde la praxis real, representan las nuevas reivindicaciones y conquistas sociales (lo novedoso y transformador que, como marcos regulatorios, abren una serie de posibilidades empíricamente realizables, fundamentos que requieren reflejarse en el derecho positivo) a la vez que son condición de posibilidad de esto. Por ello, más que plantear su “positivización” literal en cada orden vigente estatal como derecho en cuanto tal (o como erróneamente se ha planteado, su constitucionalización), lo cual llevaría a una inevitable y paradójica inaplicabilidad e ineficacia como la que vivimos con el discurso mundial de los D.H., se trata de institucionalizar mecanismos de organización social que, desde su base, reconozcan la praxis política de los sujetos por el reconocimiento de nuevos derechos no institucionalizados o por la transformación de los ya existentes (o bien su derogación).

No debemos olvidar que la idea de los D.H. tiene que ver con un ideal regulativo, con marcos para la acción, criterios orientadores del proceder social, político y jurídico, es decir, un paradigma que tiene que ser consensuado, construido y transformado por la diversidad cultural y social en el mundo, por cada comunidad concreta y diversa.

Plantear un modelo universal de derecho en cuanto tal, aplicable para toda la humanidad, me parece bastante arriesgado y temerario, representa un reto utópico lleno de profundas complejidades y obstáculos derivados de las sociedades como de los estados-nación y sus respectivos gobiernos. Sin embargo, la actual complejidad reclama la necesidad de los universales, pero no planteados como una mismidad coercible sino vistos, al menos por ahora, como ideales regulativos (pero surgidos desde la base), límites de lo posible o marcos para la acción social y estatal hacia donde nos debemos dirigir por convicción subjetiva, pero no realizables empíricamente y a la vez necesarios como guía u horizonte de lo jurídico en el mundo. Podemos cimentar fundamentos valorativos, antropológicos y racionales de entendimiento, cooperación, solidaridad y regulación internacionales, consensuados desde la pluriculturalidad (cosa que no ha hecho el discurso mundial de los D.H. de forma democrática) pero por ahora resulta arriesgado (dada la influencia de las hegemonías), desde mi perspectiva, plantear la noción de instituciones jurisdiccionales internacionales con una legitimidad de tales alcances¹³¹.

Considero que si se pretende un entendimiento a este nivel en materia de D.H. primero debe haber voluntad al interior, apertura y dialogo intercultural y una praxis real de los pueblos reconocida institucionalmente por los estados¹³² para que haya condiciones de facticidad, de posibilidad consensual y transformadora (y si el estado no la reconoce, las comunidades deben hacerla valer). Dadas estas bases, considero que

¹³¹ Por ejemplo, juristas con la línea discursiva de Luigi Ferrajoli, plantean que la figura de la ciudadanía en cuanto condición para ser sujeto de derechos es una categoría discriminatoria pues los no-ciudadanos quedan excluidos de la atribución de derechos fundamentales en un estado concreto; por ello plantea la abolición de esta categoría para extender los derechos fundamentales a todos los humanos en tanto que personas (aunque obviamente habría algunas limitantes insuperables para los no capaces de obrar). Dentro de los derechos fundamentales sitúa a los derechos humanos, que atribuye a todas las personas incluyendo los incapaces y los no ciudadanos (entre los que incluye la vida, salud, educación, etc.) aunque limita su función legítima real. Ferrajoli plantea una “ciudadanía universal” (aunque no un estado social mundial), con organizaciones federales como bloques o regiones (pone de ejemplo la unión europea que dicho sea de paso comienza a evidenciar crisis de factibilidad). Esto requeriría un altruismo gigantesco de los países ricos además de ser, en las condiciones actuales, algo políticamente irreal, una especie de utopía igualitaria vista como un fin en sí mismo que pretende un imperialismo de los derechos fundamentales para toda la tierra.

¹³² Planteo situar a la praxis real de los D.H. desde el estado por ser la forma de organización más generalizada e inmediatamente factible para las comunidades actuales. No obstante, la perfectibilidad de los diversos sistemas tendrá que asumir nuevas formas organizativas, pues hasta ahora la forma Estado-nación tradicional europeo, con sus respectivos sistemas políticos, derivada de la modernidad, ha sido hasta ahora la única forma de organización supranacional a “imitar” y difundida desde el pensamiento europeo hacia los países colonizados. Por ello considero que la transformación, partiendo del estado, hacia otro esquema novedoso, atendiendo al ser cultural de cada comunidad y a sus necesidades, es necesario y puede dar mayor cabida a la praxis real de los D.H.

sería más factible y fructífero un acercamiento entre comunidades de todo el mundo, como participación ciudadana, tendiente a consensuar marcos regulativos con alcances internacionales (aunque yo no plantearía esquemas coercibles internacionales pues como dije, considero que la praxis de los D.H. corresponde a los pueblos, no a las instituciones internacionales, los gobiernos ni los diplomáticos). En todo caso, lo que de manera coercible puede derivar de la praxis real de los D.H. es el reconocimiento y la institucionalización de prácticas jurídicas diversas que sean reconocidas y tomadas en cuenta por ordenes positivos concretos, o incluso, pueden derivar esquemas novedosos con coercibilidad para un bloque o región geográfica, lo cual diferencia mucho de un sistema coercible generalizado, universal, unitario e igual.

Es por ello que plantearé la noción de la praxis real de los D.H. desde un ámbito más concreto: el estado nación, del cual, reclama la praxis real de los D.H. un reconocimiento de la legítima capacidad creativa de las sociedades y de la legítima defensa de las comunidades frente al estado que quiera sobrepasar la real voluntad popular y al poder soberano mismo, el pueblo. En este sentido no podemos hablar de “generaciones de derechos humanos” o de un mismo proceso social de transformación jurídica y de emancipación a nivel mundial. Cada pueblo tiene sus fundamentos de D.H. surgidos a posteriori y su propio proceso histórico, donde a través de la apropiación de posibilidades y la creación de capacidades, puede hacerse una nueva lectura de la historia y la evolución de los D.H. desde las praxis concretas libertarias de cada pueblo.

Esto, no nos llevaría a un planteamiento equivocista, como el relativismo jurídico, ni a uno univocista, como el discurso mundial de los D.H. cuyos fundamentos sólo son códigos de buenos deseos, escalas axiológico-eurocéntricas que por su ausencia de coercibilidad y su lejanía del sujeto social concreto (víctimas del sistema), resultan inútiles, apriorísticas y tendientes a la manipulación. La praxis real de los D.H., si bien se funda en principios valorativos y otros no coercibles (ideales regulativos generales), en búsqueda de la institucionalización de principios empíricamente posibles, son un instrumento de factibilidad socio-política que hace posible una participación directa, democrática, perfectible y simétrica que a su vez engendre legitimidad en las nuevas instituciones jurídicas reconocidas, además de constituir un instrumento de defensa de las comunidades frente a el estado-aparato (en cuanto conjunto de poderes

tradicionales) y los poderes fácticos así como un instrumento de fiscalización y control de sus representantes mediante la participación ciudadana.

