

Consideraciones sobre la justicia y las políticas de derechos

*Claudia Yarza**

Resumen

La legitimidad política se asienta en las ideas de orden y de justicia. Sin embargo, somos conscientes de la tenacidad con la que lo jurídico, en lugar de acoger a la justicia, sirve para ocultar situaciones de injusticia que se perpetúan, se metamorfosean, se naturalizan. Por ello, este trabajo intenta vincular una serie de consideraciones sobre la idea de justicia que surgen en la escena filosófica contemporánea, donde se da cuenta de su dimensión trascendente respecto de los poderes fácticos y, con ello, apunta a solventar un tipo de reflexión sobre las políticas públicas basadas en los derechos humanos.

Palabras clave: justicia, mesianismo, filosofía latinoamericana, derechos humanos, racionalidad reproductiva.

Abstract

Political legitimacy rests on the idea of order and justice. But we are all aware of the tenacity with which the legal, rather than sheltering justice serves to conceal situations of injustice that is perpetuated, metamorphosed and naturalized. So the paper tries to join a series of considerations about the idea of justice that arise in contemporaneous philosophy, where it is taken into account its transcendent dimension in contrast with worldly powers and thus, it points to hold a kind of reflection on the public policies based on human rights.

Key words: justice, messianism, Latin American philosophy, human rights, reproductive rationality.

Artículo recibido el 13-02-10

Artículo aceptado el 03-11-10

* Profesora-investigadora. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Cuyo, Centro Universitario, Mendoza, República Argentina [mcyarza@gmail.com].

Vivimos en sociedades donde se apela todo el tiempo a una legitimidad política en nombre ya sea del orden, ya sea del sistema jurídico. Sin embargo, somos conscientes de la tenacidad con la que lo jurídico, en lugar de acoger a la justicia, sirve para ocultar situaciones de injusticia que se perpetúan, se metamorfosean, se naturalizan. Los sectores más vulnerables de la sociedad, mediante una variedad de formas expresivas —entre las que no hay que subestimar la canción, el chiste, el refrán y la conversación— dejan colar un manifiesto sentimiento de desaliento frente a lo que perciben como una especie de transmutación de los sentidos de la justicia, donde lo justo para ellos es lo injusto para el sistema, y viceversa. Paralelamente, no es nada infrecuente cierto tipo de reproche hacia las formas de protesta, con el argumento de que perturbar la paz social o cuestionar actos de los gobiernos son actitudes antidemocráticas o antisociales porque se apartan de las *reglas del juego*. Se trata de argumentos que se apropian de algún aspecto de la idea de reciprocidad, base de la idea de justicia, pero en su parcialidad, hacen sucumbir a ésta en una total tergiversación.

Volver a debatir los significados de la justicia y de lo justo parece ser un destino de la filosofía, como si estuviese siempre a las puertas del célebre diálogo de Sócrates y los sofistas en *La República* de Platón; parece ser una tarea interminable, o mejor, inconcluyente, ya que ninguna de las soluciones teóricas del derecho o de la filosofía alcanza a estabilizar la polémica sobre lo justo. Aunque, hay que recordarlo, quizá la respuesta a esta aparente paradoja sea que la justicia funciona más allá de las cabezas filosóficas, que se instala en el lenguaje real y en las relaciones sociales reales sin dar cuenta de dónde procede su normatividad.

En lo que sigue intentaremos, sin embargo, vincular una serie de consideraciones sobre la idea de justicia que vemos insistentemente en la escena filosófica contemporánea, pero no para quedarnos en el debate teórico, sino para aplicar tales consideraciones a una reflexión sobre las políticas de derechos humanos en un momento como el actual, en el que en nombre de los imperativos económicos o políticos se subestiman los derechos de las personas reales y en cambio se los muestra como un aspecto más, cuando no un obstáculo, en el diseño de las políticas públicas.

LA IDEA DE JUSTICIA

¿De dónde procede la idea de justicia?, ¿acaso puede nombrarse un órgano donde se aloja el concepto, o el sentimiento, o la conciencia sobre lo justo y lo injusto? Si creemos a Aristóteles, los humanos –a diferencia de los demás animales– tenemos la posibilidad de percibir lo justo y lo injusto y comunicarlo mediante el lenguaje: la puesta en común de tales percepciones es lo que nos convierte en animales políticos.¹ Pero, tal como lo han reflejado los debates inconducentes sobre la “intuición moral”, no se puede precisar la sede de tales capacidades. Tampoco la fórmula de Aristóteles nos da un criterio de justicia, sino tan sólo la brutal advertencia acerca de su condición: se trata de una virtud que es la base de la sociabilidad, sin la cual el hombre se convierte en una máquina “perversa y feroz”.²

La idea de justicia siempre escapa al esquema de organización de los poderes existentes. Recuperar la dimensión simbólica de la justicia, sus relaciones arcaicas, que son las que sellan el juicio sobre lo justo y lo injusto en el lenguaje popular, la asociación inmediata, la que no está comprometida con el cinismo último sobre el que descansa toda la ficción hobbesiana del contrato social (“justo es lo que marca la ley”, y no hay ley “si no descansa en la espada”).

