

**HACIA UNA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN PERSPECTIVA CRÍTICO-FILOSÓFICA**

Jhon Jairo Mejía Restrepo
Trabajo de grado para optar al título de abogado

Asesor
William Cerón Gonzalez
Doctor en filosofía

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN, ANTIOQUIA.
COLOMBIA
2018

Para lograr el Bien Común la Autoridad debe servirse de instrumentos adecuados. El más importante de todos, porque regula los demás (que son todas las instituciones públicas) es el Derecho, pero éste no será instrumento adecuado si no es justo. Por eso la justicia es el *finis operis* o fin intrínseco, inmediato y esencial del Derecho. En otras palabras, así como un arma de fuego que no dispara no puede propiamente ser llamada arma de fuego aunque tenga la apariencia de tal, el Derecho que no tiene como fin la justicia no merece el nombre de Derecho. La justicia es, pues, la piedra de toque que nos permite reconocer al Derecho”¹.

¹ Miguel Villoro Toranzo. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa. México, 1996. p. 223.

Contenido

Introducción	4
Capítulo I	
LA NECESIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS	8
Capítulo II	
EN TORNO A LA IDEA DE UNA FUNDAMENTACIÓN PARA LOS DERECHOS HUMANOS.	
Fundamentación ético-jurídica de los DDHH	27
Perspectiva iusnaturalista	28
Perspectiva ius-positivista	32
Capítulo III	
APROXIMACIÓN CRÍTICO-FILOSOFICA AL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.	
Hacia una justificación crítica de los Derechos Humanos	40
Algunas conclusiones	55
Referencias bibliográficas	58

Introducción

Desde la antigüedad, individuos y pueblos se han levantado en contra de los opresores. Sentirse inferior por alguna circunstancia, ha exacerbado los ánimos de las personas, y se revelan porque se han sentido ofendidos. Pareciera que nadie quiere sentirse indigno, no es agradable sentir que no se tiene la igualdad con el otro. En este sentido, la cultura Occidental se valió de la noción de “DERECHOS DEL HOMBRE O HUMANOS, para hacer respetar la vida digna que todos queremos llevar. De allí que pensar si tenemos derechos, detectar cuáles son éstos y hacerlos respetar ha sido una constante a lo largo de la historia. Sin embargo, la reflexión sobre la fundamentación de los derechos humanos es un asunto más nuevo en la sociedad occidental; la misma discusión con los detentores del poder, nos llevó a darles razones de por qué considerábamos que éramos iguales en unos aspectos básicos. Tradicionalmente, las razones que hemos esbozado sobre por qué todos los humanos tenemos unos mismos derechos, han girado alrededor de dos posiciones: la naturalista, y la positivista. Pero, luego de cientos de hojas tratando de argumentar por qué estos son necesarios, estas dos posiciones no han logrado convencer a legos ni expertos. Existe una debilidad en estas posiciones, y, dadas las condiciones reales de violación constante de los derechos, se requiere de una nueva perspectiva filosófica que intente fundamentarlos.

Partiendo de esta convicción, que se hizo sólida cuando vimos el curso de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, iniciamos estas reflexiones tratando de escudriñar en la historia de la filosofía del derecho, qué otra perspectiva se ha esbozado que intente llevar a cabo semejante tarea.

La sorpresa fue grande cuando se encontró que desde las perspectivas críticas, y en consonancia con la visión latinoamericana, se han llevado a cabo reflexiones que intentan dar cuenta de esta problemática. Existe una visión crítica de los derechos humanos que, tratando de superar los vacíos de las perspectivas

clásicas, se propone fundamentarlos y darles un soporte terrenal, que pueda, a la vez que teorizarlos y promoverlos, proponer estrategias reales que permitan su reconocimiento. Así, impregnado de tal ideal, se inició el proceso de reflexión tratando de consolidar una pregunta que direccionará la investigación, que luego de innumerables ensayos quedó así: ¿Qué aportes puede hacer la perspectiva crítica de las ciencias a la fundamentación de los derechos humanos? Asunto que dio pie para involucrarme en la Teoría Crítica.

Con tales intenciones, fue relativamente fácil enunciar los objetivos que dirigirían este trabajo y que quedaron como sigue:

Objetivo general:

Comprender a través de un ejercicio hermenéutico, los aportes que la perspectiva crítica de la filosofía puede hacerle a la fundamentación de los Derechos Humanos, de modo que puedan resaltarse las debilidades de las fundamentaciones clásicas de los mismos.

Ello dio pie para formular los objetivos específicos:

- Plantear un breve bosquejo histórico del proceso de surgimiento y desarrollo de los derechos humanos.
- Describir las propuestas de fundamentación clásica de los derechos humanos (iusnaturalista e iuspositivista), deduciendo las principales debilidades de las mismas.
- Interpretar las posibilidades de unos derechos humanos vistos desde la perspectiva filosófica crítica.

Vistas así las cosas, la metodología de investigación que hizo posible nuestra búsqueda, fue la hermenéutica. Como lo anota el profesor Salcedo², la

2

hermenéutica es una posibilidad de hacer ciencia, distinta a la que postularon los positivistas. Desde Habermas, podemos considerarla como un enfoque que pretende interpretar eventos o situaciones de la vida socio-cultural, para intentar comprenderlos. Así, su objeto no es producir conocimientos técnicos, seguros, verdaderos, como lo hacen los positivistas con su método, sino producir comprensiones. “La comprensión hermenéutica busca entonces garantizar, en una cultura, la auto-comprensión que oriente la acción de individuos y grupos en su propia cultura y con otras. Busca fundar consensos sin coerciones. Si tal propósito no se logra, peligra la supervivencia de tal cultura, igual que si no seguimos las reglas técnicas no tendremos éxito con la acción instrumental”³.

La hermenéutica como enfoque investigativo invita a leer los textos desde el contexto en que viven los participantes de una comunidad. Significa que el investigador debe conocer muy bien su cultura y, desde ella, tratar de dar sentido a lo que va ocurriendo. Un enfoque de este tipo, hizo posible que nuestra técnica de recolección de la información fuera el fichaje de textos.

Con todo ello, y armado solo de mi pasión por querer comprender un evento socio-cultural tan trascendental para la cultura occidental como son los derechos humanos, se emprendió la labor dando como resultado esta tesis de grado”. No se pretende con ella dividir en dos el derecho, tan solo, desde mi perspectiva, afrontar un problema que quedó dando vueltas luego de ver algunos cursos de mi proceso de formación como abogado.

El trabajo está dividido en tres capítulos, desde los que espero dar cuenta de mis intenciones. Así, un primer capítulo planteará un breve bosquejo histórico de los derechos humanos, de modo que podamos llegar a una definición de los mismos; en el segundo capítulo mostraremos los argumentaremos ius-filosóficos que han intentado fundamentar los derechos humanos, básicamente desde las perspectivas clásicas: positivismo y naturalismo; y un tercer capítulo muestra los vacíos que

³ Salcedo, Hernando, Epistemología o Filosofar sobre la ciencia. Medellín: Unaula, 2012: 62.

tienen esas posiciones y las posibilidades que se abren si revisamos la mirada crítica de los derechos humanos.

CAPÍTULO I

LA NECESIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

...el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político⁴.

El presente capítulo tiene como objeto realizar una mirada retrospectiva, histórica, a la idea de Derechos Humanos. Si bien éstos son producto de un momento histórico determinado, la Modernidad occidental, es indudable que existen una serie de acontecimientos anteriores que fueron sembrando las bases para que los Derechos Humanos surgieran. Revisarlos y comprenderlos, es fundamental para una cabal interpretación de los mismos.

Por el tipo de vida que hemos llevado los humanos es común pensar la historia de la humanidad como un proceso de conflictos. Guerras tribales, guerras entre estados, guerras mundiales; la vida cotidiana de las personas envueltas en conflictos, unos esclavizando a otros, hombres fuertes golpeando a los más débiles, hombres sometiendo a las mujeres y menores; luchas por el poder político o económico⁵.

Con un panorama como ese, no es de extrañar que en determinado momento de la historia de cada pueblo, los hombres y mujeres se interrogaran por cómo hacer para vivir una vida con menos riesgos, una vida que se pudiera respetar, que estableciera normas claras lo que era válido violentar y lo que no. El jefe de la tribu

⁴ Norberto Bobbio, *Sobre el fundamento de los derechos del hombre*. En *El tiempo de los derechos*, Madrid: Sistema, 1991, p. 53-62, 61.

⁵ Al respecto, seguimos las ideas del profesor Hernando Salcedo Gutiérrez, expuestas en diversas clases de la Unaula, pero que se pueden encontrar en el artículo *Conflicto, agresividad y derechos humanos*. En: Revista Cultura Política y Derechos Humanos. N°. 2. Unaula, Medellín. 1995.

o cacique, los ancianos, reyes, príncipes, sacerdotes, chamanes, y hasta dioses, han sido a lo largo de la historia instituciones o individuos que impusieron tales normas y obligaban a los súbditos a seguirlas; ellos tenían la fuerza física, moral o intelectual para lograrlo. De allí que en el código de Hammurabi pueda leerse⁶:

Entonces [los dioses] ANU y BEL complacieron a la carne de los hombres llamándome a mí, el dios temido Hammurabi, para establecer justicia en la tierra, para destruir lo ilegítimo y los males y para contener al poderoso en su opresión del débil.

Los mismos dioses le dijeron al rey babilónico que impusiera normas fuertes, incluso destruyendo la vida que considerara ilegítima, porque su reino estaba muy conflictivo. Traemos a colación esta reflexión porque queremos hacer notar cómo, en un momento de la historia de la humanidad, una persona o un grupo privilegiado influía de modo tal en la gente del común, en el pueblo, que perfectamente podían tomar sus vidas. No existía nada parecido al *derecho a la vida*, la vida era tan frágil, que muchos podían acabarla, sobre todo los que ostentaban el poder. Este tipo de códigos, buscaban persuadir a las personas para que no hicieran el mal, so pena de sufrir los horrendos castigos y, muy comúnmente, la muerte⁷.

⁶ En la web pueden encontrarse diversas traducciones e interpretaciones de la frase traída a colación. En la versión electrónica de Luarna ediciones, que trae el código completo, está una versión más textual, lo que podría ser más confuso para nosotros hoy, por lo que preferimos retomar esta versión. Tomada el 15 de octubre de 2017 de: http://www.iepala.es/curso_ddhh/ddhh91.htm

⁷ Ahora bien, como lo deja claro Amnistía Internacional, Grupo de Catalunya, “En todas las culturas y religiones de las que nos han llegado muestras escritas se pueden encontrar exhortaciones como las siguientes: «Todo lo que una persona no desea que le hagan, debe abstenerse de hacerlo a los demás», Mahabharata, XII (Primer milenio AC); «No hagas a otro lo que no quieras que te hagan a ti», Confucio (551-479 aC); «Lo que a ti mismo te contraría, no lo hagas a tu prójimo», Talmud, Sabbath 31; «Cuanto quisierais que os hagan a vosotros los hombres, hacédselo vosotros a ellos», Mateo, Evangelios, 7, 12; «Ninguno de vosotros es creyente mientras no prefiera para su hermano lo que prefiera para sí mismo», Mahoma, Dichos del Profeta (S. VII) . La necesidad de comportarse fraternalmente con aquellos que nos rodean es una característica común de todas las grandes tradiciones. Ya sea en Asia (China, India), Oriente Medio (Mesopotamia, Egipto), las culturas precolombinas o aquellas en las que se basa la cultura europea (Grecia y Roma). El budismo, el hinduismo, el cristianismo, el islam... todas las religiones inciden en ello. Esta conminación a tener en cuenta las necesidades del otro es la piedra angular a partir de la cual se irán construyendo sistemas sociales cada vez más complejos, dentro de los cuales los derechos de los individuos de forma progresiva adquirirán mayor protagonismo.” En: Amnistía internacional, Grupo Catalunya, *Historia de los derechos humanos*, 2009. Recuperado de <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/pdf/historia/dudh-historia.pdf> . (consultado agosto 15 de 2018)

Semejante situación, es posible que haya disuadido a muchos hombres y mujeres de la época, pero sin lugar a dudas no fue la solución, pues la historia sigue contando que las guerras continuaron y la muerte era tan cotidiana como nacer. A su vez, es lo más razonable pensar, que no todos estaban de acuerdo con tales sistemas de castigo, o con los sistemas de gobierno que excluían a cantidades de personas, por tanto, si hacemos eco a la teoría marxista, es fácil llegar a pensar que las revueltas a lo largo de la historia han sido el motor de la sociedad; los descontentos han originado que entre grupos de personas provenientes de clases distintas, hubiesen fuertes enfrentamientos. No en vano, Marx y Engels afirmaron:

La historia de toda sociedad jerarquizada existente en la historia existente es la historia de la lucha de clases. Hombres libres y esclavos, patricios y plebeyos, señor y siervo, amo del gremio y oficial –en una palabra, opresor y oprimido- estuvieron en constante enfrentamiento, desarrollado en una lucha ininterrumpida, ahora escondida, ahora abierta; una lucha que siempre terminó en una reconstitución revolucionaria de la sociedad o en la ruina común de las clases dominantes.⁸

Muchos de estos enfrentamientos desembocaron en verdaderas batallas por la exigencia de derechos, así que, de nuevo generalizando, han sido las luchas ancestrales las que dieron pie a que en la modernidad hayamos obtenidos algunos derechos. Como lo afirma Salcedo: “lo que hoy tenemos como derechos fundamentales son fruto de una lucha constante contra los que han ejercido el poder”⁹. Así, de la lucha brotaron nuevas normas de convivencia, que hicieron un poco más llevadera la vida, dado que, por lo menos en el papel, garantizaba algunos derechos. Para nadie es un secreto que el cristianismo primitivo y su concepción del amor y aceptación del otro, es una forma diferente de ver las relaciones sociales,

⁸ Carlos Marx y Federico Engels, *Manifiesto del partido Comunista*, Londres, 1847. Versión libre en la web.: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm>. Consultado el 15 de agosto de 2018

⁹ Hernando Salcedo Gutiérrez, *Por qué hablar de Derechos Humanos, algunas razones para mis jóvenes estudiantes*, Recuperado de <http://salcedolenguajeando.blogspot.com.co/2009/07/por-que-hablar-de-derechos-humanos.html>. (consultado 15 de enero de 2018)

que reivindicaban la vida digna, pero también es necesario reconocer la dura lucha que les tocó enfrentar por sus ideas; a su vez, por muy fuerte que nos parezca el código de Hammurabi, ponía más claras las reglas del juego de la convivencia, por lo que era mejor que el capricho del gobernante.