Por lo que hace a la legitimidad de los D.H. como praxis real, vista desde el estado, considero, como algo novedoso e interesante, retomar algunos factores planteados por Dussel en cuanto a la institucionalidad del estado, que harían posible la materialización concreta de la legitimidad transformadora de los pueblos y que hoy comienzan a aplicarse en realidades de América Latina.

Dentro de la estructura de organización estatal analizada por Dussel, considero importante rescatar tres elementos que considero pueden dar respaldo al paradigma de derechos humanos que he planteado hasta aquí: el poder político indiferenciado en cuanto pluralidad de voluntades consensuadas (denominado *Potentia*), el poder instituido (*Potestas*) y el poder ciudadano como última instancia fiscalizadora de todos los demás poderes que, de acuerdo con Dussel, debiera ser el resultado de un procedimiento permanente de constante participación de los miembros de cada comunidad política.

Partiendo de la estructura estatal tradicional, conformada por un poder legislativo, judicial y ejecutivo, Dussel concede importancia a ciertos elementos del estado tradicional (como al legislativo), situándolos bajo una mayor observancia del estado de derecho y propone nuevas instancias de poder que posibiliten un equilibrio democrático así como mecanismos de participación directa que hagan presentes el sentir y el pensar sociales (tales como el poder electoral y el poder ciudadano) conllevando esto a la transformación del propio estado.

Primeramente, para que el esquema estatal y sus instituciones, en cuanto mediaciones prácticas de las comunidades, sean legítimamente posibles y eficazmente viables, se debe partir del hecho de que la democracia “*no es solamente una institución procedimental (una mera forma para llegar al consenso) sino que es normativa...no es sólo un comportamiento externo o legal sino una obligación subjetiva del ciudadano.*”¹³³ De manera que cuando el poder soberano, el pueblo en cuanto pluralidad de voluntades mayoritarias y fundamento de todo poder, consensualmente decide organizarse bajo esquemas institucionales que regulen su proceder y/o improceder,

¹³³ Dussel, *20 tesis de política*, p. 63.

delega su ejercicio o administración a una entidad ficta que represente en lo más posible a la totalidad social; a este poder se le denomina poder instituido (*potestas*), que “con respecto a una posible constitución, se pone a sí mismo como poder constituyente (que se concreta como asamblea constituyente).”¹³⁴

A partir de esto se concreta una constitución política que organice y reglamente todos los órganos, funciones, poderes y límites del estado-aparato y del estado-comunidad. Desde mi perspectiva considero que debe darse un peso importante al poder legislativo por lo que hace a su función de promulgar y actualizar el sistema de derecho constitucionalmente establecido¹³⁵ que se supone ha sido legitimado por la comunidad política. Pese a que en los discursos de las democracias moderno-occidentales se habla *a priori* de obediencia a la voluntad popular, esta obediencia no puede ser supuesta con antelación a los actos de estado sino tiene que verificarse *a posteriori* mediante la participación ciudadana y mecanismos de consulta popular, de lo contrario se vivirá en un esquema metafísico de “obediencias” supuestas, formalmente cumplidas pero materialmente pasadas por alto pese a los reclamos sociales, tal como acontece en México.

Sobre este respecto, el ejercicio delegado del poder debe replantarse como un “mandar obedeciendo”, un poder *obediencial* que cumple con la ley (cumple a nivel formal), pero que aún más debe obedecer a la comunidad por ser su representante (nivel material), y para que los mandatos del poder soberano sean realmente legítimos y susceptibles de hacerse valer, deben existir mecanismos de reflexión, construcción, transformación y lucha para las comunidades, lo cual aún no acontece en muchos países “democráticos” o en algunos sólo de formas limitadas que requieren perfeccionarse y ampliarse constantemente.

El poder soberano, el poder último, implica una reapropiación de posibilidades y capacidades; “*usar y cumplir los medios [instituciones sociales] para la sobrevivencia, [es decir], aquellas facultades que hagan posible reproducir o aumentar su vida por el*

¹³⁴ *Ibidem.* p. 64.

¹³⁵ Sobre este respecto, muchos países en el mundo occidentalizado se han inclinado por sistemas parlamentarios que incentiven la participación ciudadana que funja de contrapeso a los poderes del estado, aunque no es suficiente, cada realidad debe reinventar sus propias instituciones.

*cumplimiento de sus mediaciones institucionales.*¹³⁶ Se trata pues de una voluntad de afirmación de la vida (máximo bien humano protegido) de los miembros de cada pueblo que, a través de su constante y perfectible praxis política, produzcan, reproduzcan y aumenten los elementos de su propia existencia, lo cual debe ser institucionalmente reconocido y una forma congruente para ello, la encuentro en la praxis real de los D.H. como creadora de principios del proceder social legítimos, surgidos desde la base y poder último: la comunidad política organizada.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento de novedades jurídicas e institucionales, Dussel considera que es la suprema corte de justicia del estado o el tribunal constitucional (según sea el caso) quien debe juzgar sobre la aparición de estos esquemas surgidos desde las comunidades, yo disiento de esta idea pues podría ser que la propia corte suprema de justicia, en cuanto poder constituido del estado y delegado por la comunidad política, se oponga al reconocimiento de tales derechos o incluso que criminalice los movimientos sociales democráticos y legítimos, tal como ha ocurrido en México con las sentencias de 67 años de prisión a los líderes del pueblo de San Salvador Atenco por defender la tierra para el trabajo campesino (principio de afirmación de la vida humana) en contraste con el no ejercicio de la acción penal contra funcionarios que en el pasado fueron actores en delitos de genocidio, homicidio, tortura, rapto y desaparición forzada. Pienso que sería un tanto arriesgado darle la instancia última, en materia de D.H., a un poder del estado que podría ser el propio agresor.

Considero que son las comunidades quienes deben plantear estas novedades institucionales ante sus nuevas necesidades y, a través de mecanismos institucionales con intervención social directa como referéndum, organismos autónomos con fuerza vinculante y sobre todo la participación ciudadana activa desde su base (y muchas otras que deben reinventarse atendiendo a las realidades sociales concretas¹³⁷), se

¹³⁶ *Ibidem.* p. 24.

¹³⁷ En este sentido, me parece interesante el replanteamiento del derecho electoral abordado por el Dr. John Ackerman, redimensionando esta materia a la luz de su esencia, planteando una ontología del derecho electoral considerado no como un simple regulador del sufragio, las elecciones y los organismos electorales sino como una entidad que regule todo el sistema democrático (que tiene su sentido y razón en el *Ser* de las comunidades políticas organizadas), el desarrollo de la propia democracia a partir de una activa participación ciudadana que obedezca a la comprensión de las formas de interrelación presentes en el mundo social. Se trataría además de un sistema novedoso que da cabida a la pluralidad así como a la perfectibilidad pues, al mismo nivel que las normas y las instituciones (positivas y coercibles) se encuentran los principios filosófico-jurídicos, en donde puede situarse parte importante de la praxis real de los D.H. que planteo. Véase en Ackerman, John, *Una reconceptualización del derecho electoral a la*

pueda de formas directas hacer valer el reconocimiento de nuevos derechos o la superación de aquellos que comiencen a evidenciar inadecuación a la realidad (incluso pudiendo llegar a ser opresivos).