Esa idea de la justicia no se puede rastrear en el poder judicial, ni en el Estado, sino quizá en la promesa excesiva, mesiánica, de un *mundo justo*, esa promesa que está en el fondo de las utopías sociales y en la religiosidad popular. Separar la política del Estado, y separar la justicia de lo estatal: no porque no estén en relación, sino porque no son lo mismo, hay una brecha entre ellos que se ha cubierto y por eso olvidamos que la justicia y la política, su cara más terca y obcecada es quizá lo que encierra la clave, la pista para recuperar no un concepto sino una posibilidad de acción.

Hemos mencionado la cuestión mesiánica, y ello sería más sorprendente si no viviéramos en una época en la que hay cada vez más conciencia de la falta de sustento que posee la crítica y la fundamentación cuando se refiere meramente a su sentido ilustrado, moderno. ¿Dónde anclar la idea de un mundo justo?, ¿de una sociedad sin injusticia?, ¿dónde la idea de castigo a la injusticia sino en el más allá, en el reino por-venir?, ¿acaso tales significados pueden estar asociados a la idea de Estado de derecho?, ¿a nuestros sistemas de representación, a nuestra idea de sociedad civil? Éstos acogen sólo lo posible. Y lo posible ¿cómo es pensable, cómo es inteligible sino contra el fondo de un imposible oscuramente intuido e irrepresentable? No hay que sorprenderse

¹ Aristóteles, *Política*, Libro I, 1253, Porrúa, México, décimo octava ed., 1999, pp. 9-18.

² *Idem*.

entonces con las crecientes apelaciones a esos lugares arcaicos del pensamiento de los que la modernidad creyó haberse deshecho y que, como el enano jorobado de las *Tesis* de Benjamin,³ se esconde y guía la mano del ajedrecista en la partida de la historia.

Repasemos algunos significados de esta asociación entre mesianismo y justicia. Entre quienes actualmente desarrollan este hilo conductor, en medio de las aporías del presente, leemos una interesante recuperación de lo que fueron el cristianismo primitivo, también el judaísmo de los orígenes, ya que en ellos aparece una práctica de resistencia, de hondo contenido ético-crítico y universalista, desde la perspectiva de los dominados (éste es el elemento crítico para no colegir que estamos haciendo una defensa de las religiones: antes bien, éstas la mayor parte del tiempo sucumben –o peor, bendicen y organizan– a los poderes existentes). Por ejemplo, Hinkelammert halla en este cristianismo primitivo las bases de una lógica inequívoca para entender la subversión de la ley. Traduciendo la lectura teológica a un discurso histórico-crítico y político,⁴ señala que para Pablo –en continuidad con las tradiciones de la Torá judía– la ley y lo justo pueden aparecérsenos en distintos niveles que es preciso distinguir: por un lado está el mal que resulta de violar la ley y, por otro, el mal que resulta de cumplir la ley. Esto es, además de los crímenes que se cometen contra la ley, hay crímenes que se cometen cumpliendo la ley –como denunciara Jesús en los prestamistas que cobran sus deudas arruinando a los deudores hasta convertirlos en esclavos, como denunciara también Marx en la ley de maximización de la ganancia (ésta hoy es el gran imperativo de la depredación de la naturaleza, por ejemplo). Son crímenes que no violan las leyes y aun así son crímenes, de lo cual resulta que la ley no es instrumento de la justicia, sino todo lo contrario. Marx tiene que recurrir al fetichismo para hacer inteligible este *quid pro quo*. Y por ello el progreso (tema recurrente en Benjamin) enmascara este *quid pro quo*: nos hace ver como bendiciones lo que no son sino sacrificios humanos, que se cometen en nombre y en cumplimiento de la ley.

Para que estas distinciones tengan sentido, es necesario que haya un criterio desde donde asignar algún contenido a la justicia; en otras palabras, para que se juzgue como criminal el cumplimiento de la ley, debe haber otro

³ Walter Benjamin, “Tesis de filosofía de la historia”, *Angelus Novus*, Barcelona, Edhasa, 1971, pp. 77-89.

⁴ Franz Hinkelammert, *La maldición que pesa sobre la ley. Las raíces del pensamiento crítico en Pablo de Tarso*, San José de Costa Rica, Arlekin, 2010. Hinkelammert considera a Pablo como uno de los primeros filósofos de la sospecha. Del mismo autor véase, también, *Hacia una crítica de la razón mítica. El laberinto de la modernidad: materiales para la discusión*, San José de Costa Rica, Arlekin, 2007.

criterio de lo justo, uno que no puede determinarse desde el interior de esta ley: su formalización no sirve para discernir entre la ley subvertida y la ley en su plenitud, la justicia. El principio de discernimiento está en el pensamiento y en la acción, cuando en cada caso se piensa qué tipo de relación establece entre los hombres. Según Hinkelammert, esto es lo que significa el criterio de Pablo, el *amor al prójimo*; y también este principio aparece, secularizado, en el materialismo antropológico de Marx; en ambos casos, es el reconocimiento del otro como sujeto viviente (por eso Enrique Dussel –otro latinoamericano actual– insiste en que hay una Ética, antes que una lógica o una economía o una sociología, en la obra de Karl Marx).⁵ La existencia de explotados es el resultado de su tratamiento como objetos de explotación, sin el respeto por esta frontera (yo soy si tú eres). Es muy distinto que la ley esté subordinada a este respeto y este amor (al hombre y a la naturaleza), o que esté subordinada al crecimiento económico, a la manutención del orden, a la ganancia o al mero cumplimiento de la ley positiva, porque en estos casos se trata de una inversión, de una subversión que produce, más temprano que tarde, injusticia.