Como podrá notarse, muchos son los elementos que se interrelacionan cuando empezamos a hablar de derechos: norma, convivencia, conflicto, vida, muerte, indignidad, dignidad, poder, entre otros. Así, cuando las relaciones han sido conflictivas, se requirió desde épocas antiguas de un poder fuerte que abordara y solucionara los conflictos; de esta autoridad dependía la vida y la dignidad de la persona; por tanto, muchas comunidades se rebelaron contra ellos y exigieron otra vida. Sin embargo, estos elementos históricos, recalcados por todos los historiadores de derechos humanos, a pesar de que nos introducen en el tema, aun no nos ofrecen la suficiente ilustración para entender tal asunto. Como bien lo anota Salcedo¹⁰

Será la rebelión contra la arbitrariedad de las monarquías absolutas la que brindará el espacio a un nuevo tipo de reivindicaciones. Y esto empieza a fraguarse con la *Magna Carta Libertatum*, o Carta Magna de las Libertades, en Inglaterra, firmada el 15 de junio de 1215. Es un momento en donde los nobles normandos oprimían a los anglosajones y éstos se rebelaron en contra de los primeros, obligando a su soberano, Juan sin Tierra, a promulgar y cumplir un largo texto de 63 artículos, redactados en latín, considerado como el primer documento constitucional de Inglaterra y el fundamento de sus libertades. Famoso es su artículo 39: «Ningún hombre libre será detenido o encarcelado como no sea en virtud de un juicio legal de sus pares o de la ley del país».

¹⁰ Hernando Salcedo Gutiérrez, *Por qué hablar de Derechos Humanos, algunas razones para mis jóvenes estudiantes*. Idem.

La *Magna Carta Libertatum*¹¹ es el primer discurso normativo que se escribe expresamente para que los reyes ingleses pusiesen límites a sus desmanes a la hora de actuar. Como lo ilustra Linebaugh¹², todo sucedió porque el rey Juan (1163-1216), urgido de dinero para la guerra, pues estaba en lucha para recuperar Normandía y a su vez estaba exigido por la Iglesia para que se uniese a las cruzadas, elevó considerablemente los impuestos, afectando en grado sumo a todos, pero específicamente a los plebeyos, y especialmente a los hombres, quienes ahora tenían que pagar una fuerte suma de dinero si no acompañaban a su noble a la guerra, impuesto denominado *scutage*¹³. Pero no contento con esto, robó tierras, confiscó propiedades, secuestró niños y exigió rescates, llegando al colmo de asesinar a un grueso número que no pudieron pagar; vendió mujeres, las prostituyó, y, cuando estaban escasas, vendió a su primera mujer, Isabel de Gloucester¹⁴.

Cansados de sus desmanes, los nobles barones del reino se unen para exigirle respeto y recordarle que ellos lo sostenían, por lo que también tenían derechos. Juan no tuvo más camino que firmar un convenio, que se denominó *Carta Magna*, el 15 de junio de 1215. Como lo afirma Evangelista¹⁵,

La Magna Carta inglesa del 15 de julio de 1215, suele designarse como modelo y origen de las modernas Constituciones liberales. El desarrollo del Derecho político de

¹¹Magna Carta Libertatum. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/17.pdf> (15 de agosto de 2018)

¹² Peter Linebaugh, *El Manifiesto de la Carta Magna. Comunes y Libertades para el Pueblo*. Madrid: Traficantes de sueños, 201.

¹³ Es necesario recordar que en la edad media, el siervo le debía agradecimiento eterno a su señor feudal, pues este último magnánimamente lo tenía en sus predios (feudos) viviendo, aunque pagara impuestos. Por ese agradecimiento, estaba obligado a acompañarlo a la guerra cuando el noble lo necesitara, con el agravante que todos los aperos que necesitara, debían ser costeados por él mismo. Los nobles que eran Caballeros del rey, hacían exactamente lo mismo, por lo que también se vieron afectados. Al respecto puede verse a George M. Travelyan, *Historia Política de Inglaterra*, México: F.C.E., 1943.

¹⁴ Peter Linebaugh, *El Manifiesto de la Carta Magna. Comunes y Libertades para el Pueblo*, Madrid: Traficantes de sueños, 2013. Ver sobre todo págs. 45 y ss.

¹⁵ María Clara Evangelista, *A 800 años de la Carta Magna Inglesa de 1215*, Madrid: Sígueme, 2015. p.2.

Inglaterra tomó un curso peculiar, porque los señores feudales y estamentos de la Edad Media (alta nobleza, caballeros y burguesía inglesa) y su representación (la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes), pasaron en un proceso lento e insensible a las condiciones propias del Estado moderno.

A pesar de ser un contrato firmado de manera obligada, o quizás por ello, el rey reconoce la fuerza y unión de los comuneros (en este caso también nobles), apareciendo una voluntad general, muy parecida a la voluntad del constituyente primario, por lo que la historia la reconoce como un acto de poder de los que se unen contra el poder desmedido. Con ello, afirman los historiadores, se da inicio a la historia constitucional inglesa¹⁶, que siendo honestos, inició mal, pues Juan no cumplió lo exigido. Sin embargo, es un documento *sui generis*: no es una Constitución en el sentido que hoy damos al término; no fue un tratado, pues no se trataba de una negociación entre dos Estados para llegar a un convenio; ni puede ser llamado un acto legislativo ordinario, pero mostró la capacidad de negociación de derechos que tenían dos grupos de poder.

Otro momento importante en la lucha por el reconocimiento de los derechos en la cultura Occidental, fue sin duda *The Petition of Rights* de 1628, originado por las mismas razones que la Carta Magna: los atropellos del monarca inglés Carlos I, quien aumentó de manera desmedida los impuestos a las importaciones y exportaciones y mandó a prisión quien no los pagara, afectando por supuesto a los nobles que eran los que se ocupaban de estas actividades. El descontento de éstos los llevó a reunirse y centrar la discusión en la libertad personal, pues había también una serie de acciones obligatorias que los molestaban, como el hecho de tener que dar posada en sus casas a las milicias, yendo a prisión quien se negara.

¹⁶ Miguel Satrústegui Gil-Delgado, *La Magna Carta: realidad y mito del Constitucionalismo pactista medieval*. En: Historia Constitucional, n. 10, 2009, págs. 243-262. Recuperado de <http://www.historiaconstitucional.com/index.php>. (Consultado el 21 de agosto de 2017)

Ello condujo a la redacción, en la Cámara de los Comunes, de un documento en que se revisaban tales normas y se exigía ante todo¹⁷: primero, el establecimiento del *habeas corpus* como derecho de todo sujeto; segundo, la limitación de la facultad del rey para crear tributos, sometiéndola a la aprobación del Parlamento; y, tercero, la negativa al acuartelamiento de tropas en casas particulares. Tal documento fue aprobado por el Parlamento luego de múltiples discusiones, con el desagrado total del Rey, asunto que lo condujo un tiempo después a disolverlo para no cumplir y poder actuar a su antojo. Pero quedó el descontento en la nobleza que consideraba que el rey debía tener limitaciones en muchas de sus actuaciones, pero que ante todo debía respetar a las personas. Por eso la lucha se centró en hacer respetar el *habeas corpus*, asunto que se logró en 1679.

Por lo anterior, puede considerarse la Ley de *Habeas Corpus* de 1679 como el tercer hito fundamental en la lucha por los derechos. En ella ven algunos el “germen fundamental de la protección procesal de los derechos fundamentales de la libertad humana, especialmente en cuanto a su carácter físico o de movimiento, y por ello ha recibido con justicia el calificativo de *el gran writ*”¹⁸. Así, aunque su historia se remonta a los romanos, y está muy emparentada con la Carta Magna de 1.215, su consolidación apenas se realiza en 1679. Como lo ratifica Fix-Zamudio, con ello no se creó ningún derecho nuevo, pero sí se logró reforzar en grado sumo un principio ya existente, al permitir una protección más efectiva para la libertad individual.

La historia de desmanes y exigencias de derechos se repite en 1689, ahora con el reinado de Jacobo II, quien es obligado a huir por la presión del ejército de Guillermo de Orange, quien instaura una convención que lo nombra Rey y él se

¹⁷ Luis Sánchez Agesta, Curso de derecho constitucional comparado, 6a. ed., Madrid: Universidad de Madrid, 1976, p. 115 y ss.

¹⁸ Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid: UNAM-Ed. Civitas, 1982, 61. Es importante aclarar, a juicio de este autor, “el carácter contractual del *habeas corpus*, común denominador de los distintos documentos de la época, pues debe entenderse que sus cláusulas eran aplicables a los súbditos del reino en su condición de hombres libres, a pesar de que en el propio *habeas corpus* no se hacía distinción alguna entre personas libres y esclavos”. P 62.

compromete a firmar y reconocer un documento donde se reconozcan los derechos que Jaime II había pisoteado, documento que pasa a la historia como *The Bill of Rights*. Como lo anota Fix-Zamudio¹⁹, en *The Bill of Rights* se aseguran y reafirman antiguos derechos y libertades reconocidos anteriormente, pero su característica fundamental es que ahora su enunciado es general: las libertades ya no son concebidas como exclusivas y estamentales en régimen de derecho privado, sino como libertades generales en el ámbito del derecho público.

Son 13 puntos, que se convertirán en los ejes de la futura Constitución Inglesa. Los dos primeros artículos se refieren expresamente a la ilegalidad de la suspensión de las leyes por parte de los mandatarios y el reconocimiento del parlamento como ente que controla al soberano. Más adelante exigen que el rey no pueda disponer de la economía del reino a su libre albedrío, pues ello debe pasar por el parlamento. Posteriormente, tocan el aspecto fuerte de las libertades individuales: ratifican la libertad de pensamiento, de expresión y, sobre todo, la libertad de elección de representantes al Parlamento. Se exige la libertad de cultos, y se solidifica la tolerancia hacia las diversas posiciones protestantes. Es, en sentido estricto, una ratificación del parlamentarismo como base del co-gobierno.

El otro punto de referencia en este trasegar histórico por la defensa de los derechos, lo constituye la *Declaración de Virginia* de 1.776²⁰. Trece colonias inglesas en suelo americano, se reunieron en un congreso, en el poblado de Virginia (una de las colonias que hoy conforman los Estados Unidos de Norteamérica), y redactaron la primera declaración completa de los derechos del hombre, “ya no con carácter negativo o en forma de limitaciones al poder público, sino como la afirmación positiva y rotunda de la personalidad humana y el reconocimiento explícito de los derechos que le son inherentes”²¹. Explícitamente, por primera vez

¹⁹ Fix-Zamudio, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Madrid: UNAM-Ed. Civitas, 63.

²⁰ Consultada la Declaración el 20 de agosto de 2017 en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>

²¹ Carlos Sánchez Viamonte, *Los derechos del hombre en la revolución francesa*, (México: UNAM, 1956), 27.

se acuerda que *todos los hombres son por naturaleza iguales, libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos.*

De fuerte raigambre religiosa, específicamente evangélica, no es extraño que defendiera unos ideales humanistas y reivindicara la libertad, la igualdad y dignidad del hombre; así mismo, hace un fuerte énfasis en los derechos naturales de la persona, y exige que el Estado esté controlado y siempre al servicio del bien común. Retomando exigencias anteriores, hace valer el derecho natural de la libertad religiosa, derecho reconocido expresamente en los nuevos Estados Unidos de América, mucho antes que los demás derechos humanos. Jellineck ilustra muy bien como desde 1647 ya algunas colonias sancionaban positivamente la libertad plena en materia de religión, de allí que concluya que:

La idea de consagrar legislativamente los derechos naturales inalienables e inviolables no es de origen político, sino religioso. Lo que hasta aquí se ha recibido como una obra de la Revolución, es en realidad un fruto de la Reforma y de sus luchas. Su primer apóstol no es Lafayette, sino aquel Roger Williams que, llevado de su entusiasmo religioso, emigraba hacia las soledades, para fundar un imperio sobre la base de la libertad de las creencias, y cuyo nombre los americanos aún hoy recuerdan con veneración²².

Asunto que no desconoce todo el soporte filosófico-político de las teorías del contrato social, la división de poderes, las restricciones al Estado, la elección a través del voto. Fue sin duda, un documento mayúsculo para su época, y que inspiró a muchas otras colonias y al mundo en general. No en vano afirma Jellineck, que la Declaración de Virginia, “fue el verdadero modelo para todas las demás, hasta para

²² Georg Jellineck, *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Estudio de historia constitucional moderna*. Traducción: Adolfo Posada, Madrid: Librería Victoriano Suárez, 1908, 169-70.

la del Congreso de los Estados Unidos, que fue adoptada sólo tres semanas después, siendo de notar que la redactara Jefferson, ciudadano de Virginia”²³.