En un sentido opuesto, podría pensarse que las voluntades de los miembros de una comunidad son susceptibles de disiparse dirigiéndose cada una hacia intereses privados, diversos o incluso contrarios entre sí, de manera que la voluntad de uno anularía la de otro cayendo en un caos e impotencia sociales. Esto ha sido muy evidente sobre todo en las sociedades liberal-capitalistas, donde el fundamento que priva es el del consumo, la competencia, el individualismo y la valorización de valor que usa como medios a los propios sujetos. Sin duda esto ha sucedido y puede suceder en el paradigma que se está analizando como alternativa pues ningún esquema es perfecto; empero, “*la posibilidad de aunar la fuerza ciega de la voluntad es la función propia de la razón práctico-discursiva*”¹³⁸, donde las comunidades se permitan una actividad hermenéutica-analógica e inter-comunicativa en la que se esgriman razones y argumentos diversos de forma simétrica para llegar a acuerdos, aunando sus objetivos, fines y medios como una voluntad-de-vivir-común, no como una homogeneidad sino como una afirmación de su propia existencia y un modo de vida que hace posible su desarrollo libre.

Así como en la teoría política moderna se plantea que el estado-aparato no puede o no debe establecer mecanismos que conduzcan a su propia eliminación, podemos plantear que, a sí mismo, la comunidad políticamente organizada, tampoco debe partir del planteamiento de elementos que conduzcan a su menoscabo participativo, volitivo y de perfectibilidad. Sin embargo, históricamente, en diversas comunidades políticas del mundo occidental rara vez se han presentado instituciones o sistemas que hagan valer realmente la voluntad popular, su propio poder, que si bien, su ejercicio ha sido delegado, éste ejercicio debe ser obediencial y jamás debe estar por encima del único soberano, el pueblo, de lo contrario, será imposible superar el “suicidio colectivo” al que la civilización moderno-liberalista nos ha conducido con sus fundamentos metafísicos a *priori*.

luz del caso Sodi, Boletín mexicano de derecho comparado, I.I.J.-UNAM, Año XLIII, Núm. 128, Mayo-Agosto 2010.

¹³⁸ *Ídem*.

No se trata de que anárquicamente las comunidades des-hagan lo establecido por las mayorías irresponsablemente sino de que, por mayoría consensual simétrica, lo transformen, lo perfeccionen y esté en constante legitimación. En el esquema del estado moderno, cuando la pluralidad de voluntades consensuadas (*potentia*) ha delegado el ejercicio del poder, se queda completamente al margen de poder incidir de forma directa en los destinos de la comunidad, siendo el poder delegado susceptible de fetichización, de corrupción, que la comunidad está sumamente limitada para castigarlo, generándose la ilegitimidad del sistema ya que se ha perdido el apoyo del poder desde abajo; así el pueblo se desplaza hacia el disenso. En el mejor de los casos se le hace creer idealistamente que con su voto (instrumento muy limitado de participación) transformará su realidad y perfeccionará sus instituciones o bien “castigará” a sus representantes, subsumiéndose el paradigma de la democracia a un “votar y ser votados”.

Por lo anterior, considero que como instrumentos de perfectibilidad democrática podemos retomar el cuarto poder del estado que plantea Dussel (no existente hasta ahora en los estados modernos, salvo en la realidad venezolana aunque aún limitado), como un inicio para reinventar, mejorar y transformar los distintos tipos de representación que deben aproximarse en lo más posible a los representados, pudiéndose ubicar, institucionalmente, a la praxis real de los D.H. que planteo en este cuarto poder del estado, que a su vez se valdría de diversas instituciones de participación como el referendo, la consulta popular, la revocatoria de mandato, la iniciativa popular, el cabildo abierto, la asamblea de ciudadanos, entre otras que cada realidad debe reinventarse de acuerdo al *Ser-social* concreto.

Un paradigma de los D.H. desde cada perspectiva interna y que sea condición de posibilidad de mejoras y de defensas sociales, considero que puede ayudar no sólo a una legitimidad, fortalecimiento y estabilidad internos, sino a un entendimiento a nivel internacional a partir de fundamentos ético-rationales legítimos que propicien la apertura, el dialogo, la participación, el inter-cambio productivo (económico, educativo, cultural, intelectual, artístico, simbólico, antropológico, etc.), la diferencia (alteridad), el respeto, la simetría y la inclusión sociales. Estos marcos para la acción podrán coadyuvar a la regulación internacional legítima de relaciones sociales de tales

alcances sin que los reacios nacionalismos ni los relativismos constituyan impedimentos de comprensión y consenso, lo cual permite la aplicación de instrumentos jurídicos coercibles desde una realidad concreta, sobre cierto hecho concreto sobre el que las comunidades a nivel internacional han acordado algo a la luz de los principios rectores que consensuaron. No se trata de forma simplista de “armonizar” legislaciones, sino de consensuar aplicaciones normativas (sanciones, beneficios, expectativas de derechos, etc.) sobre la base de las diferencias y desde la base social.

Este poder ciudadano que debe ser producto de la participación de la sociedad civil organizada, sería un poder fiscalizador, o como dice Dussel, *una procuraduría política con máximas facultades*, que no implica que se genere una ingobernabilidad, pues “*para ello habrá que tener una clara inteligencia institucional para efectuar el control o la fiscalización sin caer en el caos o la anomia*”¹³⁹, entendida esta última en el sentido de que surja un repudio hacia las leyes y las instituciones así como una incapacidad de la superestructura para lograr las metas sociales consensuadas. Esto último es muy frecuente cuando el ejercicio delegado del poder se ve irresponsablemente como un negocio de máxima rentabilidad y dominio privados, lo cual acontece fetichistamente en casi todas las realidades sociales del mundo occidentalizado, amparadas por el discurso mundial de los D.H.

Concluyendo, la praxis real de los D.H. reclama núcleos institucionales para la constante participación social desde su base, a la vez que debe reconocerse su carácter legítimo como instrumento de acción social contra las des-obediencias del estado-aparato y contra sus abusos en el poder delegado. Además debe replantearse su carácter como medio de posibilidad para las transformaciones, construcciones, de-construcciones, derogaciones y perfecciones del orden vigente siendo a su vez el medio para el reconocimiento de nuevos derechos e instituciones legítimos.

¹³⁹ *Ibidem.* p. 154.

[3.3.1.] Política, culturalización y emancipación: la desfetichización del derecho.