Ya que mencionamos a Benjamin, en el “Retrato” que Adorno traza de él, se admira de la forma en que, finalmente, Benjamin logra hacer filosofía aun cuando sostenga la *posibilidad de lo imposible*.⁶ Quizá la clave de esta singularidad esté en lo que él reconoció como una “paradójica reversibilidad recíproca de lo político en lo religioso, y viceversa”.⁷ Que no es tan paradójica si tenemos en cuenta que lo político y lo religioso son maneras de hacer presentes aquellas dimensiones de la realidad que están bajo el aspecto de una ausencia-presente: no habría ética de la resistencia, ni luchas emancipatorias, ni crítica de lo existente, sin esta dimensión de humanidad presente en el juicio y ausente en la realidad inmediata, empírica. Por eso la marca de lo mesiánico-crítico es la capacidad de mentar otro orden, otro mundo posible escondido en la imposibilidad, la utopía escondida en la realidad.

Sin esta concepción de la justicia como “lo que no”, lo que aún no, no habría derecho ni ética. Para que la política no sea mera tecnología, para que haya lugar no a la mera aplicación de un programa sino al juicio y la responsabilidad, tiene que haber cierta experiencia de lo imposible, al punto que “el no hacer

⁵ Véase Enrique Dussel, *La producción teórica de Marx. Un comentario a los Grundrisse*, México, Siglo XXI Editores, 1991, p. 355.

⁶ Theodor Adorno, “Caracterización de Walter Benjamin” en *Prismas. La crítica de la cultura y la sociedad*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 258.

⁷ En una Carta a Scholem, de mayo de 1926, citada por Michael Löwy en *Walter Benjamin: aviso de incendio. Una lectura de las tesis “Sobre el concepto de historia”*, Buenos Aires, FCE, 2002, pp. 41-42.

más que lo posible es una irresponsabilidad, es un abandono del dominio de lo ético y de lo político”.⁸

Por algo ya Kant tuvo que asumir implícitamente una vía negativa para inteligir su fundamentación de la ética, como queda claro en la formulación de esa tajante distinción que da el imperativo categórico según la cual no debemos tratarnos de modo instrumental porque lo único que nos distingue de las meras cosas es la dignidad. Ahora bien, la apelación a ese suelo trascendental, a esa ausencia-presente –como llama Hinkelammert a esa dimensión del sujeto—⁹ implica volver a poner lo utópico-político en relación con lo mesiánico, y por ende comporta el riesgo de reintroducir una metafísica religiosa y su secuela capaz de solventar la abstracción, la cosificación y la consiguiente inversión de lo justo en lo injusto. Por eso en Benjamin la reflexión se mueve por los cauces de una teología negativa, que se teje con la memoria de los antepasados caídos y que hay que defender de la siempre latente posibilidad de tergiversación política, correa de transmisión de todas las operaciones de desmoralización.

Este cortocircuito entre ética y política está acentuado en el análisis del francés Alain Badiou, para quien la imagen de la justicia no debe quedar circunscrita a la redención de las víctimas, sino que apunta a la actividad y la lucha política: la justicia resultaría de la afirmación de la humanidad del hombre (que en Badiou significa no reivindicar solamente lo corporal-sufriente sino también la idea, el proyecto) y de la afirmación de la igualdad entre los hombres.¹⁰ Afirmar ambos aspectos politiza, y por ello el filósofo francés restituye cierto “leninismo”, cierto carácter constructivo, en la fórmula de la justicia (que “no es un rayo”), para distinguirla del mero espectáculo de su negación en las víctimas. Hay justicia y hay política cuando se pasa de la condición de víctima a la condición de alguien que está de pie, en lucha. Remitir la idea de justicia a la máxima paulina y a la mirada teológica quizá inmovilice a la justicia en el anhelo, en un mesianismo irrealizable, que no politiza a la experiencia sino que la retiene en la situación de las víctimas. De ahí el énfasis de Badiou por politizar esa situación de “anhelo de justicia” y volcarla a las tareas de la organización, la disciplina, la acción.

⁸ Jacques Derrida, *El otro cabo*, Barcelona, Del Serbal, 1992, pp. 38 y ss. En *Espectros de Marx*, ese libro que es una provocación de Derrida en plena posguerra fría (1993), cuando el mundo se cerraba en los vahos del “nuevo orden mundial”, no se cansa Derrida de nombrar al mesianismo, justo cuando es herir los oídos tanto de los marxistas como de los fundamentalistas de la deconstrucción al estilo posmoderno.

⁹ Franz Hinkelammert, *Hacia una crítica de la razón mítica. El laberinto de la modernidad: materiales para la discusión*, op. cit., pp. 274 y ss.

¹⁰ Alain Badiou, *Justicia, filosofía y literatura*, Rosario, Argentina, Homo Sapiens, 2007, pp. 19-37.