La declaración de Virginia fue el soporte para la *Declaración de Independencia de las Colonias Americanas* del 4 de julio 1776. Con tantos elementos claros, no es de extrañar que ya aquí se reconozcan para la unión americana, una serie de principios. En el preámbulo, esta declaración inicia ratificando lo que ya era un viejo ideal:

Consideramos como incontestables y evidentes por sí mismas las verdades siguientes: que todos los hombres han nacido iguales; que han sido dotados por El Creador con ciertos derechos inalienables; que entre esos derechos deben colocarse, en primer lugar, la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Para que se asegure el goce de esos derechos, los hombres han establecido entre sí gobiernos, cuya justa autoridad emana del consentimiento de los gobernados; que cuando una forma de gobierno resulte contraria a los fines para los cuales fue establecida, el pueblo tiene el derecho de abolirla o cambiarla y de instituir un nuevo gobierno, estableciendo sus fundamentos sobre los principios y organizando sus poderes en la forma que más propia le parezca procurarle la seguridad o la felicidad

Ahora bien, Jellineck es de la idea que esta declaración no establece un sistema de derechos, asunto imposible dado la autonomía de las provincias asociadas, tan solo expresa el principio de soberanía nacional y el derecho a cambiar de forma de gobierno. Los derechos están implícitos en el apartado de las violaciones de derechos a que eran sometidos los hombres de las colonias. Al

²³ G. Jellineck, *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Estudio de historia constitucional moderna*, Madrid, Librería Victoriano Suárez, 114. Existe edición electrónica del año 2000 a cargo de la UNAM, que puede encontrarse en <https://es.scribd.com/document/36066350/Derechos-Del-Hombre-Jellinek>

respecto, Jefferson es muy claro en eso cuando, en carta dirigida a Henry Lee el 8 de mayo de 1829, afirma que:

El objeto de la Independencia no consistió en encontrar nuevos principios o nuevos argumentos que nadie hubiera pensado antes, ni siquiera en decir cosas que nadie hubiera dicho; sino en presentar ante la humanidad el sentido común de la cuestión en términos tan llanos y firmes que obligaran al asentimiento. No aspirando a la originalidad de principio o de sentimiento, no siendo copia de otro particular escrito anterior, se quiso que fuera una excepción del pensamiento norteamericano, y que ésta expresara el tono apropiado y el espíritu que la ocasión demandaba²⁴.

En este sentido, el discurso de la reivindicación y positivización de los derechos, toma forma con la *Declaración del hombre y del ciudadano* de 1789, que esgrime como bandera la tesis de que *los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos*. En sus 17 artículos puede notarse una síntesis del pensamiento ilustrado del siglo XVIII, y un matiz bastante claro de la Declaración de Virginia. En su artículo segundo, por ejemplo, reconoce la libertad, la igualdad, la seguridad y la resistencia a la opresión como derechos naturales e imprescriptibles, cuya conservación es el fin mismo de toda comunidad que se agrupa políticamente. En el artículo 4, explicita que “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otros”; Por tanto, el reconocimiento de nuestros derechos “no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Esos límites solo pueden ser determinados por la Ley”. De allí que, para estos defensores de derecho, la igualdad de los hombres es una igualdad ante la Ley. A su vez, el derecho a la propiedad es sagrado: solo en casos límites puede afectarse, y requiere de indemnización.

²⁴ T. Jefferson, citado por Ignacio Carrillo Prieto, en: *La ideología jurídica en la Constitución del Estado Mexicano 1812-1824*, México: UNAM, 1981, 54. Puede leerse la Carta en inglés en innumerables páginas web.

Como habrá podido notarse, hay un trasfondo naturalista en esta acepción de derechos, y las anteriores. Según estos pensadores, los seres humanos tienen unos derechos derivados de la misma naturaleza humana, derechos que preceden al mismo contrato social. Se tienen por el solo hecho de ser humanos, se reciben de la naturaleza misma, se nace con ellos, y no puede un poder establecido violarlo, so pena de caer en la ilegalidad. No son acuerdos entre hombres: hay algo superior que nos lo dio. La naturaleza misma.

En este sentido, como lo afirma Ortiz Treviño²⁵:

Los derechos humanos son un producto jurídico de la modernidad, especialmente del iusnaturalismo racionalista. Esto no quiere decir que el hombre no haya sido valorado jurídicamente como ser digno que es antes del siglo XVIII, sino que la existencia de una serie de derechos desglosados y sistematizados lógicamente en un instrumento positivo con carácter universal, es más bien un fenómeno relativamente reciente. En efecto, el concepto “derechos humanos” se ha desarrollado junto con el surgimiento del moderno Estado de derecho y su causa formal: la constitución.

Es un hecho indiscutible, que los derechos humanos, aún en la visión naturalista, han sido concebidos como una estrategia jurídico-política idónea para defendernos contra los abusos de quienes detentan el poder. Si bien nos lo dio la condición de ser seres humanos y, por tanto, naturales, tienen un valor práctico en la vida cotidiana dado que nos defienden de los abusadores, también tienen una carga ético-moral inmensa: nos permiten vivir y concebir una vida digna. Una vida en la que el otro, independientemente de su riqueza o su poder político, no puede ser más grande que nosotros ante la Ley. Así, sentirnos protegido y dignos, va de la mano en esta concepción moderna de los derechos.

²⁵ Rigoberto Ortiz Treviño, *Análisis del concepto de derechos humanos*. En: Revista Amicus Curiae, Año 1, N°6. México: UNAM, 2010, 1.

Esta mirada histórica de los derechos, puede evidenciar los temores y confianzas del momento preciso en que se hacen tales reivindicaciones; nos permite comprender el ideal de ser humano que se tiene, el tipo de sociedad en la que viven y a la que aspiran; los ideales políticos, las fuerzas en tensión. Por el fuerte énfasis que pusieron en la exigencia de libertades individuales, se suelen denominar *los derechos individuales, o de primera generación o civiles y políticos*. Reconocemos en estas luchas el fin de una época, la medieval, y la consolidación cada vez más fuerte, de la modernidad occidental; es evidente la forma distinta de pensar de la clase burguesa que aspiraba también al poder político, el que le estaba vedado pues no provenía de la nobleza. Por tanto, es lícito concluir que este tipo de derechos fueron concebidos, en principio, solo por una clase social y para ellos.

Lo que la posteridad llamó las *revoluciones burguesas del siglo XVIII*, que dieron como fruto la *Declaración de Virginia* y la *Declaración del hombre y del ciudadano*, sintetizan muy bien esos ideales modernos. El siglo XIX se encargará de hacerlos universales. Pero sobre todo: de hacerlos parte de las constituciones de los nacientes pueblos libres. Tomando como base la Constitución norteamericana, los nuevos pueblos liberados de sus opresores colonialistas, incluyen un apartado referido a los derechos humanos en sus constituciones, surgiendo así la primera generación de derechos humanos.

Mientras tanto, también se fue haciendo evidente que las condiciones en las que vivían los hombres “libres” del momento, obreros que vendían su fuerza de trabajo al señor capitalista, eran tan deplorables como las del siervo o el esclavo. El modelo de derechos parecía que no los cubría a ellos, por lo que las luchas continuaron. Surge así lo que se denomina la segunda generación de derechos: *los derechos económicos sociales y culturales*, centrados en una concepción más fuerte de vida digna, que la promulgada en el siglo XVIII. Ahora, fruto de las luchas que dieron los obreros desde que las máquinas empezaron a relegarlos a mediados del siglo XVIII y principios del XIX, se exige que no sea penalizada la libertad de asociación (formación de sindicatos, por ejemplo), así como el negociar el número de horas a trabajar semanalmente, el salario de los obreros, el derecho al voto, el

derecho a que el voto fuese secreto, reconsiderar el número de horas que debería trabajar un niño, entre otros asuntos. Como lo dijo Juan Pablo II:

Era la reacción contra la degradación del hombre como sujeto del trabajo, y contra la inaudita y concomitante explotación en el campo de las ganancias, de las condiciones de trabajo y de prevalencia hacia la persona del trabajador. Semejante reacción ha reunido al mundo obrero en una comunidad caracterizada por una gran solidaridad²⁶.

Son derechos humanos que exigen del Estado un trabajo constante de protección de los sujetos, de modo que sus condiciones de vida material no lo lleven al extremo de perder la dignidad. El Estado debe garantizar que las personas puedan acceder a los bienes materiales, en igualdad de circunstancias. Como lo anota Bobbio:

El principio de la igualdad de oportunidades elevado a principio general apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales²⁷.

Sin embargo, las condiciones no eran tan favorables para serle reconocidos sus derechos a las clases trabajadoras ya los pueblos, así que para poder desarrollar nuestros ideales de vida buena, no bastaron tampoco este tipo de derechos. Los siglos XIX y XX dejaron bien claro que el neocolonialismo podía ser tanto o más salvaje que en siglos anteriores: pueblos enteros se vieron sometidos a la invasión cultural, borradas sus costumbres, sus religiones, mitos y leyendas, sus saberes ancestrales reemplazados por la ciencia y la filosofía occidental, desconociendo la autonomía y derecho a conservar su cultura. La lucha se seguirá

²⁶ Juan Pablo II, *Laborem Exercens*, (Sobre el Trabajo Laboral), Encíclica III, Roma, 1981, págs. 34 y 35.

²⁷ Norberto Bobbio, *Igualdad y libertad*, (Barcelona: Paidós-Universidad de Barcelona, 1993), 78.

ahora por este camino, postulándose unos *derechos de tercera generación o de solidaridad de los pueblos o grupos vulnerables*.

Son derechos que recaen sobre todos los hombres y mujeres del planeta, lo que implica una solidaridad planetaria nunca antes pensada por la humanidad. Ahora, en la época que estamos interconectados, en la época en que podemos perder la vida de forma masiva con un ataque nuclear, o incluso extinguir toda la vida del planeta, tenemos que unirnos todos en pro de la defensa, no ya solo de la vida, la libertad, o lo bienes de alguien, sino de todo un pueblo o de todos los terrícolas. Su positivización, por tanto, es distinta, como distinta es su filosofía, asunto que es preferible no entrar a tocar aquí.

En muchos contextos del mundo de hoy, no hemos podido aun ni siquiera hacer reconocer los de primera generación, sin embargo, ya desde hace tiempo se habla de una cuarta generación de derechos, inspirados sobre todo en los adelantos de la ciencia, y la cercana posibilidad de fabricar robots que convivan con nosotros, como nuestros trabajadores; o la manipulación genética, que nos hace interrogarnos por el derecho que tengan aquellas personas hechas en laboratorios. Pero este tema es objeto de otro trabajo.

Como habrá podido notarse, muchos son los acontecimientos históricos entrelazados con el surgimiento y posicionamiento del tema de los Derechos Humanos. Es necesario reconocer que los humanos, como seres sociales, nos hemos visto envueltos en conflicto por el solo hecho de convivir en grupos. Vivir en sociedad ha sido difícil para nosotros los humanos, por lo que los intentos de avasallar al otro, de someterlo a nuestros caprichos, de reducirlo a cosa y quitarle su autonomía, ha sido cuestión cotidiana desde los albores de la historia. De allí que surgieran los primeros códigos de convivencia, tratando de limitar el poder de algunos sobre otros. En este sentido, e necesario reconocer que si bien el tema de los derechos humanos solo viene aparecer en la modernidad, sus raíces se encuentran en la época antigua.

Ahora bien, qué son, cómo los fundamentaron los modernos, qué tanto han calado e impactado a la sociedad contemporánea, qué debilidades tienen sus justificaciones, son aspectos que hay que considerar y serán el tema del segundo capítulo.

CAPÍTULO II

EN TORNO A LA IDEA DE UNA FUNDAMENTACIÓN PARA LOS DERECHOS HUMANOS.

En materias ético-jurídicas siempre hay que ocuparse de los fundamentos²⁸.

Todo concepto de los derechos presupone una toma de postura sobre su justificación; por su parte, toda justificación parte de un concepto previo de los derechos²⁹.

Desde que la cultura occidental accedió al pensamiento filosófico, como una opción más válida para responder a las grandes preguntas que nos hemos hecho los humanos desde la antigüedad, hemos privilegiado un tipo de argumentos que sea capaz de romper con lo inmediato, de convencer al más escéptico, de dar razones, de aportar pruebas. Así, «*fundamentar*» las afirmaciones se convirtió en un imperativo desde la antigüedad griega, llegando a su máxima expresión en la modernidad con las reflexiones científicas. Por tanto, fundamentar una máxima, una hipótesis, una teoría, es una exigencia si queremos ser escuchados. O fundamentamos nuestras posiciones, o no nos creen. De allí que, en este contexto, fundamentar no es más que la serie de razonamientos, de argumentos, que usamos en una disertación, para justificar nuestras percepciones, creencias, hipótesis y teorías. En este sentido el capítulo busca resaltar los argumentos más usuales con

²⁸ Francisco Puy, *¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?*, en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid: Edil-Debate, 1989, 291.

²⁹ R. De Asís Roig, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos humano: una aproximación dualista*, Madrid: Dykinson, 2001, 5.

que se ha intentado fundamentar el discurso de los Derechos humanos: la perspectiva naturalista y la iuspositivista.

En lo que tiene que ver con los derechos humanos, la fundamentación ha sido una cuestión ineludible. Desde que se empezaron a exigir, es posible pensar que brotaron las preguntas del que cuestionaba ese nuevo discurso. *¿Por qué vas a tener derechos tú, si no eres noble?* El rey podía preguntar: *A mí me dio ese derecho el haber nacido aristócrata, ¿a ti quién te lo dio?* Por otro lado, argumentar que nos lo dio la naturaleza por haber nacidos humanos, es también increíble para el noble que cuestionaba estos argumentos. *“¿Cómo puede la naturaleza darte algo como eso? A mí me los dio Dios, soy noble de cuna”*.

Sin embargo, el mismo concepto de fundamentación ha sido cuestionado, y no existe un acuerdo total en torno a qué podemos entender por ello. Si bien en este trabajo hemos optado por igualar justificación y fundamentación, existen autores, como Robert Alexy³⁰, que asegura que no significan lo mismo³¹.

De modo que en esta discusión, no se puede esperar un acuerdo total. La búsqueda que hicimos en este trabajo, nos ha llevado a concluir que lo único cierto es que en la cuestión de la fundamentación hay desacuerdo. Justificar un discurso de este tipo, no ha sido un asunto fácil. Incluso, dar las razones, no ha bastado para ello. Se ha requerido de una intensa lucha para hacerlos valer, al punto que es posible afirmar que sin luchas, no hay derechos.

Ahora bien, si revisamos el contexto en que se hicieron las exigencias, desde la Carta Magna a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, nos daremos cuenta que lo pedido ha ido cambiando a lo largo del tiempo; pero siempre, buscando mejorar las condiciones de vida de un grupo social, que en determinado

³⁰ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza. En: Revista El Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, N°. 3, p. 52.