En este apartado final, a manera de reforzamiento argumental y como enriquecimiento teórico, plantearé una noción de culturalización como proceso de intercambio inmerso en la acción política de las comunidades (así como de cada sujeto individualmente y no limitada a las cuestiones de gobierno) y vinculada a un planteamiento teórico que me parece interesante: la teoría tridimensional del derecho del jurista Brasileño Miguel Reale, detallada a profundidad a lo largo de toda su obra, principalmente en su *Filosofía do direito* (donde propone el tridimensionalismo por primera vez, en 1953) así como en su obra *Teoría tridimensional do direito*.

Plantear una des-fetichización del derecho supone una rememoración del sentido de *Ser* del derecho mismo, un sentido que aquí refiero a la idea del derecho como una totalidad compuesta por elementos fácticos, valorativos (emotivos) y técnico-formales o empírico positivos (racionales) interdependientes, cuya correlación sintética da sentido y razón de ser a la experiencia jurídica, al mismo tiempo que generaría condiciones de verdadera emancipación y legitimidad sociales en el mundo de lo jurídico, para realidades histórico-culturales concretas. Para una posibilidad factible de esta intención partiré de la culturalización que implica y demanda hoy la acción política, en consonancia con la teoría del jurista Brasileño.

Reale parte de un análisis filosófico-crítico, reivindicando, por un lado, el análisis crítico de la experiencia jurídica al considerar a la acción crítica como un “*indagar en las raíces de los problemas, ahondando en aquello que condiciona lógica, axiológica e históricamente un problema... [esto es] cuando buscamos razones de legitimidad o validez*”¹⁴⁰, y por otro lado, a la filosofía del derecho, por considerar que la filosofía implica una búsqueda de aquellas razones fundamentales o certezas de lo necesario, que expliquen la realidad a través de una interpretación de la experiencia humana basada en una actividad cognitiva encaminada a profundizar en el fundamento mismo de los problemas.

¹⁴⁰ Reale, Miguel, *Filosofía del Derecho*, tomo 1, Pirámide, Madrid, 1979. p. 46.

Esto posibilita un constante replanteamiento de los fundamentos y de las explicaciones interpretativas de las realidades sociales, y siendo el derecho una relación social concreta que forma parte de una realidad social también concreta, sus fundamentos así como sus elementos justificativos son susceptibles de perfectibilidad, pues ya que si la filosofía, en cuanto actividad cognitiva, basada en la duda y el pensar, propios del hombre, diese conclusiones o fundamentos acabados, caeríamos en una filosofía asceta, metafísica, dogmática e idealista.

Por ello, coincido con Reale en afirmar una filosofía que, impactando en el mundo de lo jurídico, transformándolo constante y perfectiblemente, proponga dudas, problematice sobre cuestiones fundamentales y se comprometa con una continua (no infinita, sino concreta, aunque constante) búsqueda del conocimiento, derivado de una pluralidad de posturas y respuestas a nuestros problemas. Así mismo, el estudio del derecho debe atender a su razón de ser, a su fundamento o raíz mediante la reflexión filosófico-crítica de los problemas que le aquejan en la experiencia jurídico-social, pero sin perder de vista el análisis de los elementos técnico-formales así como los fácticos, que forman parte integral del derecho en cuanto que complejo unitario, dialéctico e histórico-cultural.

Ahora bien, por culturalización entenderemos una implicación en la que diversas culturas¹⁴¹ interactúan, intercambian, debaten, consensuan. Partiendo de que las sociedades actuales son complejas y diversas, dentro de las cuales existen variadas comunidades culturales, es necesario plantear un pluralismo inter-cultural que no busca encerrar culturas de forma reacia en reservaciones con la intención de que no se contaminen o desaparezcan, sino que propone que las diversidades culturales interactúen unas con otras, manteniendo cada una aquellos rasgos distintivos y de identidad cultural que les dan un sentido y razón de ser en el mundo, pero superando el

¹⁴¹ Parto del concepto de cultura que plantea Bolívar Echeverría, en cuanto cultivo de todo aquello que, en los planos material y “espiritual”, los humanos construimos y nos permite colocarnos en la realidad de nuestro entorno (natural y social), una serie de funciones, que rebasan incluso la vida social, entre las que está la función específicamente cultural, una dimensión de la existencia social con todos sus aspectos y funciones en la que el sujeto supera la mera naturaleza (aunque se vale de ella), dándose la posibilidad de numerosas versiones del Ser-humano. Sobre esto Echeverría concluye: “*la cultura es el momento autocrítico de la reproducción que un grupo humano determinado, en una circunstancia histórica determinada, hace de su singularidad concreta; es el momento dialéctico del cultivo de su identidad*”. Véase en su obra *Definición de cultura*, México, UNAM-Ítaca, 2001. P.187.

“analfabetismo cultural” en el que nos subsumimos cuando consideramos que nuestra realidad cultural y lo que somos, son los únicos referentes posibles y correctos.

La culturalización que planteo va encaminada a que, a partir de este inter-cambio y enriquecimiento pluricultural e intercultural, podamos lograr acuerdos y compromisos razonables que esclarezcan, de momento, la proporción en que a una cultura deben aceptársele sus fundamentos valorativos, antropológicos y consuetudinarios y en qué medida deben criticárseles. Se trata de analizar y acordar hasta qué punto las diferencias deben permitirse, con la intención de superar nuestros problemas ético-jurídicos concretos, de momento y circunstancialmente, pues ya que, desde el paradigma libertario de los D.H., “*son los individuos, y no las culturas, los sujetos débiles tutelados por los derechos [humanos].*”¹⁴²

El compaginar los derechos diversos con un paradigma general, consensuado simétrica y democráticamente, de abajo hacia arriba, implica ya la praxis y razón de ser de los derechos humanos como instrumento de entendimiento y cuyo fundamento democrático no será el hecho de que ningún sujeto esté excluido de los procesos de construcción y perfectibilidad de las instituciones del estado (como idealistamente pretendieron los fundamentos modernos) sino que se parta de la no exclusión de ninguno, un proceso de praxis real de los D.H. autocrítico, siempre abierto a las víctimas y nunca acabado.

Retomando a Reale, él consideraba que la ciencia del derecho es una ciencia cultural y normativa, ya que el jurista, además explicar lo que sucede en la realidad (*factum*), se orienta a la realización coercible de un fin valorativo regulador de la conducta humana, de manera que es posible sondear el acontecer de la experiencia jurídica, a través de la historia, atendiendo a la aparición de valores que se hacen factibles mediante normas coercibles.

En este sentido, se distinguen dos concepciones sobre la realidad, la realidad que es dada y la que es creada. La primera refiere a aquellos fenómenos o condiciones que se presentan ante los sujetos como independientes o ajenos a su praxis y algunas veces ajenos a su voluntad. Se trata de cuestiones naturales exteriores al humano, que el hombre encuentra tal y como son (por ejemplo, las corrientes marinas, actividades

¹⁴² Ferrajoli, *Op. Cit.* p. 369.

volcánicas o la lluvia). En cuanto a la realidad creada, esta es la que resulta de la acción humana, de su interacción con la naturaleza y la transformación de ésta para la consecución de ciertos fines. Dentro de ésta última forma de realidad podemos ubicar al derecho.