JUSTO, INJUSTO Y SIMILARES

Hay un uso verificable, diario, cuando decimos “esto es justo”, o mejor, cuando sentimos en las entrañas “esto es injusto”. Pero como decíamos, no es fácil escapar al voluntarismo o al idealismo cuando se trata de justificar estos sentimientos. Aristóteles convenía en que la justicia es un tipo de excelencia del actuar, una virtud del carácter, que tiene un campo de acción que le es propio: la relación con los demás (otras virtudes, como la inteligencia o la valentía, tienen como campo el conocimiento o los temores, etcétera).

Ahora bien, la justicia se asocia con varias ideas: con la de trato igualitario, con la de reciprocidad, pero también con la de compensación o corrección; luego, somos justos si no discriminamos en el trato, si aplicamos las mismas normas a todos, si no tenemos favoritismos o preferencias afectivas a la hora de aplicar una norma. Si un padre hiciera su testamento en favor del mayor de sus hijos, dejando al resto sin herencia, diríamos que fue injusto por no igualitario; pero si el padre lo hubiese hecho porque su hijo mayor era pobre, mientras los otros poseían inmensas fortunas, en ese caso, correspondería decir que fue justo, porque fue equitativo, aunque no igualitario. No siempre justicia e igualdad son intercambiables. Cuando el gobierno reparte alimentos entre las familias carenciadas, entregando a todas la misma cantidad, su distribución es inequitativa y, por tanto, injusta, aun cuando haya sido igualitaria, porque no se tuvieron en cuenta las características de cada familia; por ejemplo, el número de integrantes, sus edades y sus necesidades individuales. Estos ejemplos son de la llamada “justicia distributiva”, por la cual justificamos criterios para distribuir bienes, es decir, aquellas cosas que necesitamos para vivir en sociedad sin sufrir necesidades y que abarcan un amplio espectro: los empleos, los oficios, las libertades, los honores, los cargos, la cultura, la riqueza material. De ahí la justicia no en tanto virtud de la persona, sino como aspecto de la sociedad o de las instituciones: recordemos que en *La República* de Platón, la justicia es la virtud más importante del estado ideal.

Pero también asociamos la justicia con la idea de compensación, de emparejamiento o igualación y de castigo, cuando alguien ha sufrido un daño (justicia correctiva, retributiva o reparadora). En las costumbres sociales siempre aparece como la posibilidad de “restablecer la situación” (esa es una función de la autohumillación que es el pedido de perdón: con esa práctica aprendemos a ser justos en lugar de injustos, en principio, para evitar nuevas humillaciones...). Si se aceptan estos gestos, se restablece ‘el equilibrio de la justicia’. El papel del juez que aplica la justicia correctiva consiste en mantener la balanza igual entre las dos partes.

Por eso, la Justicia se suele representar con la imagen de una mujer que en una mano empuña la espada (de la ley), con la otra mano sostiene la balanza (de la equidad) y mantiene siempre los ojos vendados (en señal de imparcialidad): dejará caer la fuerza de la espada sobre quien trate de desequilibrar la balanza, no viendo las particularidades del individuo, esto es, sin importar que sea joven o viejo, rico o pobre, enfermo o sano, blanco o negro. Es una representación muy problemática, precisamente porque “blanquea” con una imagen noble y superadora el hecho de que hay una tensión interna entre lo justo y la ley. La imagen de la mujer transmite una coincidencia, e incluso una superposición, entre lo justo y lo jurídico, eliminando hasta el recuerdo del hiato que los separa, y se usa –por supuesto– siempre en referencia al poder judicial, cuya función sería entonces velar por el cumplimiento de las leyes y no tanto velar por la justicia.

Así, queda claro que si una ley es injusta, lo es en relación con una noción moral que es anterior, incluso enfática, de justicia. Por eso también se admite que las normas tienen una relación no estática con la justicia, sino dinámica: pueden dejar de ser justas, o estar bajo sospecha: entonces deben o bien revalidarse –mostrando que no hay contradicción con valores aceptados– o bien invalidarse, cuestionarse y transformarse. Los valores o principios *desde los cuales* se ejerce esta invalidación no pueden ser “inventados”; o se reinterpretan o se formulan principios para clarificarlos.¹¹

El sistema jurídico tiene una relación, también dinámica, con su “horizonte normativo”: las normas legales deben estar justificadas, no pueden ser arbitrarias o fruto del mero capricho, ya que deben ser capaces de insertarse en relación con el resto de las normas preexistentes, y deben fundarse en criterios éticos comunes.

Las teorías de la justicia apelan a distintos criterios, que es imposible no referirlos a las prácticas sociales, es decir, a las formas en que las distintas sociedades han interpretado qué es actuar, juzgar y distribuir con justicia, y que se convierten en reglas como la de “dar a cada uno lo suyo”, “a cada cual lo que le corresponde”, y otras.

La función social de estos mecanismos es, como la de todas las normas morales, la de estabilizar expectativas, es decir, establecer cierta confianza en el lazo social, cierta probabilidad de consistencia y continuidad de las normas que regulan a todos (ese es el motivo reconocido de la *Teoría de la justicia* del estadounidense John Rawls: la sociedad bien ordenada, la sociedad previsible). El orden normativo obligatorio por excelencia es el Derecho, el orden jurídico.