³¹ No creo conveniente entrar en esa discusión en este trabajo, pues me desenfocaría en torno a mi humilde propósito, como estudiante de derecho, que es centrarme en las dos principales vertientes que fundamentan el discurso de los derechos humanos, desde una perspectiva jurídica.

momento, por las presiones de otro grupo o un monarca, los hicieron sentir indignos. No en vano afirma Ortiz Treviño que “La Declaración Universal de los Derechos Humanos, o su inmediato antecedente, la americana, fundamentaron tales derechos en la dignidad del ser humano”³². Es una fundamentación centrada en el discurso ético-moral: el que posee los derechos, por ejemplo, a la libertad, es la persona; como él tiene ese derecho, el monarca o tirano que se los niega debe abstenerse de ello; por tanto, la libertad solo se puede defender desde el individuo.

Desde la perspectiva de Bobbio³³, para el tipo de reconocimiento anteriormente planteado, es factible una fundamentación basada en el sujeto y su carácter de persona moral. Pero ello no es válido siempre. Los derechos sociales y económicos, por ejemplo, obedecen a otra lógica. Quien tiene los derechos es, efectivamente, la persona, pero en su carácter de social: es persona social con derechos. Por tanto, quien puede garantizárselos es el Estado, en tanto ente que este representa el bien común.

En el mismo sentido, si analizamos los derechos políticos, aquellos que protegen la participación de los ciudadanos, como individuos y como colectivos, en la toma de decisiones del gobierno de la ciudad, base de la democracia, entonces no queda sino reconocer que ahora la fundamentación, es decir, las razones que debemos dar para ello, son políticas. El individuo como ser social y sujeto de derechos, puede participar de la toma de decisiones, lo que se ve reflejado en la misma forma como se logró tal derecho: a base de las luchas entre grupos de poder, es que se llegó al consenso que así era. Son los consensos políticos, los que lo sustentan, y el grado de aceptación en la sociedad es lo que le da su validez.

En última instancia, también es la libertad la que da pie para hablar de estos derechos; con lógicas distintas en cada generación de derechos, pero allí ha estado presente siempre este tema. Por esto es que Bobbio concluye, que la libertad es el tema principal en los derechos de primera, segunda y tercera generación. A su vez,

³² Rigoberto Ortiz Treviño, Análisis del concepto de derechos humanos. En: Revista Amicus Curiae, Año 1 N° 6, UNAM, México, 2010. p2.

³³ Norberto Bobbio, *el Tiempo de los derechos*, Madrid: Sistema, 1991.

y por esto mismo, ellos solo son posibles si aceptamos el juego de la democracia, si asumimos esta forma de gobierno como el campo en que se puede desarrollar la idea de los derechos humanos. En síntesis: sin democracia, no hay reconocimiento de derechos.

Si bien el discurso de Bobbio nos introduce de manera general en el tema del fundamento de los derechos, las reflexiones más usuales nos hablan tres tipos de fundamentación de los derechos humanos: fundamentación ético-jurídica o iusfilosofica, abordado desde la filosofía del derecho; fundamentación jurídico-positiva, elaborado desde la ciencia jurídica; y la fundamentación jurídico-política, cuyo abordaje ha sido hecho por la filosofía política.

Nuestra intención como estudiante de derecho, y reconociendo las falencias cognitivas en las otras áreas, es abordar solo la fundamentación ius-filosófica de los derechos humanos.

1. Fundamentación ético-jurídica de los DDHH

El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados³⁴.

Fundamentar la existencia y reconocimiento de los derechos humanos desde lo ético-jurídico o, lo que es lo mismo, iusfilosoficamente, implica entrar en los terrenos de lo incierto. Como lo dejan claro las frases que inician este capítulo, no

³⁴ Norberto Bobbio, *Presente y porvenir de los derechos humanos*. En: Anuario de los derechos humanos, N° 2, Madrid: Universidad Complutense, Enero, 1982, 9-10.

hay una sola propuesta de fundamentación. Es más, hay perspectivas que concluyen la imposibilidad de hacerlo, tales como el positivismo filosófico, dado que, aducen, no es posible establecer premisas racionales para llevar a cabo semejante tarea: de lo que se trata es de buscar los mejores caminos para positivizarlos; o perspectivas como las realistas, que afirman que ya ello está hecho, por lo que es banal seguir en la discusión, llegando a la misma conclusión positivista: digamos cuáles son y logrémoslos³⁵. Sin embargo, la sensación que dejan esas posiciones produce un vacío entre los que aún nos preguntamos por qué reconocerlos, qué argumentos convencerían más, qué razonamientos pueden conducir más fácticamente a su consecución; por tanto, pensamos en este ejercicio reflexivo, vale la pena intentar plantear algunas razones.

En ese sentido, vamos a partir de la clásica división de que hablan los expertos al respecto. Las dos posiciones que se enfrentan filosóficamente para hablar del tema, y a la que estamos más habituados, son: la iusnaturalista y la iuspositivista. Empecemos:

Perspectiva iusnaturalista

Es una perspectiva que se ha inspirado en la idea de que por el solo hecho de ser humanos, poseemos ya derechos. Nuestra naturaleza de humanos, nos lo dio. Las convenciones a las que hemos llegado, son a posteriori: hay algo primero que tenemos los humanos, y eso son los derechos; son anteriores a las convenciones políticas. No es necesario, por tanto, discutir si tenemos derechos o no: los tenemos por el hecho de ser humanos. El hecho de escribirlos en códigos, en acuerdos, en Cartas de reconocimiento de derechos, es un acto formal; lo básico está dado de antemano. De allí que la discusión no sea cuáles son esos derechos,

³⁵ Antonio-Enrique Pérez Luño, *La fundamentación de los derechos humanos*. En: Revista de Estudios Políticos Nueva Época, N°35. Septiembre-Octubre, 1983. Ver sobre todo págs. 10-13.

asunto que puede llegar a consensuarse, sino que se reconozca la condición previa: se tienen unos derechos. Lo que sigue, es cómo asegurarlos desde el Estado.

En el fondo, como lo deja entrever Pérez Luño, es una perspectiva ético-jurídica porque basa su argumentación en categorías de este tipo, como la idea de *Libertad y Dignidad*. Para los defensores de esta perspectiva, es necesario reconocer que nacemos libres, y conservar esa condición es la que dignifica nuestra vida, nuestra existencia. La positivización de las normas lo que hacen es reconocer eso. Por tanto, de entrada, el derecho positivo es un reconocimiento del derecho natural. Fernández frente a este asunto comenta:³⁶

La influencia de la teoría del derecho natural en la historia de los derechos humanos aparece claramente en una serie de juristas y filósofos de la Ilustración, como por ejemplo Grocio, Puffendorf, Spinoza, Hobbes, Locke, Rousseau, Wolf, Kant, etc. Todos estos autores, lo que actualmente llamamos derechos humanos, ellos lo designan como derechos naturales, derivados de la misma naturaleza humana y comprendidos en el derecho natural.

Sin embargo, hablar en términos tan generales de todos estos autores, podría ser equívoco. No todos suponen exactamente lo mismo sobre los derechos. De allí que autores como Villey³⁷ propongan que, como mínimo, en ello hay dos vertientes: la clásica y la moderna; la primera, aduce, tiene sus raíces en Aristóteles, el derecho romano, y se cualifica sobremanera con Tomás de Aquino; la segunda, llevada de la mano, de autores como Grocio, Puffendorf, Tomasius y Wolf, es mucho más racionalista; hoy cuenta con exponentes como Dworkin, Rawls, Nozick, Finnis y Nino. El principal problema de los críticos del derecho natural, piensa Villey, es no comprender que éste no es uno solo, así que siempre critican la versión moderna, por el desconocimiento de la historia. Como lo afirma Massini parafraseando a

³⁶ Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia y Derechos humanos*, Madrid: Debate, 1984, 9.

³⁷ Carlos Ignacio Massini, *Los fundamentos del derecho natural clásico en el pensamiento de Michel Villey*, En: Revista Idearium, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, N°1, 1975.

Villey, es imperativo, entonces, “una vuelta a las fuentes del pensamiento jurídico, para, partiendo de las bases echadas en el pasado, alumbrar un sistema de ideas que sirva de fundamento seguro al orden jurídico presente y alumbre correctamente el venidero”³⁸.

Para los defensores del derecho natural clásico, continúa Massini, no es pertinente la suposición de que en la discusión sobre la fundamentación de los derechos, se pueda hablar de dos vertientes que piensan el asunto (la natural y la positiva). Para ellos, como ya lo enunciábamos previamente, hay solo una forma correcta de sustentar los derechos: el derecho es uno, pero es imposible pensarlo sin sus dos esferas, la natural y la positiva. Pero, la primera prevalece sobre la segunda. De nuevo hay que recalcarlo: para esos autores los acuerdos positivizados no crean los derechos: solo los reconocen.

Como lo señala Hervada, para todo derecho positivo, existe un derecho natural que le sirve de inspiración y del cual se deriva. En sus palabras, “Una atribución o una medida positiva que vayan contra un derecho natural, no dan vida a un verdadero derecho, y en consecuencia carece de validez”³⁹.

Por ello, es quizás Saldaña quien mejor define lo que estos pensadores conciben como derecho natural: es una parte del “orden jurídico constituido por normas, derechos y relaciones cuyo origen y fundamento es la naturaleza del hombre... El dato identificatorio del derecho natural lo constituye la persona humana y la relación de debitud que mantiene con sus cosas o bienes”⁴⁰.

Como podrá notarse, tratar de fundamentar esta perspectiva desde categorías ético-morales como dignidad y libertad, no es un asunto fácil. Mucho menos ponerse de acuerdo en lo que entenderán como *naturaleza humana*. Qué es lo natural en el humano, es una discusión de nunca acabar. Pensar que es natural

³⁸ Carlos Ignacio Massini, *Los fundamentos del derecho natural clásico en el pensamiento de Michel Villey*, En: Revista Idearium, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, N°1. p6.

³⁹ Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, 6 ed., (Pamplona: Eunsa, 1990), 113.

⁴⁰ Javier Saldaña, *Notas sobre la fundamentación de los derechos humanos*. En: Derechos humanos: Iuspositivismo e iusnaturalismo. UNAM, México, 1995. pp. 123-168, (p126).

la libertad, es tan válido como pensar que la esclavitud también lo es. Igualmente, lo que es natural en una época, podría no serlo en el futuro. De allí que Bobbio aduzca que es un poco inocente esta perspectiva, y la critique así:

Es conveniente recordar que históricamente la ilusión del fundamento absoluto a algunos derechos establecidos ha servido de obstáculo para la introducción de nuevos derechos, parcial o totalmente incompatibles con aquellos. Piénsese en las trabas puestas al progreso de la legislación social por la teoría iusnaturalista del fundamento absoluto del derecho de propiedad, o la oposición casi secular contra la introducción de los derechos sociales que se ha hecho en nombre del fundamento absoluto de los derechos de libertad⁴¹.

Al no poder ofrecer una argumentación que se parezca a la científica, o un razonamiento certero, incuestionable, que convenza a las mayorías, muchos de sus opositores la ven como una corriente metafísica. Una fundamentación de este tipo no puede caer sino en lo que Hume denominó la *falacia naturalista*: “de una serie de afirmaciones acerca de cómo las cosas son, es decir, de proposiciones prescriptivas o especulativas, no puede deducirse ninguna aseveración acerca de cómo los hombres deben comportarse, es decir, ninguna proposición práctica”⁴². En otros términos, a partir de la descripción de una cierta cosa, no puedo generalizar que así son todas las cosas, ni que tengan que comportarse de determinada manera.

Así, sus críticos son de la idea que los derechos humanos no hacen parte de una naturaleza humana, sino que son parte de nuestra realidad material, susceptibles de ser vistos y sentidos todos los días en la convivencia social, por tanto, su fundamento está en la positivización.

⁴¹ N. Bobbio, *Sobre el fundamento de los derechos del hombre*, en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona: Gedisa, 1982, 125-6.

⁴² Carlos Massini, *Filosofía del derecho I. El derecho y los derechos humanos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, 114.

2. Perspectiva lus-positivista

El problema de la positivación (de los derechos) será siempre visto desde estas premisas no como un acto de reconocimiento o declarativo, sino como acto de creación, y por tanto, constitutivo. Con anterioridad a la positivación podrán reconocerse expectativas de derecho o postulados de justicia, pero nunca derechos⁴³.

La perspectiva lus-positivista parte de una crítica al modelo naturalista, elaborada desde el siglo XIX. Según estos autores, no puede haber ningún reconocimiento antes de la consagración de la norma reglada por el legislador. Es esta última la que le da validez y rigurosidad a una declaración de derechos.

Si aceptamos que existe antes de su positivización, estaríamos negando todo el logro moderno de vida en sociedad reglada por normas positivizadas, negaríamos al Estado y su capacidad de emitir normas que debemos seguir, si queremos que la convivencia sea lo más pacífica y armónica posible. De allí que el fundamento último de los derechos humanos lo encontramos en ese poder que tiene el Estado de hacerlos realidad en el ámbito jurídico, y luego de hacerlos respetar. Mientras no estén reconocidos y respaldados por el ordenamiento legal, no existen, no son derechos.

Así, los derechos humanos no vienen con el nacimiento natural del ser humano, por el contrario, obedecen al conjunto de leyes y normas que los garanticen. Los derechos humanos carecen de contenido jurídico sin esas normas, es decir, carecen de validez.

⁴³ Pérez Luño, *La fundamentación de los derechos humanos*, En Revista de Estudios Políticos Nueva Época, N°35. Septiembre-Octubre, 1983. p58-59

Quizás sea nuevamente con Bobbio con quien podamos ver qué se entiende lo más explícitamente posible, por ius-positivismo y su distinción del ius-naturalismo:

Por 'positivismo jurídico' entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo. Obsérvese la asimetría de las dos definiciones. El iusnaturalismo afirma la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo; el positivismo jurídico afirma la exclusividad del derecho positivo. El iusnaturalismo no afirma que exista únicamente el derecho natural, sino que existe también el derecho positivo aunque en una posición de inferioridad con respecto al derecho natural. Más brevemente: por iusnaturalismo entiendo la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo; por positivismo jurídico la teoría de la exclusividad del derecho positivo. El iusnaturalismo es dualista; el positivismo jurídico, monista⁴⁴.