“A las realidades creadas se les llama culturales, y cuando se transforman a través del tiempo, decimos que son realidades histórico-culturales”¹⁴³; es por ello que decimos que el derecho es una realidad histórico-cultural y que por tanto es dinámico, el cual se compone por tres esferas fundamentales, cuyo estudio y comprensión no puede ser integral sin atender o suponer a cada una de ellas, aún cuando el estudio de uno de los tres elementos sea más predominante.

Estas tres dimensiones que constituyen los elementos esenciales de toda experiencia jurídica son los hechos, los valores y las normas, donde a partir de los hechos históricamente verificados se concretan valores, mediante los cuales se ordenan normativamente relaciones intersubjetivas acordes con las exigencias culturales de los individuos y de las comunidades concretas, es decir, que “*el derecho implica un hecho integrado por una norma en razón de un valor a realizar.*”¹⁴⁴

El autor brasileño señala dos tipos de tridimensionalidad, la genérica y abstracta por un lado y la específica y concreta por otro. Reale descarta al primer tipo de tridimensionalidad pues ya que ésta separa de forma independiente a los tres elementos de toda experiencia jurídica, siendo estudiados por separado por disciplinas distintas (sociología, historia, filosofía y política jurídica así como ciencia del derecho), y en virtud de esto, el conocimiento del derecho surgido de este esquema se limita a afirmar de forma aislada su carácter fáctico-axiológico-normativo, pero sin considerar a cabalidad las razones y las consecuencias en él implícitas en cuanto totalidad compleja.

Por lo anterior no se deja claro cómo, al haber tres elementos de conformación del derecho, puede garantizarse la unidad del proceso de creación jurídica y, en su caso, en qué consistiría. Tampoco se esclarece la forma en que los tres factores se correlacionan y como actuarían unos sobre otros o si hay un elemento dominante.

¹⁴³ Reale, Miguel, *El término tridimensional y su contenido*, Artículo de la revista *Derecho-PUC* (de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú), N° 50, Diciembre de 1996. p. 7.

¹⁴⁴ *Ibidem.* p. 6.

Por ello, plantea una tridimensionalidad concreta, que considera que el derecho como complejo unitario no puede fragmentarse de forma tajante en tres dimensiones independientes (el derecho debe ser visto como una totalidad integral o no es nada), pues cada una de estas se correlaciona y hace referencia a las otras dos, de manera que cualquier norma tiene referentes fácticos y valorativos, como un complejo unitario dialéctico.

Si bien, los estudiosos del fenómeno jurídico tienden en algún momento a profundizar en el estudio de uno de los tres elementos, esto no significa que puedan aislarlos de forma absoluta, convirtiéndolos en objeto exclusivo de ciertas investigaciones de carácter jurídico, ya que al estar implicados recíprocamente, cada uno de los tres elementos hace referencia a los otros dos para poder explicarse, de manera que el derecho no puede reducirse a uno de tres elementos. Aunque nos inclinemos y profundicemos en el estudio y la reflexión de una de las tres dimensiones, las otras dos siempre surgirán (quizás de forma no tan profunda) en todo análisis que busque una comprensión integral y realista del fenómeno jurídico.

Esto tampoco quiere decir que los tres elementos constitutivos de la experiencia jurídica se confundan, relativicen o equiparen. En este sentido Reale considera que el derecho como totalidad dialéctica se constituye por planos que no deben ser confundidos, y al seno de cada uno de estos planos lógicos hay tres esferas diferentes de investigación que dan cierta autonomía.

Así, el derecho comprendido como totalidad dialéctica y compleja se desdobra, para su estudio y comprensión cabal, en dos planos (clasificación del saber jurídico) que tienen como referente el tridimensionalismo como complejo unitario. Estos planos son el filosófico o trascendental y el empírico-positivo.

De acuerdo al análisis que hace el Dr. Recaséns Siches¹⁴⁵ sobre este respecto podemos proponer el siguiente cuadro comparativo por lo que hace a una comprensión integral a cabalidad del derecho, en cuanto complejo unitario dialéctico y expresión de realidades histórico-culturales concretas, tanto desde la esfera técnico-formal o “científica”, como desde el ámbito profundo o filosófico:

Plano Filosófico o trascendental	Plano científico empírico o positivo
<p>*Aquí el conocimiento del derecho como <i>valor</i> tiene lugar en la Deontología jurídica (en cuanto estudio del valor del bien en el derecho: la justicia).</p> <p>*El estudio del derecho como <i>hecho</i> da pie a la culturología jurídica</p> <p>*El conocimiento del derecho como <i>norma</i> nos lleva a la epistemología jurídica.</p>	<p>*Aquí el estudio del derecho como <i>valor</i> va dirigido a la elaboración de una política del derecho que, atendiendo a los valores empíricamente verificables o apreciados por una sociedad, institucionalice la norma más oportuna según los intereses sociales.</p> <p>* El estudio del derecho como <i>hecho</i> está a cargo de la historia del derecho, la etnografía jurídica y la sociología jurídica.</p> <p>*Aquí la dimensión normativa da pie a la teoría general del derecho y a la ciencia jurídica técnico-dogmática.</p>

Así, el derecho es uno solo, una unidad de proceso dialéctica e histórica, en la que se da una especie de tensión entre los elementos que lo componen, siendo imposible modificar uno de ellos sin que se modifique o trastoque a los otros dos.

Esto no implica que sea el derecho una especie de “ciencia ómnibus”, una mismidad homogénea y abstracta susceptible de ambigüedad y confusión, sino que es una totalidad compuesta por planos y esferas concretos, bien delimitados en su estudio pero que recíprocamente se implican y correlacionan. Se trata de una unidad interdisciplinaria y no de una simplista aglutinación de elementos sin concatenación correlativa, se trata de una implicación todos los factores o no es nada. Por tanto, la norma jurídica, en cuanto parte del proceso y expresión del fenómeno jurídico en su totalidad (y en cuanto momento “culminante” para el jurista) nunca podrá ser estudiada y comprendida integralmente atendiendo sólo a su aspecto formal de proposición lógica, pues requiere de referentes fácticos y valorativos en tensión, de forma que pueda ser apreciada como unidad integrante y dialéctica de hechos y valores.

¹⁴⁵ Recaséns Siches, Luis, *Panorama del pensamiento Jurídico en el Siglo XX*, Tomo I, Porrúa, México, 1963. p. 557.