¹¹ Agnes Heller, *Más allá de la justicia*, Barcelona, Crítica, 1990, pp. 151 y ss.

Se trata de normas que deben ser proclamadas por la autoridad reconocida y difundidas suficientemente, deben especificar las infracciones y las penas (contemplar formas de coerción).

DERECHO OBJETIVO / DERECHOS SUBJETIVOS

El derecho ya desde la modernidad se refiere a normas jurídicas organizadas, creadas por el Estado y reforzadas con la amenaza del uso de la fuerza contra quienes las incumplan. Pero, frente a ese *derecho objetivo*, su reflejo en los sujetos es la capacidad de iniciar acciones legales ante los poderes públicos (los tribunales). Decimos que alguien tiene o no derecho a algo; cuando lo hacemos, estamos hablando del derecho en sentido subjetivo, en tanto facultad jurídica de hacer o disponer, contando con el auxilio o la protección estatal. Pretensión jurídicamente válida que las personas pueden interponer frente a la conducta ajena.

Pero el derecho se entiende antes como derecho moral: ahí es cuando indica que sería justo que alguien pudiera hacer, no hacer, recibir o conservar algo, independientemente de que se lo permita o no la legislación vigente. La compleja relación entre el derecho y la moral, que se pone aquí de manifiesto, se expresa también a nivel político y cultural. Por ejemplo, tendemos a pensar que, en términos ideales, una sociedad debería crear el sistema jurídico que guarde conformidad con las pautas de justicia aceptadas por ella. Y ello por un motivo muy práctico: la efectividad de los sistemas legales, determinada por la obediencia que tales normas encuentran en la sociedad, depende del consenso que reciban de parte de los destinatarios de las normas. Ningún ordenamiento puede mantenerse durante mucho tiempo contra la opinión mayoritaria de la sociedad. Sin embargo, la realidad es que los sistemas jurídicos se conforman con elementos que obedecen tanto al derecho como a mecanismos bastante más opacos como las relaciones de poder.¹²

La idea de que deben reconocerse legalmente ciertos derechos subjetivos—cuyo número y carácter fue variando con el tiempo—constituye un cambio en el desarrollo del derecho. Si bien pueden rastrearse antecedentes remotos—como la afirmación estoica acerca de la existencia de un derecho común a todos los hombres, en tanto iguales—, es alrededor de los siglos XVII y XVIII que se afianza la idea de que el derecho no es sólo un instrumento en manos del

¹² Carlos María Cárcova, “Acerca de las funciones del derecho”, en Enrique Marí *et al.*, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pp. 203 y ss. Del mismo autor véase también, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998.

Estado, sino también un instrumento de los individuos para limitar el poder y las acciones de éste. Progresivamente se impuso la idea de que cada individuo que integra la sociedad, es acreedor a una serie de derechos subjetivos que las normas jurídicas deben reconocer. Es decir, derechos que puede hacer valer ante sus semejantes, así como ante el propio Estado.

Por un lado, coincidiendo con la época de las revoluciones burguesas (la inglesa, la estadounidense y, en particular, la Revolución Francesa), los derechos que adquirieron progresivo reconocimiento y protección fueron los referidos a la individualidad: el derecho a la vida, a la libertad de conciencia y expresión, a la propiedad, etcétera. Estos derechos, producto de la filosofía liberal clásica, se basarían en la valoración central de la libertad individual frente a la autoridad y pueden dividirse en dos grandes grupos: los derechos civiles (vida, libertad, privacidad, propiedad, culto) y los derechos políticos (expresión y asociación política, ser gobernante y elector, etcétera). Estas garantías fueron conquistas de las clases medias y de la burguesía comercial frente a los Estados absolutistas, cuando los reyes podían, a voluntad, interferir en la vida privada de las personas. También se las conoce como *libertades negativas*, son restricciones impuestas al Estado (que no interfiera el goce de los derechos por parte de los individuos) y garantías (que el Estado intervenga para protegerme de un tercero); pero no se dan necesariamente juntos: puede haber reconocimiento formal de los derechos civiles a todos los miembros de la sociedad, pero restringir los derechos políticos sólo a algunos (a los propietarios, a los varones, etcétera).

Hay quienes entienden que existirían distintas generaciones de derechos. A los ya mencionados, según esta consigna, seguiría una *segunda generación*, la de los derechos sociales y económicos. Derivados del descontento con las condiciones sociales del desarrollo de la sociedad industrial, emergen derechos cuyo valor básico ya no es la libertad sino la *igualdad*. No derivan de la condición de individuo, sino de la situación de las personas y grupos en la escala social, y su objetivo es asegurar cierto nivel mínimo en las condiciones de vida material; por ello son centrales el derecho al trabajo libre y satisfactorio, el derecho a la educación, a la salud, a la vivienda. Reconocen, en diferentes momentos en los distintos países, el derecho a formar sindicatos, el derecho de huelga, la fijación de un salario mínimo, la jubilación, el descanso anual, el acceso a la cobertura de salud. Estos derechos también se suelen denominar *libertades positivas*, ya que aluden a una posibilidad efectiva de autonomía.