Dado el fuerte énfasis que esta perspectiva pone en la postulación y reconocimiento de la norma jurídica, ha sido tildada de "formalismo jurídico". Defienden los ius-positivistas que el proceso formal de constitución de la norma es más importante, que el contenido de la norma misma, que puede ser cualquiera, pues es el consenso de los legisladores. De allí, que el único derecho válido, es el creado por el legislador, siguiendo los procedimientos exigidos por la normatividad que se postuló para ello, tal y como lo reconocen la mayoría de los Estados regidos por formas democráticas de gobierno. Por tanto, el fundamento de los derechos

⁴⁴ Norberto Bobbio, El problema del positivismo jurídico, Buenos Aires: EUDEBA, 1965, 68.

humanos solo reposará en el ejercicio del poder del Estado, que es el único que puede postularlos, y su posterior capacidad de hacerlos valer.

Este asunto del formalismo jurídico, no es un tema para solo mencionar. Tiene grandes repercusiones teórico-prácticas, que le han valido fuertes críticas a esta posición. Por ejemplo, este fuerte énfasis en la norma previamente establecida, a la que hay que respetar y seguir porque es la norma, es peligrosa a la hora de hablar de derechos humanos, pues de todos es conocido que muchas normas se validan siguiendo los intereses de los grupos de poder que conforman un Estado. Así, tal exigencia puede hacer que sigamos de manera obligatoria normas injustas que atentan contra los derechos de algún grupo social, como en el caso del periodo del gobierno Nazi en Alemania; o la actual legislación estadounidense sobre los residentes extranjeros sin documentación legal; o la normatividad de la Comunidad Económica Europea sobre la cantidad de extranjeros –africanos- que pueden aceptar en su territorio; o la legislación China que dice que solo puede existir un solo partido político; etc.

En el mismo sentido, y a pesar de la fuerte afirmación de Bobbio del monismo de esta posición, en ella también se encuentra, de una u otra manera, un reconocimiento a la persona humana como ser natural. Norma positivizada y persona natural, van de la mano. El derecho se reconoce en un ser natural, lo positivo tiene fundamento si se reconoce primero al ser humano. La norma escrita y reconocida no tiene fundamento, sino se concentra en el ser humano. Así, “el elemento positivizado que consagra los derechos humanos sólo contiene los presupuestos fácticos y normativos de validez para la eficacia jurídica de los mismos, pero esta última no contiene su legitimidad”⁴⁵.

Si tenemos que ser honestos con esta perspectiva, debemos reconocerle que su fuerte énfasis en la positivización ha sido importante para el reconocimiento y respeto de los derechos. Sin embargo no podemos desconocer que su mirada tan

⁴⁵ Hernando Salcedo Gutiérrez, Por qué hablar de Derechos Humanos, algunas razones para mis jóvenes estudiantes, Idem.

parcializada y ortodoxa cuando solo ve esto, mete a esta posición en grandes dificultades teórico-prácticas, por lo que no me cabe ninguna duda, es una posición también para superar, para mejorar o complementar, pero que no permite por sí sola, asumir una posición compleja, como lo requiere hoy esta sociedad, para un problema tan grande como son los derechos humanos.

Es un hecho innegable, y nuestro país es un claro ejemplo de ello, que la sola postulación normativa no es suficiente para lograr una materialización y concreción efectiva de tales propósitos. Se requiere de un arduo trabajo de mecanismos, procedimientos, concienciación y investigación, para que estas aspiraciones de tener una sociedad que respete a todos, que valore los derechos, se lleve a cabo.

Han existido otras perspectivas, desde luego, pero pueden considerarse parientes de estas dos. Hay propuestas que buscan unir las, la *teoría dualista* de la fundamentación de los derechos humanos⁴⁶, por ejemplo, que de la mano de Fernández o Peces Barba han logrado mostrar cómo reconciliar aspectos de estas posiciones que se mostraban tan irreconciliables. En el mismo sentido, los historicistas-relativistas, como el italiano Benedetto Croce⁴⁷, han intentado una fundamentación basada en la afirmación de que los derechos humanos son un asunto histórico-cultural y, en este sentido, relativos a la cultura y el momento histórico. En sus términos: eso que llamamos '*derechos humanos*',

...hay que reducirlos, a lo sumo, a derechos del hombre en la historia. Esto equivale a decir que los derechos son aceptados como tales para hombres de una época particular. No se trata, por consiguiente, de demandas eternas, sino de derechos históricos, manifestaciones de

⁴⁶ Ver: Gregorio Peces Barba, *Derechos fundamentales*, (Madrid: Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, 1986); igualmente: Eusebio Fernández, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, En Anuario de los derechos humanos, N° 2, Universidad Complutense, Madrid, Enero 1982, pp. 73-111. Del mismo autor: *Teoría de la justicia y derechos humanos*, (Madrid: Debate, 1984), 77-126.

⁴⁷ B. Croce, *Los derechos del hombre y la situación histórica presente*, en la obra colectiva *Los derechos del hombre*, Barcelona: Laia, 3ª ed., 1975, pp. 143 y ss.

las necesidades de tal o cual época e intentos de satisfacer dichas necesidades⁴⁸.

El mismo Bobbio termina acogéndose a una postura de este último tipo, conduciéndola posteriormente a una teoría del consenso⁴⁹: siendo tan dificultosas las posibilidades de fundamentar los derechos humanos por las vías clásicas, no queda más por reconocer que solo el consenso sobre cuáles son los derechos y cómo debemos protegerlos, es la vía que queda. Cabe recordar que, desde otra perspectiva filosófica, autores como Habermas⁵⁰ también se han valido de la postura del consenso para dar pistas de cómo emprender semejante tarea, todos con resultados prácticos muy pobres.

En una escuela o en otra, el intento de justificar los derechos ha sido problemático. Ni siquiera flexibilizando las posiciones, al punto de parecer relativistas, han podido los pensadores del consenso proponer argumentos que convengan a todos. Se requiere, a mi juicio, de una posición alternativa que logre destrabar el asunto, como lo han hecho los autores de la perspectiva crítica de los derechos humanos.

⁴⁸ B. Croce, *Los derechos del hombre y la situación histórica presente*, en la obra colectiva *Los derechos del hombre*, Barcelona: Laia, 3ª ed., 1975, pp. 143.

⁴⁹ N. Bobbio, *Presente y porvenir de los derechos humanos*", en *Anuario de los derechos humanos*, Universidad, Complutense, Enero. 1982, Madrid, pp. 7-28.

⁵⁰ Es necesario aclarar que en este autor no hay un texto específicamente dado a resolver o abordar esta cuestión, sino que su extensa obra dedicada al análisis del lenguaje lo ha llevado a tocar en muchos aspectos tal problema. Se deduce de su teoría consensual de la verdad, que los derechos son un asunto también de consenso. Lo mismo podríamos decir de Karl-Otto Apel, Chaim Perelman e incluso de John Rawls, quienes también han trabajado este problema desde las teorías del consenso.

CAPÍTULO III

APROXIMACIÓN CRÍTICO-FILOSÓFICA AL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Una teoría crítica de derechos humanos denuncia y devela, por consiguiente, las ideologías filosófico-jurídicas contenidas en el posicionamiento que hemos llamado de Derecho natural, ya en su versión cosmocentrada (Mundo Antiguo), ya en su individualista versión antropocentrada (Mundo Moderno). Las denuncia y devela por sus fundamentos ideológicos y su alcance socio-político, no porque ellas sean buenas o malas, 'verdaderas' o 'falsas'. Se trata de una cuestión 'práctica', política, que puede contener discusiones teóricas o conceptuales⁵¹.

Las reflexiones expuestas en el capítulo anterior, nos llevan a suponer que no bastan las posiciones iusnaturalistas ni positivistas para dar cuenta de un tema tan complejo, como los derechos humanos. Si observamos bien, en ellos confluyen una extensa red de elementos ideológicos y culturales que implican aspectos subjetivos del ser humano, aunados a consensos positivizados que exigen a través de la norma, comportarnos de determinada manera, es decir, se concretizan en la vida del individuo. Como lo afirma Herrera, "Cualquier acercamiento a los derechos que simplifique o reduzca su complejidad, supone siempre una deformación de peligrosas consecuencias para los que cada día sufren las injusticias de un orden

⁵¹ Helio Gallardo, *Teoría crítica y derechos humanos. Una lectura latinoamericana*. En: *Redhes, Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*. México: Año 2, N° 4, 2010. Págs. 57-89. p60.

global basado en la desigualdad y en la invisibilización de las causas profundas de su empobrecimiento”⁵².

Las fundamentaciones iuspositivistas de los derechos se equivocan, como lo muestra la vida diaria, al creer que las positivizaciones concretizadas en la Ley son inmunes al mundo ideológico de las fracciones de poder que se encuentran en toda sociedad. Es como si creyeran que por el solo hecho de estar escrita la norma, los seres humanos somos más objetivos y, por tanto, debe procederse a cumplirla pues la norma encarna el acuerdo nacional.

Pero de igual modo se equivoca la perspectiva naturalista al creer que tenemos derechos inherentes a nuestro ser, como si ya al nacer todos reconocieran mis derechos. La historia ha mostrado, como lo explicitamos en el capítulo I, que todas las culturas han tenido la tendencia a subvalorar a unos grupos humanos y sobrevalorar a otros. La igualdad solo se ha obtenido por vía de las luchas por la reivindicación de derechos.

A su vez, la sociedad capitalista-liberal desde la que surge el intento de justificación de estas dos posiciones tiene bien claro que es el mercado el que en última instancia regula las relaciones humano-sociales, de allí que los derechos humanos “quedan reducidos, desde el punto de vista de esta racionalidad capitalista, a derechos de propietarios que se piensan a partir del mercado. Los sujetos están instalados en la relación mercantil vista como el ámbito de la libertad natural, lugar desde el que se abomina de toda planificación e intervencionismo”⁵³.

Ambas son posiciones reduccionistas que no permiten un cabal conocimiento de semejante tema. Ambas nos ocultan las principales preguntas que tenemos que

⁵² Joaquín Herrera Flórez, *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. En: *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Bilbao: Desclée de Brouwer, S.A., 2000. p. 19-78. p20.

⁵³ Joaquín Herrera Flórez, *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. En: *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, (2000), p27.

hacernos, cuando abordamos este asunto, y que Herrera resume en las siguientes⁵⁴:

¿Podemos hoy entender los derechos del mismo modo que lo hacían los que redactaron la Declaración de 1948? Dada la situación actual de predominio global de grandes corporaciones empeñadas en revolucionar el papel regulador del Estado en su beneficio privado ¿nos podemos sentir satisfechos ante análisis puramente formales y descontextualizados de los derechos? En caso afirmativo, ¿nos situamos en un lugar seguro o más bien nos tambaleamos como marionetas en manos de magníficos y poderosos aprendices de brujo?

En el fondo, lo que hacen ambas posiciones es justificar violaciones de derechos. Para estos modelos, la privatización de la salud y de los servicios públicos, o la contratación de trabajadores a través de cooperativas de trabajo asociado, por ejemplo, no son violaciones de derechos. Sencillamente son posibilidades que da la norma.

No hay un acercamiento, desde estas posiciones, a la crítica al modelo capitalista-liberal que da sustento a sus justificaciones. No hay un intento por develar las implicaciones del modelo de desarrollo que tienen estas sociedades, como lo apunta con buen tino De souza: “Los Derechos humanos no han cuestionado hasta ahora los modelos de desarrollo, y en su mayoría, tampoco los modelos de Democracia”⁵⁵...y más incisivamente continúa:

Si miramos la historia de los derechos humanos en el periodo de posguerra, no es difícil concluir que las políticas al respecto han estado claramente al servicio de los intereses económicos y geopolíticos de los Estados capitalistas hegemónicos. El discurso generoso y seductor de los derechos humanos ha

⁵⁴ Joaquín Herrera Flórez, Hacia una visión compleja de los derechos humanos. En: El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal, (2000), p21.

⁵⁵ Boaventura De Sousa Santos, *Los derechos humanos y el Foro Social Mundial*, ponencia presentada en el XXXV Congreso de la Federación Internacional de los Derechos Humanos, FIDH, Quito, 2 al 6 de marzo de 2004.

permitido atrocidades inenarrables, evaluadas y manejadas de acuerdo con estándares dobles que resultan repulsivos. Al escribir en 1981 sobre la manipulación de la agenda de derechos humanos en Estados Unidos en complicidad con los medios masivos de comunicación, Richard Falk habló de la “política de la invisibilidad” y de la “política de la supervisibilidad” (1981). Como ejemplos de la política de la invisibilidad mencionó el bloqueo total de los medios de comunicación de noticias sobre la masacre del pueblo Maubere en Timor Oriental (que tomó más de 300.000 vidas) y la situación de los casi cien millones de “intocables” en la India. Como ejemplo de la política de la supervisibilidad Falk mencionó el entusiasmo con el que fueron reportados en Estados Unidos los abusos posrevolucionarios contra los derechos humanos en Vietnam e Irán.

Todo ello nos lleva a plantear la necesidad de una perspectiva crítica que intente justificar la idea y práctica de los derechos humanos.

3.1. Hacia una justificación crítica de los Derechos Humanos

La adopción de una perspectiva modulada por la tradición de la teoría crítica supone asumir dos premisas metodológicas fundamentales respecto del concepto “Derechos Humanos”. Por un lado, los Derechos Humanos son considerados como un movimiento social, político e intelectual, así como (su) teoría propiamente dicha. Su determinación básica, a lo largo de su historia, consiste en su carácter emancipatorio (resistencia al abuso de poder, reivindicación de libertades, regulación garantista por parte del Estado); su sustrato indeleble es la exigencia y afirmación de reconocimiento... De otra parte, los Derechos Humanos son entendidos como un fenómeno histórico⁵⁶.