No se trata de jerarquizar los elementos constitutivos de la experiencia jurídica al ser analizados y comprendidos, no se trata de cuestiones de grado o de importancia cuantitativa entre los diversos factores, sino de una distinción o cierta autonomía que apela a sus cualidades en el proceso de concreción o realizabilidad de los valores en enunciados normativos o imperativos. Así, podríamos distinguir, por ejemplo, la cualidad de la efectividad o eficacia del derecho que yace en la esfera de los hechos (el derecho como conducta observable empíricamente), la cualidad de la vigencia que yace en el elemento normativo o técnico-formal y la cualidad del fundamento que yace en el elemento axiológico o valorativo de la norma. Pero todas estas cualidades y elementos son condición de posibilidad de la unidad compleja del derecho, que se implican recíprocamente sin confundirse los unos con los otros.

Podríamos, desde mi perspectiva, situar al paradigma de los D.H. en las esferas de los hechos y las exigencias axiológicas, en cuanto praxis política libertaria, histórica y culturalmente verificada, fundamentada y orientada hacia la realización de ciertos valores que concluirán en la creación de normas.

Con lo anterior podemos tener un proceso de construcción jurídica que atienda al *Ser* social, así como a la reflexión y el sentir sociales, partiendo de la base, de las comunidades políticamente organizadas, quienes de acuerdo a referentes fácticos y a sus exigencias axiológicas, según sus necesidades y realidades, construyan nuevos fundamentos de derecho, lo cual será posible mediante una praxis real de los D.H. como instrumento de factibilidad social. De esta forma, los momentos conclusivos o, como dicen algunos legisladores, “acabados”, de una norma, no son más que parte de un proceso continuo y perfectible de lo jurídico, abierto siempre al advenimiento de nuevos hechos y nuevas valoraciones en un sustrato antropológico y cultural determinado.

Para poder determinar los hechos, valores y normas que determinarán cada realidad jurídica, es menester el consenso y entendimiento surgido del intercambio y enriquecimiento pluricultural, de manera que los D.H. desde las comunidades concretas constituyen una posibilidad de pluralismo cultural basado en la convivencia y el respeto entre culturas, a partir del dialogo inter-cultural, en el que se comparten, “traducen” y clarifican las diversas experiencias jurídicas que atienden a sus realidades culturales y

político-sociales. Es por ello insoslayable conocer las aportaciones de las diversas culturas como condición necesaria para la afirmación de prácticas jurídicas diversas desde el plano cultural, ya que al aceptar y afirmar diversas aportaciones, subjetiva y simétricamente, se generarían condiciones de legitimidad y eficacia a lo consensuado por convicción.

El paradigma de los D.H. desde su praxis real no tiene un interés en una universalidad homogénea ni en una eternidad epocal, menos aún en una arquitectónica jurídica y ética perfecta y acabada. Tampoco busca legitimar sistemas de gobierno ni gobernantes (éstos deberán legitimarse atendiendo a sus principios rectores, sus actos y obras así como por el apoyo popular mayoritario) y considero que tampoco busca su monopolio para un grupo de “intelectuales” y burócratas internacionales. Los D.H. desde éste paradigma serán, en cada momento de su conclusividad (que nunca es acabada, es parte de un proceso perfectible), principios guía que no tienen interés en lo antes señalado sino en el beneficio de los seres humanos en particular, en cuanto corporalidades concretas, vivientes y sufrientes en busca de novedades institucionales que reivindiquen su dignidad, a partir de su praxis político-social organizada, democrática, simétrica y con convicción subjetiva.

Lo anterior puede ayudar a su vez a un redimensionamiento del derecho positivo, ahora como una unidad compleja de valores, hechos y normas dados a través de la historia en circunstancias espaciales y culturales determinadas, pero ahora dando un peso específico a la participación democrática y directa de las comunidades políticamente organizadas en su legitimación, de manera que las normas jurídicas a pesar de la inalterabilidad formal de su enunciado, puedan cambiar o alterarse en su sentido o intención de acuerdo con el tiempo, los hechos y las valoraciones verificadas en las sociedades. Pero *“en cuanto esta elasticidad de la norma se vuelva incompatible con los cambios [sociales], entonces debe ser revocada o derogada y sustituirla por otra más adecuada”*¹⁴⁶, pero buscando siempre su legitimidad en el complejo social.

¹⁴⁶ Recaséns, *Op. Cit.* p. 561.

Conclusiones.

1. Ante cualquier problemática derivada de la experiencia jurídica, el primer esfuerzo del jurista por dilucidarla, comprenderla y resolverla en su integralidad debe encaminarse a ahondar en la raíz misma del problema sin minimizar ni menospreciar todos los elementos constitutivos del mundo de lo jurídico, para posteriormente poder tratar dicha problemática a niveles menos profundos, más técnico-formales o de carácter más inmediato.
2. La reflexión filosófico-crítica, es ese esfuerzo encaminado a introducirse en las bases de los problemas y desde ahí, no buscar fundamentalismos ni nuevos dogmatismos o axiomas inmutables, sino problematizar, es decir, buscar certezas de lo necesario en un continuo, concreto, perfectible y transformador proceso de reflexión autocrítica interdisciplinaria, plural e intercultural.
3. Las discusiones en el mundo de lo jurídico en general sobre eficacia, vigencia, legitimidad y fundamentación del derecho, siguen girando en torno a los idealistas arquetipos técnico-formales, metanarrativos, discursivos y eurocéntricos de la modernidad, pese a su desgaste actual y a la imposibilidad de su realización o concreción empírica.
4. Pueden distinguirse, de esta investigación, dos ideas de los derechos humanos, una, por lo que hace a su discurso mundial cuyo origen, sistematización, fuerza y legitimación se ubica en Europa con los inicios de la modernidad (atribuyendo prerrogativas de carácter ético-político a los sujetos por el simple hecho de ser hombres y/o ciudadanos, partiendo de prácticas y justificaciones teórico-políticas manipuladas y universalistas) y por lo que hace a su praxis real (en cuanto praxis y discurso legitimados por la voluntad de los pueblos en defensa de su dignidad humana así como en lucha por el reconocimiento de nuevos derechos, y en cuanto fundamentos éticos trans-históricos para la construcción de novedosas instituciones coercibles, no universalistas, sino plurales y distintas según la realidad histórico-cultural de que se trate).