En relación con estos derechos, el papel del Estado es marcadamente diferente. Ya no alcanza con la abstención estatal; por el contrario, es necesario que los poderes públicos operen activamente para crear las condiciones que los derechos aseguran y garantizar el acceso igualitario a ellos, es decir, compensar las desigualdades. Es más, puede decirse que son “derechos de desigualdades”, porque plantean un trato diferente a personas en situaciones diferentes:

Implica recoger no sólo una noción formal de igualdad limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y por lo tanto a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural, que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación [...] Son derechos de grupos y no de individuos: el individuo goza de éstos en la medida de su pertenencia a un grupo social (así las normas distinguen entre trabajadores o empleadores, varones y mujeres, indígenas y no indígenas). Finalmente, están ligados a una sociología, orientada a señalar cuáles son las relaciones sociales pertinentes, qué relaciones ligan a los distintos grupos sociales, cuáles son los grupos vulnerables, cuáles sus necesidades.¹³

Este cambio en el papel del Estado trajo aparejados un cambio en el tamaño del Estado y su influencia en la sociedad, y también un cambio en la concepción de gobierno y de política pública.

Por último, se habla de una posterior generación de derechos que tiene por punto de apoyo el valor de la *solidaridad* antes que la igualdad o la libertad abstracta. Esta *tercera generación* aparece en la forma de declaraciones sectoriales que protegen los derechos de grupos discriminados (por la igualdad de las mujeres; por la protección de la identidad cultural y el respeto hacia las minorías culturales, étnicas o religiosas; la protección de la niñez o la tercera edad, etcétera). Abarca una discursividad diferente, con el reconocimiento a los conceptos de diálogo norte-sur, diversidad cultural, protección del medio ambiente, patrimonio cultural de la humanidad, desarrollo sostenible, etcétera.

Cabe decir que hablar de generaciones de derechos puede resultar algo equívoco, ya que la incorporación de derechos no se produjo al mismo tiempo en todos los Estados y, además, su vigencia concreta ha sido dispar, ya que no es lo mismo el reconocimiento formal de un derecho –por ejemplo, declararlo en una Constitución o una ley– que su reconocimiento efectivo.

ACERCA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La idea de los derechos humanos se impuso para enfatizar el hecho de que ciertos derechos no dependen de la “legalidad” coyuntural de cada Estado sino que deben ser reconocidos a todas las personas por su condición de

¹³ Pilar Arcidiácono, “Políticas sociales con perspectiva de derechos. La agenda pendiente en Argentina”, *Revista Aportes Andinos*, núm. 21, mayo, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2008, p. 2.

seres humanos y sin importar su identificación política, religiosa, étnica o social. Quizá porque el progreso tecnológico o la expansión de la acumulación capitalista puso al alcance de los hombres herramientas terriblemente eficaces para destruir a sus semejantes, lo cierto es que los daños causados por los Estados a sus propios habitantes o a los vecinos abrieron, hacia el final de la Segunda Guerra Mundial, la oportunidad de fijar pisos jurídicos con criterios universalistas en materia moral como condición indispensable para evitar la autodestrucción de la especie humana.

Los derechos humanos son los derechos inherentes a nuestra condición de seres humanos y sin los cuales no podemos vivir como tales; son garantías orientadas a proteger ciertos valores o bienes fundamentales para una vida digna. Su reconocimiento alcanza a todos los seres humanos por su sola condición de tales: los derechos humanos son la expresión de la dignidad humana.

En países de América Latina, la conciencia sobre tales derechos y la lucha por su respeto está muy ligada al movimiento de resistencia contra las brutales violaciones a los derechos individuales como la vida, la integridad física, la libertad, que se llevaron a cabo en las dictaduras militares de hace 30 años. Sin embargo, las organizaciones que surgieron al calor de esas denuncias también hoy luchan por la vigencia de derechos como el trabajo, la alimentación, la salud, la educación, la vivienda, que hacen a la dignidad de la vida humana y de los cuales una amplia porción de la población latinoamericana está excluida.

Los argumentos que legitiman a los derechos humanos como un “paradigma” se caracterizan por fundarse, por una parte, en su aceptación universal (a través de tratados y declaraciones) y, por otra parte, por proponer una normatividad que excede a la legislación positiva y le da su sustento. Ambas posturas derivan de fundamentaciones diferentes. La primera se basa principalmente en el hecho de que los derechos están positivizados, reconocidos en las constituciones de los Estados y en declaraciones internacionales; sin embargo, depende tanto de su reconocimiento legal, e incluso histórico o social, que se queda sin la posibilidad de apelar a algo más allá de lo meramente *vigente* para el cuerpo social.¹⁴

El nazismo llevó a su máxima expresión la idea de que el derecho es el resultado de la voluntad estatal, y su contenido, por lo tanto, es particular de cada país; con ello, las atrocidades como las invasiones de países vecinos, las persecuciones políticas, las torturas y el exterminio de judíos, polacos, gitanos, etcétera, fueron “actos legales” desde el punto de vista del derecho alemán. Reaparece así un claro ejemplo de la inversión de la ley y de lo justo, al punto de aceptar como válidas a unas normas inmorales. Por eso es una fundamentación

¹⁴ Es una fundamentación *a posteriori*. Véase Norma Fóscolo, *Desafíos éticos del trabajo social latinoamericano*, Buenos Aires, Espacio, 2007, pp. 184-186.

insuficiente y errónea: la prueba es que, por ejemplo en nuestros países del subcontinente, el retroceso de los derechos laborales y sociales se dio al compás del ataque neoliberal: un discurso que no reconoce ningún límite normativo a la búsqueda de la ganancia y la rentabilidad (porque ésta es para ellos la única normatividad).