La perspectiva crítica de la *Teoría*, ha venido de la mano con el principio de emancipación que ha inspirado a Occidente desde la modernidad, reconociendo

⁵⁶ Alan Arias Marín, *Tesis sobre una teoría Crítica de los derechos humanos*, En: Revista Open Insight, Volumen VI Nº 9 (enero-junio 2015), p. 11–33. p13.

que desde la antigüedad se han visto destellos de ella. Sin embargo, como *teoría crítica de la sociedad*, es decir, como punto de vista que no se conforma con lo visible a simple vista, esta teoría tenemos que remontarla a Kant y el modelo ilustrado y a Carlos Marx y sus posteriores seguidores. En el sentido de este último pensador, su sospecha y conjetura primera es que detrás de los discursos y prácticas del modelo burgués de vida, se esconden una serie de aspectos que invisibilizan la dominación. El modelo socio-económico reinante valiéndose de sus aparatos ideológicos, hacen creer que los ideales de vida buena expuestos por ellos, son los válidos. Los demás son peligrosos o imposibles de alcanzar, por lo que hay que desecharlos. Así, el poder y la fuerza que debe tener el Estado y todas las instituciones sociales que lo sostienen, es mostrado como provechoso para todos los asociados: depositemos en el Estado y en sus órganos de poder, toda la confianza, pues ello se revertirá positivamente en nosotros.

Como lo afirma Gallardo⁵⁷, cuando hablamos de Teoría Crítica es necesario aclarar esos dos términos: *Teoría y Crítica*.

En relación al primero, es importante reconocer que el concepto de *Teoría* no tiene la misma connotación que en las ciencias naturales: ser reconocidas como verdaderas. En esta perspectiva crítica, la *teoría* es asumida como una hipótesis de trabajo:

En realidad, las 'teorías', en este alcance disciplinar, son hipótesis, o sea suposiciones básicas cuya 'verdad' se sigue de procedimientos operativos que se determinan desde dentro de esas hipótesis. No es, por tanto, que sean 'verdaderos' sus resultados, sino que parecen cumplirse cuando se imagina y conceptualiza consistentemente un área de la realidad desde ciertos supuestos que han sido sugeridos por eventos fácticos o hechos que levantan preguntas que son contestadas hipotéticamente. La 'verdad' de una teoría se sigue de su posicionamiento inicial y de las operaciones eficaces en términos de conocimiento que este determinado posicionamiento genera, así como de las predicciones que, por cumplirse o incumplirse, muestran la confiabilidad y también la

⁵⁷ Helio Gallardo, *Teoría Crítica y Derechos Humanos: una perspectiva latinoamericana*. En: *Los derechos humanos desde el enfoque crítico. Reflexiones para el abordaje de la realidad venezolana y latinoamericana*. (Caracas: Defensoría del Pueblo-Fundación Juan Vives Suriá, 2011). Ver sobre todo pág. 47 y ss.

provisoriedad de la teoría. Pero las 'teorías' no son verdaderas en el sentido de que 'las cosas son así como la teoría las presenta', o en lenguaje académico, no son "ópticamente" así, sino que son "interpretadas de esa manera" desde una determinada, fundada y disciplinar perspectiva humana.

En un sentido epistemológico, la noción de *Teoría* de la *Teoría Crítica*, podría catalogarse de constructivista, en la medida que, como lo mostró esta Escuela de pensamiento, cuando hablamos teóricamente sobre el mundo, cuando analizamos científicamente la realidad que vivimos, no significa ello que así sea el mundo-realidad, sino que es una perspectiva, la científica, que hemos inventado los humanos. Salcedo⁵⁸ nos dice que dos son los principios que esta perspectiva defiende: primero, el conocimiento no es recibido pasivamente sino construido activamente por el sujeto cognoscente; y, segundo, la función de la cognición es adaptativa y sirve a la organización del mundo experiencial, no al descubrimiento de una realidad ontológica.

Ahora bien, desde la perspectiva de Max Horkheimer⁵⁹, uno de los fundadores de la Escuela de Frankfurt, primeros sistematizadores de lo que posteriormente conocimos como *Teoría Crítica*,

En la investigación usual, por «teoría» se entiende un conjunto de proposiciones acerca de un ámbito de objetos conectadas entre sí de tal modo que a partir de algunas de ellas se pueden deducir las restantes. Cuanto menor es el número de los principios supremos en relación con las consecuencias, tanto más perfecta es la teoría. Su validez real consiste en que las proposiciones deducidas concuerden con acontecimientos efectivos. Por el contrario, si se presentan contradicciones entre la experiencia y la teoría, habrá que revisar una u otra.

Esta perspectiva tradicional requiere suponer un mundo prefijado ya de antemano por un dios creador o por la evolución, que, aunque se muestre caótico,

⁵⁸ Hernando Salcedo, *Epistemología o Filosofar sobre la ciencia*, Medellín: Unaula, 2012. 92.

⁵⁹ Max Horkheimer, *Teoría tradicional y Teoría crítica*, Barcelona: Paidós, 2000, p15.

hay que estudiarlo para encontrarle su lógica, su orden implícito. A su vez, se pregona que es función de la teoría predecir hechos y buscar resultados útiles. Asunto que llega a su máximo esplendor cuando las teorías se pueden reducir a fórmulas matemáticas. Siguiendo con Horkheimer:

Si se puede hablar de que esta concepción tradicional de la teoría muestra una tendencia, ésta apunta a un sistema de símbolos puramente matemático. Como elementos de la teoría, como partes de las conclusiones y proposiciones, cada vez intervienen menos nombres de objetos de experiencia, siendo sustituidos por símbolos matemáticos. Incluso las propias operaciones lógicas están ya hasta tal punto racionalizadas, que al menos en gran parte de la ciencia natural la expresión de las teorías se ha convertido en una construcción matemática⁶⁰.

Tal noción, como se podrá apreciar, no revela lo que en la vida cotidiana se hace en ciencias humano-sociales. Es lo que ellos denominaron una visión tradicional de la *Teoría*. Esta perspectiva ha sido fuertemente criticada por gran parte de la epistemología contemporánea, al punto que es posible concluir que en el mundo científico no es la que impera hoy⁶¹.

Por otro lado, y continuando con Gallardo, también se requiere aclarar la noción de *crítica*. Al respecto afirma que este término

...enfatisa el carácter explícito de un posicionamiento básico para asumir políticamente una realidad que llama la atención y compromete. En este caso, derechos humanos y las condiciones sociales para su producción y eficacia jurídico-cultural. En sencillo, esto quiere decir: dónde me ubico socialmente para asumir derechos humanos como factor de la

⁶⁰ Max Horkheimer, *Teoría tradicional y teoría crítica*, Barcelona: Paidós, 2000, p.25.

⁶¹ Al respecto puede revisarse la innumerable bibliografía que la Teoría de la Complejidad, en perspectiva de Morin, existe en el mercado. A su vez, las fuertes críticas del constructivismo o de la misma Teoría Crítica en voz de Jürgen Habermas.

autoproducción humana (autonomía, autoestima, producción de humanidad genérica)⁶².

Se trata de realizar una lectura atenta de los distintos discursos que sobre los derechos humanos existen, verbigracia, las fundamentaciones iusnaturalistas e iuspositivistas, para develar los vacíos que ellas tienen. Mostrar que en esos discursos hay posiciones políticamente nocivas para ciertas capas de la población. En este sentido, es lícito y urgente preguntarse, como lo hace la perspectiva crítica, cómo son vistos los sujetos activos de derechos: como discriminadores o discriminados. De nuevo con Gallardo:

¿Quiénes aparecen, por ejemplo, ‘naturalmente’ discriminados y sujecionados mediante esas conjeturas que se presentan o imponen como ‘conocimiento verdadero’? Las mujeres bajo el imperio patriarcal. Los pequeños campesinos en el marco de la producción agro-industrial. Los trabajadores determinados en su humanidad por la relación salarial. Los jóvenes, administrados por un ‘mundo’ adulto. Los pueblos originarios o profundos de América discriminados e invisibilizados cultural y políticamente en tanto su existencia enseña una ‘otra’ específica y legítima experiencia de ser (hacerse) humano. A estos sectores, y muchos otros, no les resultan útiles las concepciones o de derecho natural o positivistas de derechos humanos en cuanto, desde ellas, tendría que aceptar, como propias, su discriminación y sometimiento⁶³.

Como podrá notarse, la *Teoría Crítica* es una perspectiva que reconoce que el conocimiento es un producto social; todo lo que decimos, lo decimos de forma situada, desde un contexto, para un público específico. No hay conocimiento puro, sin humanidad, objetivo de modo tal que no involucre a los humanos. Solo

⁶² Helio Gallardo, *Teoría Crítica y Derechos Humanos: una perspectiva latinoamericana*. En: *Los derechos humanos desde el enfoque crítico. Reflexiones para el abordaje de la realidad venezolana y latinoamericana*. Caracas: Defensoría del Pueblo-Fundación Juan Vives Suriá, 2011. 48.

⁶³ Helio Gallardo, *Teoría Crítica y Derechos Humanos: una perspectiva latinoamericana*. En: *Los derechos humanos desde el enfoque crítico. Reflexiones para el abordaje de la realidad venezolana y latinoamericana*. (Caracas: Defensoría del Pueblo-Fundación Juan Vives Suriá.48-9

producimos saberes desde la comunidad en que vivimos, con el lenguaje que compartimos y desde el cual apre-hendimos el mundo.

Habermas⁶⁴ es de la idea que este tipo de producciones teóricas enfrenta y trasciende el carácter netamente instrumental del conocimiento, tan propio de la teoría tradicional, y nos convoca a ver su fuerza transformadora y liberadora. Desde su perspectiva, el conocimiento es emancipador. Si ello no sucede, entonces estamos ante una perspectiva que solo busca, adrede, esclavizar, esconder algo. De allí que esta perspectiva, en un intento de complejizar⁶⁵ la visión de los derechos humanos, debe volver su mirada sobre lo que es la cultura donde se habla de derechos, sus presupuestos sociológicos, antropológicos, históricos, sus posiciones ético-morales y políticas, para develar las relaciones clásicas de poder que se han instaurado en dicho grupo social. A su vez, esta perspectiva crítica concibe una realidad que se debate en constante tensión entre los que tienen el poder de decidir en las sociedades, y los que son sometidos por esas decisiones. De la forma como se resuelven esas tensiones, dependerá en grado sumo el discurso de los derechos.

No podemos dudar que los grupos de dominación presionan a las clases menos favorecidas. Los mensajes enviados a través de los medios masivos de comunicación generan frecuentemente un tipo de opinión que busca que el sujeto concluya que todo alrededor de él se encuentra bien, o que no hay nada que hacer para resolver nuestros problemas. En este sentido, McLaren y Kincheloe⁶⁶ han mostrado que existen una serie de actitudes, términos, reflexiones y posiciones que suelen usarse a diario en nuestra cultura occidental y revelan perfectamente sometimiento y poder:

... el privilegio blanco, masculino, elitista, heterosexual, imperialista y colonial actúa con frecuencia imponiendo su

⁶⁴ Jürgen Habermas, *Conocimiento e Interés*, (Madrid: Taurus, 1982).

⁶⁵ Complejizar en el sentido moriniano del término implica retomar toda la serie de elementos que lo componen, sin separarlos.

⁶⁶ McLaren, G, Kincheloe, J. (Dir.), *Pedagogía crítica -de qué hablamos, dónde estamos*, (Barcelona: Grao, 2008), p39.

poder para reivindicar la objetividad y la neutralidad. De hecho, los propietarios de este privilegio suelen utilizar su “franquicia” en la razón, en la racionalidad y en la verdad. Un criticismo en evolución posee toda una variedad de herramientas para desenmascarar tales políticas de poder.

Solo una teoría crítica, arguyen, puede develar lo que se esconde detrás de ciertos discursos que se muestran como liberadores, que nos darán la ayuda que necesitamos, que tienen la respuesta justa a nuestros problemas. Una teoría crítica, desconfía de semejantes discursos, somete a prueba tales afirmaciones, y ha mostrado que esconden intenciones subyugantes.

Para este tipo de perspectiva es un hecho suficientemente ilustrado que la educación formal es un mecanismo que tiene la misma causa: no hubo nada más alienante en la época burguesa de fines de siglo XIX y el siglo XX, que la educación. Como lo anota De Souza Silva⁶⁷:

Irónicamente, la educación es la institución social más conservadora de una sociedad. Las evidencias históricas revelan que transcurrieron cerca de 100 años para que el sistema de ideas, sistema de técnicas y sistema de poder del industrialismo estuvieran integralmente institucionalizados en los contenidos, procesos y estructuras de los sistemas de educación de la mayoría de las sociedades.

De allí la urgente necesidad de plantear desde una perspectiva crítica, formas de pensar que se parezcan a nosotros, los colombianos o latinoamericanos, que permitan explorar nuestras formas de ser y conocer, pues los organismos internacionales han colonizado de modo tal nuestra escuela, y nuestras

⁶⁷ Boaventura De Sousa Santos, *Los derechos humanos y el Foro Social Mundial*, ponencia presentada en el XXXV Congreso de la Federación Internacional de los Derechos Humanos, FIDH, Quito, 2 al 6 de marzo de 2004. p5.

instituciones en general, que ya ni reconocemos las formas propias de nuestros conflictos, de nuestros intereses, de nuestras formas de sentir y expresar lo sentido.

Gorostiaga y otros nos ilustra bastante bien este aspecto, cuando afirman que

La Perspectiva Crítica describe el espacio de las políticas educativas en Latinoamérica como aquellas que fueron cooptadas por los organismos internacionales, generando mayores mecanismos de injusticia y exclusión social. Por eso los textos seleccionados, desde esta perspectiva, plantean la ruptura y la renovación como contrahegemonía (Williams, 1981). Sería justamente la tensión entre esos dos polos lo que caracterizaría al proceso de funcionamiento de la perspectiva crítica. En ella por lo tanto sus actores no son sujetos pasivos, sino activos que se encuentran atravesados por conflictos, tensiones y relaciones de poder (Zemmelman, 2002). Desde esta perspectiva se propugna una transformación radical de la sociedad a partir de nuevas visiones y teorías⁶⁸.

Es necesario pues, romper con la estructura alienante de la educación en general y la reflexión sobre los derechos humanos en particular, impuesta; hay suficientes pruebas del fracaso de la escuela neoliberal que hemos sufrido en los últimos 25 años, a través de la imposición de los organismos multilaterales. La teoría crítica puede permitirlo.