5. Dentro del discurso mundial de los derechos humanos hay dos momentos o estadios de un mismo proceso, que corresponden a los derechos humanos vistos desde un universo moderno-universal (en el cual surgen, se desarrollan y exportan hacia las periferias) y a los derechos humanos situados en un universo globalizado por fundamentalismos económicos (convalidando las acciones y consecuencias del capitalismo globalizador contemporáneo), caracterizado por las diferencias, la complejidad y la incompreensión, pero que se resiste a ello aferrándose a la modernidad; un mundo en el que se atribuyen prerrogativas ético-jurídicas con carácter internacional a los sujetos por el sólo hecho de ser humanos, o como dicen algunos discursos estatales, por el hecho de ser personas. De manera que el discurso moderno-eurocéntrico de los D.H. se redimensiona y transmuta de un esquema universal a uno mundializado.
6. Existe una rotunda contradicción entre la idea del derecho positivo (creado conforme a los procedimientos y normas superiores de un estado concreto) y los derechos humanos (en cuanto atributos *a priori*, naturales y universales sin distinción de nacionalidades o condiciones), sin embargo a estos últimos se les trata de coercibilizar *a fortiori* bajo el esquema positivista que no permite elementos valorativos ni sociológicos en el mundo de lo jurídico, además de que la universalidad en el mundo del derecho positivo hace referencia a sujetos muy determinados, dentro de circunstancias de tiempo y espacio muy delimitadas.
7. Confeccionados, primero por las burguesías europeas (como derechos del hombre), y después por los vencedores de las “guerras mundiales”, los derechos humanos, vistos desde el discurso mundial eurocéntrico, se vuelven un instrumento manipulable según intereses de poder por quienes tienen una potencial filiación corporativa para hacerlos valer en su beneficio.
8. El capitalismo, naciente en las revoluciones burguesas de Europa, se instituye como el único paradigma de desarrollo humano, justificándose sus acciones y consecuencias a través de los fundamentalismos y arquetipos ético-jurídicos de la modernidad.

9. No hay sistemas jurídico-políticos perfectos, por tanto, el derecho en cuanto tal es susceptible de fetichizarse y volverse un instrumento de poder privado para ciertos grupos sociales (generando víctimas), pudiendo la norma, en cuanto producto del derecho que interesa al jurista, volverse bajo estas circunstancias un mecanismo despótico e ilegítimo de represión social.
10. El fetichismo del poder político, institucionalizado por la fetichización del derecho positivo, produce un alejamiento y una ajenidad subjetiva entre representantes populares y representados, dándose un ocultamiento del fundamento mismo del poder político así como de la legitimidad de las instituciones y acciones políticas de estado, que residen en el conjunto social organizado.
11. La legitimidad de las instituciones humanas no puede ser subsumida solamente a elementos objetivistas de proposición lógica y técnico-formales (o peor aún a idealismos metafísicos), debe ser considerada integralmente teniendo que ver, también, con una convicción subjetiva de los sujetos en consenso mayoritario perfectible, por tanto el discurso mundial de los derechos humanos carece de consenso y legitimidad universales desde ésta óptica democrática e integral.
12. Las sociedades actuales son complejas, entrópicas y tendientes a la otredad, por tanto, hablar de consensos, unidad y entendimiento a partir de metarrelatos *a priori* como el contrato social (que es algo que pasó en el tiempo: la ilustración) o el discurso mundial de los derechos humanos, puede ser algo cierto a nivel ideal, formal o lógico, pero no real ni empíricamente posible.
13. La alteridad, vista desde el pensamiento de la liberación, puede ser un elemento concreto de carácter ético, humanista e incluyente que posibilite el acercamiento, el diálogo, el respeto y el consenso entre diversas realidades histórico-culturales, además de posibilitar una convicción subjetiva en los sujetos sobre lo consensuado, dando legitimidad a las esferas institucionales que surjan de ello.
14. El derecho es una realidad histórico-cultural compuesto por tres esferas interdependientes de hechos, valores y normas, por tanto es dinámico, perfectible y peculiar según las condiciones socio-culturales de que se trate. Por ello no puede aislarse como una entidad o conocimiento meramente abstracto,

subsumido a la manera de una ciencia exacta cuyos enunciados de proposición lógica sean axiomas inmutables en el tiempo y en el espacio.

15. La praxis real de los derechos humanos se ubica en el plano de los hechos y los valores, en cuanto elementos constitutivos de toda experiencia jurídica, debiendo fundarse en la interculturalización, la interdisciplina y la alteridad para la reflexión, construcción y transformación del derecho en cuanto tal como un valor de uso social.
16. Para lo anterior se requiere una actividad hermenéutica analógica entre comunidades, en cuanto interpretación interdisciplinaria de culturas, basada en la pluralidad e intercambios culturales sobre experiencias fácticas, antropológicas, normativas, axiológicas, etc., tendiente a la comprensión y al consenso entre distintos, así como a la liberación de los sujetos de su condición de víctimas.
17. Es necesario e insoslayable replantear un paradigma plural, intercultural y simétricamente democrático de los derechos humanos que, apelando a la alteridad y al humanismo, se constituya por los rasgos culturales (en un sentido amplio) que dan identidad y autonomía a cada cultura, siempre que no se minusvalore al sujeto (en su libertad y dignidad), determinando hasta que punto deben permitirse las diferencias y siempre que dicho esquema no sea sordo ante las víctimas, pues el “corazón” mismo de los derechos humanos hace referencia protectora a los sujetos en cuanto víctimas, no a las culturas, y no solamente a las mayorías, pues muchas veces su fin es defender a los sin derechos, a grupos sociales vulnerables por ser considerados minorías, cuyas posturas son irrelevantes para la totalidad vigente.
18. El nuevo paradigma plural de los D.H. debe reivindicar y posibilitar material e institucionalmente las capacidades y medios socio-productivos de los sujetos para la afirmación de la dignidad humana, las libertades, la democracia y la vida (tanto del humano como de su entorno natural) dentro de comunidades políticamente organizadas.

19. La praxis política de los sujetos, como medio de factibilidad de la praxis real de los derechos humanos, es una condición humana cultural, libertaria y socio-comunitaria que se tiene mientras los sujetos vivamos bajo sociedades políticamente organizadas en las que tomemos parte en los asuntos que nos atañen, mediante una praxis que parte de la racionalidad pero que es guiada por la *realidad emotiva* de cada comunidad, esto es, por elementos valorativos, simbólicos, onto-antropológicos, etc., tendiendo a la realización de los fines acordados simétrica y democráticamente. No tiene que ver con atributos naturales e innatos al humano, o con condiciones fetichistas (poder político corrompido), abstractas y lejanas al ser-humano.
20. Antes que todo, consideraría como tarea de cada realidad social e histórico-cultural, replantear el sentido de *ser* de su *existencia* en el mundo, en cuanto aquello que siente el corazón pero consiente la razón, que dirigirá nuestro proceder e improceder así como nuestro pensar hacia la consolidación de paradigmas o esquemas que afirmen y posibiliten nuestra vida, así como nuestra existencia libertaria. Para ello es urgente la rememoración del *ser* que somos en cada caso nosotros mismos, en cuanto posibilidad de preguntarnos por lo que somos en la actualidad y no por lo se nos dice que somos.

Bibliohemerografía.