La otra postura, por el contrario, implica que los derechos humanos son exigencias éticas (fundamentación *a priori*), que deben ser reconocidas por el ordenamiento jurídico; y ello porque tanto la moral como el derecho se basan en valores comunes como la defensa de la dignidad humana, la exigencia de proteger a los más vulnerables, etcétera. Esta argumentación también era sostenida en la antigua idea del “derecho natural”, según la cual existiría un ordenamiento universal que deriva de la propia esencia humana, un orden racional que excede y es anterior a los Estados y leyes positivas. Otra fundamentación *a priori* está en la idea ilustrada de contrato social: para esta matriz teórica (en sus versiones más democráticas), la legitimidad política proviene de la participación de los ciudadanos como expresión de la soberanía popular.

Recientemente Enrique Dussel, apropiándose en parte de la denominada ética del discurso, se refiere al “Principio democrático” que determina por dentro la soberanía popular por la participación simétrica de los afectados. Gracias a este principio es posible ir promulgando todos los derechos requeridos para el ejercicio del “Estado de derecho”. El problema es que puede haber quienes aún no han visto reconocidos sus derechos en ese Estado de derecho: son las víctimas, que tienen conciencia de ser sujetos-de-derechos-no-reconocidos: por ejemplo las generaciones futuras ante los crímenes antiecológicos de las generaciones presentes, la mujer en la sociedad machista, las razas no blancas en la sociedad racista occidental, los homosexuales, los marginales, los inmigrantes [...] hasta los propios Estados nacionales debilitados por la estrategia del capital global en manos de corporaciones trasnacionales a las que no se les puede imponer un marco legal internacional para que dejen de destruir al hombre y a la naturaleza.¹⁵

Para este filósofo latinoamericano los derechos humanos son históricos; no puede haber ninguna “lista” *a priori* sino que aparecen como derechos “vigentes” desde la conciencia ético-política de quienes los han hecho imponer, reconocer e institucionalizar. En otras palabras, antes de haber sido reconocidos, los movimientos sociales de los “sin derecho” comienzan una lucha por deslegitimar el derecho que no los abarca a ellos, y por la inclusión y elaboración de un nuevo derecho [...] en un movimiento dialéctico que no tiene fin. La posición

¹⁵ Enrique Dussel, “Derechos humanos y ética de la liberación”, *Hacia una filosofía política crítica*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001, pp. 145-157.

de Dussel no es relativista, porque esta condición *a posteriori* de los derechos humanos es fruto

[...] de la conciencia crítico-política de los grupos que sufren en su dolor los efectos negativos del Estado-de-no-derecho de una dimensión humana que la madurez histórica ha desarrollado pero que el derecho no ha incluido todavía como exigencias que requieren institucionalidad pública. La negatividad material (la miseria, el dolor, la humillación, la violencia sufrida, etcétera) indica al “sin-derecho” como un “hueco” negro dentro del “sistema del derecho”.¹⁶

En similar sentido se expresa el filósofo del derecho español Pérez Luño:

[...] [L]as generaciones de derechos humanos no entrañan un proceso meramente cronológico y lineal. En el curso de su trayectoria se producen constantes avances, retrocesos y contradicciones que configuran ese despliegue como un proceso dialéctico [...] Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, prenormativas y axiológicas. Pero los derechos humanos no son meros postulados de “deber ser”. Junto a su irrenunciable dimensión utópica, que constituye uno de los polos de su significación, entrañan un proyecto emancipatorio real y concreto, que tiende a plasmarse en formas históricas de libertad, lo que conforma el otro polo del concepto. Faltos de su dimensión utópica los derechos humanos perderían su función legitimadora del Derecho; pero fuera de la experiencia y de la historia perderían sus propios rasgos de humanidad.¹⁷

Hemos traído estos dos testimonios porque queremos enfatizar que el punto de partida de los derechos no es ninguna idealidad sino una permanente dialéctica entre proyectos emancipatorios reales y sujetos de la historia, sujetos que luchan por su reconocimiento y sin ellos no habría ni derecho ni legitimidad, sino sólo hechos, o el crudo poder. Más arriba veíamos cómo Alain Badiou recusa el paradigma de la víctima para hablar de la justicia y éste sería su correlato: los derechos vistos sin la dimensión del proyecto, los derechos como el predicado consecuente de unos cuerpos sufrientes pierden, para este autor,

¹⁶ *Ibid.*, p. 153.