Esta postura se opone radicalmente a las Instituciones que suponen y privilegian un sujeto económico, técnico, irreflexivo, robotizado. La educación y en general los procesos sociales, deben ser vistos como un espacio para transformar realidades, para desarrollar procesos de socialización incluyentes. De este modo, la interacción con los demás permite conocer las necesidades del otro, de su

⁶⁸ Jorge Gorostiaga, Eduardo Martiné y César Tello, Globalización y educación en América Latina: contrastando perspectivas académicas y de organismos internacionales. Ponencia en: II Congreso Nacional y I Encuentro Latinoamericano de Estudios Comparados en Educación "Hacia una educación de calidad para todos. Desafíos para la perspectiva comparada". Buenos Aires, 14 al 16 de junio de 2007. p17.

entorno y emergen de forma natural mecanismos democráticos que facilitan mejorar las dificultades colectivas.

La socialización de los sujetos en perspectiva crítica, asume su carácter de empresa social transformadora de realidades, de todos, pero sobre todo de los grupos humanos más desfavorecidos económicamente, puesto que es en estos sectores donde la justicia social es una necesidad prioritaria; que permite ver los caminos para minimizar las desigualdades sociales, construir un sujeto con sentido igualitarista, que posea valores, autorregulación y compromiso con los demás. De allí que podamos concluir que la perspectiva crítica da esperanzas a las comunidades.

Pensar los derechos humanos en perspectiva crítica implica, como bien lo anota Gallardo, reconocer que detrás de las prácticas sociales de dominación y discriminación están unas Instituciones que respaldan, promueven y anquilosan tales acciones. Por ejemplo,

La 'inferioridad' y con ello la discriminación 'natural' de las mujeres bajo el dominio patriarcal (machismo) se socializa, entre otras, por medio de la institución familiar considerada natural/tradicional. La crítica, o sea el análisis socialmente posicionado y animado por una sensibilidad política de liberación, no remite, entonces, solo a discursos que expresan posicionamientos ideológicos, sino a las instituciones y sus lógicas y, con ello, al sistema social. Igualmente, determinan para el análisis a las personificaciones (personalidades, sectores, organizaciones, etc.) que portan o activan esas instituciones.

En el ejemplo, una teoría crítica se interesa no solo por discursos institucionales (doctrinales) católicos acerca de la mujer o derechos humanos, sino en la función/papel del aparato

clerical católico en la cultura oligárquica y señorial dominante en América Latina⁶⁹.

Así, una *Teoría Crítica de los Derechos Humanos* se enfoca en la lógica de las instituciones que producen y reproducen ciertas acciones, pero no se detiene allí sino que devela las bases, la lógica, de la sociedad que permite ello. De allí que una Teoría de los derechos humanos de este tipo debería, según Gallardo⁷⁰:

a) reconocerse como conciencia/acción situada al interior de un sistema social y siendo, por ello, determinada conflictivamente por éste;

b) plantearse como actor posible de un sistema social que, por contener principios de dominación o imperio estructurales (sistémicos), es conflictivo;

c) asumir que en formaciones sociales con conflictos estructurales se producen diversos posicionamientos y racionalidades encontradas desde y ante los procesos o hechos sociales (situaciones sociales, existencia cotidiana, subjetividades). Estos posicionamientos y racionalidades determinan a los diversos actores sociales;

d) señalar que en todas las situaciones sociales conflictivas resulta posible crear condiciones que promuevan la remoción y liquidación de los factores situacionales que constituyen y reproducen las dominaciones/sujeciones (imperios) sociales y que esa remoción implica la comprensión (emocional, intelectual, utópica) del sistema social que las genera, de sus jerarquías y de sus instituciones nucleares;

e) reconocer que los actores (en tanto sujetos, es decir con capacidad de autodeterminación) de la creación de esas

⁶⁹ Helio Gallardo, *Teoría Crítica y Derechos Humanos: una perspectiva latinoamericana*. En: *Los derechos humanos desde el enfoque crítico. Reflexiones para el abordaje de la realidad venezolana y latinoamericana*. Caracas: Defensoría del Pueblo-Fundación Juan Vives Suriá. 49-50

⁷⁰ Helio Gallardo, *Teoría Crítica y Derechos Humanos: una perspectiva latinoamericana*. En: *Los derechos humanos desde el enfoque crítico. Reflexiones para el abordaje de la realidad venezolana y latinoamericana*. (Caracas: Defensoría del Pueblo-Fundación Juan Vives Suriá. 51-2.

condiciones de transformación y cambio liberador pueden ser valorados como sectores sociales populares en una formación social determinada. Estos sectores se consideran capacitados para constituirse como eventuales fuerzas sociales, es decir incidentes, cuyas tramas e instituciones de liberación contienen su propia ética (derivada de una sensibilidad contestataria y utópica), que se sostiene en una antropología, y conduce a una política a las que se entiende como liberadoras porque, en un mismo movimiento, enfrentan e inhabilitan las lógicas de dominación y proporcionan a quienes luchan autoestima legítima, autoestima posible de ofrecer a otros para sostener procesos más amplios, político-culturales, de humanización.

En el mismo sentido, y como aporte a lo que debe ser una *Teoría Crítica de los Derechos Humanos*, Arias⁷¹ nos propone algunas ideas para su comprensión: Primero, es necesaria una *Teoría* de este tipo por la clara separación que existe entre el discurso de los derechos humanos, y la práctica. Es evidente que por un lado está toda la normatividad y el deber ser, y la vida diaria nos muestra que eso solo vale cuando algunos Estados e Instituciones poderosas, quieren; y cuando no, pues sencillamente los ignoran. Segundo: Hasta ahora solo una *Teoría* de este tipo logra sopesar las tensiones evidentes a que nos condujo la globalización: pregonar unos universales sosteniendo unos particulares. En términos más sencillos: la globalización lleva en su seno una propuesta homogenizante (igualar una serie de hábitos, los económicos, por ejemplo), que a su vez promueve la heterogeneidad (reivindicación de identidades étnicas, culturales, etc.). Ello causa incertidumbre y deja sin discurso a muchas propuestas teóricas, como las fundamentaciones clásicas de los derechos humanos, que no saben cómo proceder ante tal ambivalencia: ¿se debe reconocer a la vez la variedad y la particularidad? La nueva propuesta crítica se propone enfrentar la aparente bipolaridad de tal perspectiva, y reconciliar los extremos opuestos.

⁷¹ Alan Arias Marín, *Tesis sobre una teoría Crítica de los derechos humanos*, En: Revista Open Insight, Volumen VI Nº 9 (enero-junio 2015), p. 11–33. Ver sobre todo pagina 17 en adelante.

Tercero, y como resultado de las fuerzas globalizantes, la Teoría Crítica revela el debilitamiento que ha tenido el Estado como defensor y promotor de los derechos humanos. La soberanía política y jurídica se la han disputado otros actores, como los narcotraficantes o las empresas multinacionales. Trabajar sobre ello, es imposible con propuestas clásicas, que aun ven en el Estado el monopolizador de la fuerza. Esto da pie para postular una cuarta idea: no basta el discurso juridizante para entender estos cambios socio-culturales. Una teoría crítica de los derechos humanos debe involucrar a todas las ciencias humano-sociales para tratar de dar cuenta de las complejas relaciones que se establecen cuando hablamos de derechos. Así, los discursos clásicos de fundamentación no saben trabajar desde la interdisciplinariedad que esto requiere.

En el mismo sentido, como quinta idea que se desprende de esta propuesta, está la necesidad de incorporar las nuevas epistemologías y los nuevos discursos, como el de género, para poder entender las nuevas reivindicaciones. Como lo afirma Arias,

El arraigo de las teorías feministas en los modos culturales y de pensamiento contemporáneos, su distancia crítica respecto al proyecto y discurso de los Derechos Humanos, ha mostrado deconstructivamente las inconsistencias de su matriz universalista; asimismo, ha cuestionado el prejuicio radical de la izquierda, especialmente la de corte marxista, que no permitía incorporar y reconocer en sus organizaciones y en su discurso la especificidad de la problemática de género, de su origen y carácter propiamente cultural y que –con ello– negaba e invisibilizaba la marginación, el menosprecio y la subordinación de las mujeres en el universo político cultural de la izquierda⁷²... El discurso crítico de los Derechos Humanos, en tanto que saber práctico alimentado de prácticas de resistencia, tiene que ser parte activa en esta deconstrucción de los relatos de integración y consuelo del sufrimiento.

⁷² Alan Arias Marín, *Tesis sobre una teoría Crítica de los derechos humanos*, En: Revista Open Insight, Volumen VI Nº 9 (enero-junio 2015), p. 11–33. p25-6.

Este tipo de nuevos discursos, conlleva a que necesariamente, y como sexta idea a desarrollar en la construcción de una teoría crítica de los derechos humanos, se repiense la idea de víctima⁷³. Hasta ahora, la noción de víctima ha sido vaga, difusa, lo que la ha revestido de un carácter de sufrimiento para alguien y un discurso juridizante para subsanar ello. De nuevo con Arias:

La crítica reflexiva y práctica respecto al concepto de víctima lleva a un replanteamiento respecto de ideas y prácticas asociadas con ella. Indefensión, sometimiento, debilidad, reconocimiento negativo como meras víctimas, al final, predominio de variadas formas de menosprecio, redundan en un bajo potencial de protesta, una restricción de sus alcances organizativos, convocatorias de solidaridad compasiva, manipulaciones políticas y facilidades al chantaje de las víctimas indirectas: la noción convencional de víctima se limita al umbral de la queja victimante y no alcanza la proclama de la protesta, ni logra acceder a la conformación de un discurso teórico y práctico crítico y transformador de su condición yaciente, adolorida y subordinada⁷⁴.

Por último, en esta propuesta de Arias, es necesario reconocer que el sustrato de fondo de los derechos humanos es político. Pero esta afirmación no puede entender por política una versión instrumental de la misma. Aquí lo político es la exigencia de reconocimiento. Y ello solo puede conducir a un solo clamor: reconocimiento de la dignidad. Se lucha por ella, lo que hace que este tipo de discursos no pueda separarse de las perspectivas ético-morales, de las emociones y de las ilusiones.

Como podrá notarse, una idea crítica de los derechos humanos, está muy lejos de las perspectivas clásicas de fundamentación. Son muchos los nuevos

⁷³ Al respecto puede verse también de trabajo de Alan Arias Marín: *Teoría Crítica y Derechos Humanos: hacia un concepto crítico de víctima*. En: *Nómadas*. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas; vol. 36, núm. 4, 2012. Roma, Italia.

⁷⁴ Alan Arias Marín, *Tesis sobre una teoría Crítica de los derechos humanos*, en: *Revista Open Insight*, Volumen VI Nº 9 (enero-junio 2015), p. 11–33. p29.

elementos que hay que incorporar. Ello no indica que los clásicos se equivocaron, sino que las sociedades y los discursos se han complejizado tanto, que hoy es imposible no asumir una serie de nuevas perspectivas que abren el abanico de la comprensión de las nuevas situaciones sociales que vamos viviendo. Hablar hoy de los derechos, sus reivindicaciones y los impedimentos que tenemos para hacerlos valer, no se resuelve suponiendo que los tenemos porque son construcciones culturales positivizadas o que los tenemos tan solo porque somos humanos.

Pensar en lo que significa “*Ser humanos*” se ha convertido en toda una discusión científico-filosófica y ético-político-moral. No lo somos solo por estar vivos, como la cucaracha o el ratón. La humanidad es un proceso más complejo que incluye lo socio-cultural, y esto es tan diverso que es imposible de atrapar usando algunos conceptos. Pero el asunto se complejiza más cuando discutimos por nuestras reivindicaciones de vida digna. Pues bien, es nuestra idea que solo una *Teoría Crítica de los derechos humanos* puede satisfacer la discusión hoy sobre estos asuntos.

Para terminar, quisiera hacer más las palabras de Horkheimer, cuando afirma:

El juicio categórico es típico de la sociedad preburguesa: así son las cosas, el hombre no puede cambiar nada. Las formas hipotética y disyuntiva de juicio tienen su lugar propio especialmente en el mundo burgués: bajo ciertas circunstancias se puede producir este efecto, las cosas son o bien así o de otro modo. La teoría crítica declara: las cosas no tienen que ser necesariamente así, los hombres pueden transformar el ser, ahora están dadas las condiciones para ello⁷⁵.

⁷⁵ Max Horkheimer, *Teoría tradicional y Teoría crítica*, (Barcelona: Paidós, 2000), p. 62.

Como habrá podido notarse, existen argumentos diferentes a los naturalistas y positivistas para intentar justificar el discurso de los derechos humanos. La perspectiva crítica, fruto del pensamiento filosófico moderno que apunta a la autonomía del ser humano, y que si bien fue bellamente expuesto por Kant, Hegel, Marx, Nietzsche, Freud, también podemos rastrearlo hasta el pensamiento griego, es un tipo de pensamiento que solo puede concebir a un humano en libertad, emancipado de cualquier fuerza que lo subyugue, pues esas fuerzas esclavizantes solo reproducen sujetos atados de pies y de ideas.

La idea que hay implícita en esta visión de la filosofía, y por tanto de los derechos humanos, es que la vida en sociedad solo reproduce las condiciones de existencia que las clases en el poder permiten, al punto que los otros participantes de la sociedad no se dan cuenta siquiera que hay otras posibilidades de vida. Por ejemplo, el discurso sexista, machista, propio de la cultura occidental. Al reproducir una idea de hombre, de sexo masculino como el “macho”, el que no llora, el que golpea, etc., los padres se la enseñan así a sus hijos, a las nuevas generaciones, que terminan diciendo: esto es lo normal. Así se es hombre. Y como ese es el mundo simbólico compartido, pues es realmente difícil suponer que existe uno diferente. Romper esos esquemas esclavizantes, que opacan a otros seres humanos, es la tarea de la Teoría Crítica.

No podemos desconocer hoy que los medios de comunicación globalizados, imponen unas perspectivas del mundo que las nuevas generaciones reproducen como normales. Muchas de ellas, subyugan a comunidades enteras, como la imagen que solo muestra como familia a etnias blancas con dos hijos. Los de otros colores y una decena de hijos, están excluidos de esta noción.