1. Ackerman, John, *Una reconceptualización del derecho electoral a la luz del caso Sodi*, Boletín mexicano de derecho comparado, I.I.J.-UNAM, Año XLIII, Núm. 128, Mayo-Agosto 2010.
2. Aristóteles, *Política*, libro 3º, capítulo 2º, Porrúa, México, 1997.
3. Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y Derechos Humanos*, Siglo XXI, México, 2009.
4. Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, FCE, México, 1996.
5. Castro Ruz, Fidel, *La historia me absolverá*, edición anotada de la Oficina de Publicaciones del Consejo de Estado, la Habana, Cuba, 2005.
6. Copi, Irving M. y Cohen, Carl, *Introducción a la Lógica*, Limusa, México, 2008.
7. Douzinas, Costas, *El fin de los Derechos Humanos*, Universidad de Antioquía-LEGIS, Colombia, 2008.
8. Dussel, Enrique, *20 Tesis de Política*, Siglo XXI, México. 2008.
9. Dussel, Enrique, *Introducción a la Filosofía de la liberación*, Ed. Nueva América, 5ª Edición, Bogotá, 1995.
10. Echeverría, Bolívar, *Definición de cultura*, UNAM-Itaca, México, 2001.
11. Echeverría, Bolívar, *Las ilusiones de la modernidad*, UNAM-El equilibrista, México, 1997.
12. Efimov y otros, *Historia moderna*, Grijalvo, México, 1986.
13. Engels, Friedrich, *El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre*, en Obras Escogidas, Tomo II, Editorial Progreso, Moscú, 1971.
14. Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.
15. Freud, Sigmund, *El malestar en la cultura*, Alianza, Madrid, 1984.
16. García Maynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*, UNAM, México, 1997.

17. García Ruiz, Pedro Enrique, *Filosofía de la liberación*, Driada, México, 2003.
18. Giddens, Anthony, *Consecuencias de la Modernidad*, Alianza Universidad, Madrid, 1990.
19. Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
20. Gorostiaga, Xabier, *La mediación de las ciencias sociales y los cambios internacionales*, en VV.AA. (autores varios) *Cambio social y pensamiento cristiano en América Latina*, Trotta, Madrid, 1993.
21. Granados Atlaco, Miguel Ángel, *Derecho Penal Electoral Mexicano*, Porrúa, México, 2005.
22. Hegel, G.W.F., *Filosofía del Derecho*, Juan Pablos Editores, México, 1980.
23. Habermas, Jürgen, *Ciencia y técnica como ideología*, Técnos, Madrid, 1989.
24. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1995.
25. Marín Ruiz, Guillermo, *Historia Verdadera del México Profundo*, Instituto de Estudios Superiores de Oaxaca (colección "agua quemada"), México, 2005.
26. Marx, Karl, *El Capital*, Tomo I, Libro I, Siglo XXI, México, 1987.
27. Marx, Karl, *La ideología Alemana*, Ediciones de cultura popular, México, 1979.
28. Mayer, J.P., *Trayectoria del pensamiento político*, FCE, México, 1966.
29. Nino, C. Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2005.
30. Ochoa Hofmann, Alfonso Estuardo, Protocolo de Investigación (tesis de maestría), *El derecho ante el antifundacionalismo posmoderno. Una aproximación al pensamiento de Richard Rorty*.
31. Pietro Barcellona, *Postmodernidad y comunidad: el regreso de la vinculación social*, Trotta, Madrid, 1990.
32. Ramírez Velázquez, Blanca, *Modernidad, posmodernidad, globalización y territorio*, UAM, México, 2003.
33. Reale, Miguel, *El término tridimensional y su contenido*, Artículo de la revista *Derecho-PUC* (de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú), N° 50, Diciembre de 1996.

34. Reale, Miguel, *Filosofía del Derecho*, Tomo I, Pirámide, Madrid, 1979.
35. Recaséns Siches, Luis, *Panorama del pensamiento Jurídico en el Siglo XX*, Tomo I, Porrúa, México, 1963.
36. Roemer, Andrés, *Introducción al análisis Económico del Derecho*, FCE, México, 2008.
37. Rousseau, J. Jacobo, *El contrato Social*, Porrúa, México, 1971.
38. Rovira Viñas, Antoni, *El abuso de los derechos fundamentales*, Editorial Península, Barcelona, 1983.
39. Sánchez Rubio, David, *Filosofía, Derecho y liberación en América Latina*, Desclée, Bilbao, 1999.
40. Sanguinetti, Horacio, *Curso de Derecho Político*, Astrea, Buenos Aires, 2000.
41. Sartori, Giovanni, *Elementos de Teoría Política*, Alianza, España, 2007.
42. Sartori, Giovanni, *Homo videns*, Taurus, México, 2003.
43. Sepúlveda, César, *Derecho Internacional*, 24ª ed., Porrúa, México, 2004.
44. Veraza Urtuzuástegui, Jorge, *Leer El Capital hoy*, Ítaca, México, 2007.
45. Weber, Max, *El Político y el Científico*, PREMIA, México, 1986.

Diccionarios.

1. Abbagnano, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, FCE, 2ª Ed., México, 1983.
2. *Grijalbo Diccionario Enciclopédico*, Tomos I y II, Ediciones Grijalbo, Barcelona, 1986.

Fuentes de Internet.

- 1.- Página electrónica del diario cubano *Granma*.
www.granma.cubaweb.cu/marti.../jm01.html
- 2.- Página electrónica del Dr. Bolívar Echeverría Andrade.
www.bolivare.unam.mx/ensayos.
- 3.- Página electrónica, Portal de recursos para estudiantes.
http://www.robertexto.com/archivo/weber_dominacion.htm.
- 4.- Página electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/constit/pdf/6-351s.pdf>.
- 5.- Página electrónica del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Organismo dependiente del ministerio español de la presidencia).
<http://www.cepc.es/revistas/revistas.aspx?IDR=3&IDN=217&IDA=16442>
- 6.- Página electrónica de la Universidad del País Vasco.
<http://www.ehu.es/aarrieta/apunteak/contractualismo.pdf>.
- 7.- Página electrónica de Consumidores por los derechos del consumidor y contra los monopolios.
<http://www.consumidores.org.mx/index.html>.
- 8.- Página electrónica sobre marxismo y educación.
<http://www.marxismoeducar.cl>.
- 9.- Página electrónica de la Biblioteca Jurídica Virtual del I.I.J.-UNAM.
<http://www.bibliojuridica.org>. (Fuentes López, Carlos, *El racionalismo Jurídico*, I.I.J. UNAM, México.)
- 11.- Página electrónica de *Ciencia política*, espacio web del Profesor Raúl Néstor Álvarez, Instituto Superior de Formación Docente 52 de San Isidro.
<http://cienciapolitica.4t.com/trabajos/animalpolitico.html>.
- 12.- Página electrónica del Centro de Estudios Filosóficos y Sociales, Mar del Plata, Argentina.
www.cefysmdp.com.ar/mesas/2008/fernandezparmo/2008 (Fernández Parmo, Guido, *Mismidad y otredad: identidad y diferencia en el mundo contemporáneo*, conferencia dictada en el marco de las jornadas de filosofía política, organizadas por la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina, en 2008).
- 13.- Página electrónica del Dr. Enrique Dussel Ambrosini.
<http://www.enriquedussel.org/>