De allí que la Teoría Crítica de los Derechos humanos se la juega con una perspectiva fuerte y amplia de los derechos: somos seres de derechos, más que de restricciones. De allí que sea considerada una perspectiva garantista que hace un fuerte énfasis en el Reconocimiento. Luchamos por los derechos humanos para buscar el reconocimiento de aquel que ha sido opacado, las minorías invisibles que el sistema borra.

Algunas conclusiones

Como habrá quedado claro a lo largo de estas páginas, concluir en asuntos tan sensibles es un problema. Es una verdad de perogrullo que en estos temas nunca nos pondremos de acuerdo, por las altas cargas de ideologización que conllevan, lo que por supuesto no implica que podamos decir algo más. A su vez, en un país tan polarizado como el nuestro, y más en este momento histórico, decir *concluir* es decir la “verdad”, es suponer que es de una manera y no puede ser de otra.

Nada más alejado de lo que nosotros hemos querido decir en estas páginas. Hemos intentado hacer una lectura atenta de las distintas perspectivas clásicas para revisar sus fortalezas y debilidades, y hacer lo mismo con la perspectiva criticista. Lo que podemos hacer en este apartado, y así queremos que se entienda la noción de conclusión, es resaltar las ideas fuertes que traen estas reflexiones. Al respecto creemos que ellas son tres:

Primero, la historia de los derechos humanos va aunada a la historia de la humanidad y su interés por no ser humillados como personas. Los humanos nos hemos debatido entre dos aguas que nos hacen muy particulares: por un lado, está nuestro deseo de *poder*, y para lograrlo, no hemos dudado en avasallar al otro, en esclavizarlo y convertirlo en una cosa para poder lograr nuestros deseos de riqueza o cualquier otro deseo. Y sin embargo, somos también conscientes que si eso mismo nos lo hacen a nosotros como sujetos, como personas, nos sentiríamos muy enojados, humillados, indignos. Así, en esa paradoja, nos desenvolvimos como sociedad tratando de llevar la mejor parte de esa relación, intentando ser el más fuerte para vencer y lograr nuestros propósitos, a sabiendas que lesionamos la vida, honra y bienes de los demás. Por ello, para poner un pare al que detenta el poder, fue que nos vimos abocados a reivindicar la idea de los derechos. Fue el convencimiento de que no podemos permitir que por el solo hecho de no detentar en un determinado momento histórico el poder, debamos someternos a la voluntad del otro. El poder tiene límites.

Segundo, intentar justificar desde la filosofía política o la ciencia que el poder tiene límites, es relativamente sencillo. Pero tratar de hacerlo desde la filosofía moral, ha sido más difícil. Así, las discusiones en torno a si tenemos derechos porque la sociedad y sus asociados en franca deliberación así lo convinieron, o si los tenemos porque somos humanos y nadie puede quitarnos ese derecho; han sido álgidas y hasta vanas. Las posiciones que sustentan ello, las hemos denominado clásicas y se conocen como naturalistas o positivistas. Ellas se han dedicado a mostrar qué es lo que permite que un derecho se reconozca y se respete, pero sus argumentos excluyentes el uno del otro no les ha permitido notar sus propias debilidades. A la fecha, la mayoría de los filósofos y activistas de derechos, están en uno u otro lugar, y en el mundo se siguen violando los derechos de las personas y pueblos, por mucho que se postulen normas, se lleguen a acuerdos y se tenga una idea muy bella de lo que es un humano. Tales perspectivas clásicas ocultan las preguntas más sensibles que surgen cuando hablamos de derechos, tales como la función del Estado en las sociedades capitalistas, o las cargas ideológicas, etnocentristas, europeo-centristas, que tienen los discursos sociales. No nos preguntamos, por ejemplo, por el lenguaje sexista de la sociedad, ni relacionamos los derechos con el tema de la privatización de la salud y de los servicios públicos, o la contratación de trabajadores a través de cooperativas de trabajo asociado. A su vez, los pocos intentos de complejizar la noción de derechos humanos, y verlos desde sus connotaciones filosóficas, jurídico-políticas, ético-morales, como las propuestas por N. Bobbio o J. Habermas, han sido fallidos y no han tenido mucho eco. Por tanto, el mundo sigue siendo tan gris como cuando no teníamos ideas de derechos humanos.

Tercero, se abre una puerta inmensa a esta discusión si en vez de desgastarnos en la vana discusión de si tenemos derechos porque somos humanos o porque nos lo da la sociedad y están escritos en un código, más bien nos abrimos a una comprensión crítica y compleja de los derechos. Ello implica reconocerlos como un fenómeno histórico, un movimiento social, político e intelectual, con un carácter eminentemente emancipatorio, que se resiste al abuso de poder, que

propende por reivindicar las libertades y exigir una posición garantista por parte del Estado. Ahora, las condiciones socio-culturales por las cuales se producen y reproducen ciertas ideas y costumbres, es necesario escudriñarlas y develarlas, si queremos que aquello que subyuga a las comunidades o personas, sea superado. No podemos seguir confiando en el discurso que supone que porque lo dijo el Estado, la ONU, o el FMI, eso es conveniente para el país. Hay que preguntarse por lo que está detrás de los discursos hegemónicos y de poder. Por eso, la pregunta por el que defiende los derechos es urgente y necesaria: no todos los que sustentan este discurso, se comprometen con él.

Cada acción de los grupos de poder de un país busca hacer valer su mundo ideológico, imponer su punto de vista. Ello ha contribuido a que la inequidad, la injusticia y la exclusión social imperen en nuestro contexto. En esta perspectiva, no podemos ser tan inocentes como para suponer que la educación exigida por el estado, es lo que el país necesita. Con esta educación no lograremos tener la mirada crítica que se necesita, para develar lo que subyuga a nuestros pueblos. A la fecha, hay suficientes pruebas del fracaso de la educación neoliberal que hemos sufrido en los últimos 25 años, a través de la imposición de los organismos multilaterales. Así, una perspectiva crítica de los derechos entiende que es desde la educación como podemos iniciar una transformación radical de la sociedad.

Por último, una perspectiva crítica de los derechos humanos replantea la idea de víctima y la saca del discurso de la indefensión, de la queja y sometimiento, en última instancia de menosprecio, para empoderarla y llevarla al discurso de la organización en grupos de poder y protesta efectiva, no aceptación de la manipulación política, y la estructuración de teorías que acompañen sus prácticas emancipatorias. A su vez, esta visión crítica reconoce que todo este accionar es político, lo que no implica una versión instrumental-estratégica de la política. Como lo dijimos en páginas anteriores, aquí lo político es la exigencia de reconocimiento: reconocimiento de la dignidad. Se lucha por ella.

Referencias bibliográficas

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza. En: Revista El Espejo, N°. 3. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

Amnistía internacional, Grupo Catalunya, *Historia de los derechos humanos*, 2009. Recuperado de <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/pdf/historia/dudh-historia.pdf> (consultado agosto 19 de 2017)

Arias Marín, Alan, *Tesis sobre una teoría Crítica de los derechos humanos*. En: Revista Open Insight, Volumen VI N° 9 (enero-junio 2015). p. 11–33. p13.

Arias Marín, Alan, *Teoría Crítica y Derechos Humanos: hacia un concepto crítico de víctima*. En: Nómadas. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas; vol. 36, núm. 4, 2012. Roma, Italia.

Bobbio, Norberto, *Sobre el fundamento de los derechos del hombre*. En: *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 1991. p. 53-62.

Bobbio Norberto, *el Tiempo de los derechos*, (Madrid: Sistema, 1991).

Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, (Barcelona: Paidós-Universidad de Barcelona, 1993

Bobbio, Norberto, *Presente y porvenir de los derechos humanos*. En Anuario de los derechos humanos, N° 2. Madrid: Universidad Complutense, enero, 1982 pp. 9-10.

Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1965

Bobbio, Norbert, *Sobre el fundamento de los derechos del hombre*. En *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa, 1982.

Croce, B. *Los derechos del hombre y la situación histórica presente*, en la obra colectiva *Los derechos del hombre*. Barcelona: Laia, 3ª ed., 1975,

De Asís Roig, R. *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos humanos: una aproximación dualista*, Madrid: Dykinson, 2001.

Declaración de Virginia de 1.776. Recuperado de <file:///D:/Users/EQUIPO/Downloads/Dialnet-LaDeclaracionDeDerechosDeVirginia12DeJunioDe1776-2062239.pdf> (15 de agosto 2015).

De Sousa Santos, Boaventura, *Los derechos humanos y el Foro Social Mundial*, ponencia presentada en el XXXV Congreso de la Federación Internacional de los Derechos Humanos, FIDH, Quito, 2 al 6 de marzo de 2004.

Evangelista, María Clara, *A 800 años de la Carta Magna Inglesa de 1215*. Madrid: ed. Sígueme, 2015.

Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y Derechos humanos*. Madrid: Debate, 1984

Fernández, Eusebio, *El problema del fundamento de los derechos humanos*. En Anuario de los derechos humanos, N° 2, Universidad Complutense, Madrid, Enero 1982, pp. 73-111.

Fix-Zamudio, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid: UNAM-Ed. Civitas

Gallardo, Helio, *Teoría crítica y derechos humanos. Una lectura latinoamericana*. En: *Redhes, Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*. México: Año 2, N° 4, 2010. Págs. 57-89.

Gallardo, Helio, *Teoría Crítica y Derechos Humanos: una perspectiva latinoamericana*. En: *Los derechos humanos desde el enfoque crítico. Reflexiones para el abordaje de la realidad venezolana y latinoamericana*. Caracas: Defensoría del Pueblo-Fundación Juan Vives Suriá, 2011. Joaquín

Gorostiaga, Jorge & Martiné, Eduardo & Tello, César, *Globalización y educación en América Latina: contrastando perspectivas académicas y de organismos internacionales*. Ponencia en: II Congreso Nacional y I Encuentro Latinoamericano de Estudios Comparados en Educación “*Hacia una educación de calidad para todos. Desafíos para la perspectiva comparada*”. Buenos Aires, 14 al 16 de junio de 2007.

Habermas, Jürgen, *Conocimiento e Interés*. Madrid: Taurus, 1982.

Herrera Flórez, *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*. En: *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Bilbao: Desclée de Brouwer, S.A., 2000. p. 19-78.

Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 6 ed. Pamplona: Eunsa, 1990.

Horkheimer, Max, *Teoría tradicional y Teoría crítica*. Barcelona: Paidós, 2000,

Miguel Satrústegui Gil-Delgado, *La Magna Carta: realidad y mito del Constitucionalismo pactista medieval*. En: *Historia Constitucional*, n. 10, 2009, págs.

243-262. Recuperado de: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php>. (Consultado el 15 de agosto de 2018)

Jefferson, Thomas, carta dirigida a Henry Lee el 8 de mayo de 1829, citado por Ignacio Carrillo Prieto, En: *La ideología jurídica en la Constitución del Estado Mexicano 1812-1824*, México: UNAM, 1981.

Jellineck, Georg, *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Estudio de historia constitucional moderna*. Traducción: Adolfo Posada, (Madrid: Librería Victoriano Suárez, 1908),

Juan Pablo II, *Laborem Exercens*, (Sobre el Trabajo Laboral), Encíclica III, Roma, 1981.

Linebaugh, Peter, *El Manifiesto de la Carta Magna. Comunes y Libertades para el Pueblo*, Madrid: Traficantes de sueños, 2013.

Magna Carta Libertatum. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/17.pdf> (15 de agosto de 2018)

Magna Carta inglesa del 15 de julio de 1215. Recuperado de <https://www.dw.com/es/la-carta-magna-de-1215/a-4298569>. (Consultado 15 de agosto 2018)

Marx, Carlos y Engels, Federico, *Manifiesto del partido Comunista*, Londres, 1847. Versión libre en la web.

Massini, Carlos Ignacio, *Los fundamentos del derecho natural clásico en el pensamiento de Michel Villey*, en: Revista Idearium, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, N°1, 1975

Massini, Carlos, *Filosofía del derecho I. El derecho y los derechos humanos*. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994)

Ortiz Treviño, Rigoberto, *Análisis del concepto de derechos humanos*. En: Revista Amicus Curiae, Año 1, N°6. (México: UNAM, 2010),

Peces Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales*, (Madrid: Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, 1986);

Pérez Luño, Antonio-Enrique, *La fundamentación de los derechos humanos*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N°35. Septiembre-October, 1983

Puy, Francisco, *¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?*, en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, (Madrid: Edil-Debate, 1989).

Salcedo Gutiérrez, Hernando, Conflicto, agresividad y derechos humanos. En: Revista Cultura Política y Derechos Humanos. N°. 2. Unaula, Medellín. 1995.

Salcedo Gutiérrez, Hernando, *Por qué hablar de Derechos Humanos, algunas razones para mis jóvenes estudiantes*, tomado de la web el 10 de mayo de 2017. En: <http://salcedolenguajeando.blogspot.com.co/2009/07/por-que-hablar-de-derechos-humanos.html>

Salcedo Gutiérrez, Hernando, *Epistemología o Filosofar sobre la ciencia*, (Medellín: Unaula, 2012).

Saldaña, Javier, *Notas sobre la fundamentación de los derechos humanos*. En: Derechos humanos: Iuspositivismo e iusnaturalismo. UNAM, México, 1995. pp. 123-168.

Sánchez Agesta, Luis, Curso de derecho constitucional comparado, 6a. ed., Madrid: Universidad de Madrid, 1976,

Sánchez Viamonte, Carlos, *Los derechos del hombre en la revolución francesa*, (México: UNAM, 1956.

Satrústegui Gil-Delgado, Miguel, *La Magna Carta: realidad y mito del Constitucionalismo pactista medieval*. En: Historia Constitucional, n. 10, 2009.

The Bill of Rights. Recuperado de <http://www.billofrightsinsitute.org/founding-documents/bill-of-rights/> consultado 15 de agosto 2018

Travelyan, George M. *Historia Política de Inglaterra*. México: F.C.E., 1943.

The Petition of Rights de 1628. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/18.pdf>. 15 de agosto 2018