¹⁷ Enrique Pérez Luño, “Las generaciones de derechos humanos”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10. septiembre-diciembre, Madrid, Ministerio de la Presidencia, 1991, pp. 203-217. Véase, del mismo autor, “La concepción generacional de los derechos fundamentales”, en *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009, pp. 19-46.

la dimensión humana que hace posible toda emergencia y toda subjetivación, sin la cual no hay ni ética ni derecho.¹⁸

Sucede que si los derechos de los seres humanos concretos (esclavos, mujeres, obreros, negros, ancianos, colonizados, etcétera) han ido incorporándose constitucionalmente en los Estados de derecho, ha sido porque las luchas y movimientos de emancipación de los sujetos reales han logrado introducirlos en el seno de la ley, y no hay nada intrínseco a ellos que inhiba su desaparición (como hemos presenciado, para volver a nuestro ejemplo común, con la denominada “flexibilización laboral”, aplicada implacablemente por los gobiernos neoliberales). Por último, la prueba de todo ello es la profunda incoherencia que reviste el discurso de las intervenciones militares de Estados Unidos, cuando se justifican como una “política de los derechos humanos”, aunque no sólo no han mejorado en ningún caso las condiciones de vida de la población local de los lugares donde intervienen (como Afganistán o Irak), sino que han producido el sacrificio inútil de miles de vidas humanas.

Por eso dice Franz Hinkelammert:

La historia del Estado de derecho es una historia muy accidentada en la cual el Estado de derecho de por sí raras veces ha sido un portador de los derechos humanos [...] en esa historia el Estado de derecho en el siglo XVIII empieza legalizando el trabajo forzado (por esclavitud); más tarde enviará a la horca a los sindicalistas de Chicago y, después de la liberación de los esclavos, justificará la instalación del apartheid (*separation*) en Estados Unidos [...] El Estado de derecho surge sin la mayor parte de los derechos humanos esenciales referentes a la vida humana, muchas veces en contra de éstos. Es un prejuicio muy bonito y frecuente la opinión de que el Estado de derecho tenga como su esencia la protección de los derechos humanos.¹⁹

Para Hinkelammert, el hilo conductor de la versión conocida del Estado de derecho son los intereses de la clase burguesa; para ella, derechos humanos son derechos de propiedad, derechos del mercado; para ella, los derechos de los seres humanos concretos y reales son obstáculos, distorsiones del mercado. Para el mercado es irracional intervenir en el mercado con el objeto de velar por las necesidades humanas, por los derechos laborales, las normas que regulan

¹⁸ Alain Badiou, “La idea de justicia”, en *Justicia, filosofía y literatura*, op. cit. Véase asimismo “La ética. Ensayo sobre la conciencia del Mal” en Tomás Abraham, Alain Badiou y Richard Rorty, *Batallas éticas*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2004, pp. 97-158.

¹⁹ Franz Hinkelammert, “La transformación del Estado de derecho bajo el impacto de la estrategia de la globalización”, en *Revista Polis* núm. 10, vol. 4, Santiago de Chile, Universidad Bolivariana, 2005, p. 128.

la protección del trabajo (horas de trabajo, trabajo infantil, etcétera), cualquier sistema universalista de salud pública, de educación, de vivienda, de seguro de vejez. Cualquier política que fomente el pleno empleo, o la protección del medio ambiente, cualquier control de movimiento de capitales o de mercancías [...] todas son “distorsiones del mercado”. Se trata de una estrategia que se invisibiliza, que no se legitima en el espacio público pero que lo condiciona y asfixia, y que enfrenta y aplasta gran parte de las conquistas y derechos cuyo reconocimiento habían logrado “políticamente” los movimientos y luchas populares.

Quizá por ello los organismos de derechos humanos pongan tanto énfasis en la defensa de la participación social y la democratización cuando se establecen programas que dicen basarse en el enfoque de los derechos humanos, porque hay un riesgo muy fuerte de vaciamiento del concepto de derechos humanos. Y el vaciamiento se presenta cuando no hay conciencia de que existen relaciones de poder que atraviesan al Estado de derecho, y a su manera de encarar las tareas relacionadas con la cuestión social.

CONCLUSIONES: EL ENFOQUE SOCIOHISTÓRICO DE DERECHOS HUMANOS

Decir que el Estado de derecho está atravesado por relaciones de poder significa empezar a reconocer que hay una tendencial incompatibilidad, una zona de conflicto, entre ciudadanía y clase social, o entre política y economía, o entre capitalismo y democracia (por eso afirmaba Marx que la Revolución Francesa había realizado al hombre en la esfera “celestial” de la ciudadanía, mientras abandonaba a los hombres concretos en la esfera terrenal de las desigualdades sociales).

Pero decimos que es una incompatibilidad *tendencial*, porque en los hechos no es una total oposición; los derechos van apareciendo en los instrumentos jurídicos, en los tratados internacionales, en la interpretación y jurisprudencia, van haciendo su trabajo al interior de la vida cotidiana y al interior del Estado de derecho. No proveen políticas concretas, sino que dan el “piso”, dan estándares y criterios que orientan al Estado (por ejemplo, a determinados ministerios o gerencias estatales) para que se comporte de manera tal que garantice el respeto a la dignidad de las personas: o bien porque se abstiene de discriminarlas (trato igual) o bien porque se empeña sistemáticamente en revertir una discriminación existente (trato diferente).

En todo caso, el principal desafío en términos de una política de derechos humanos es superar la distancia entre lo que se dice y lo que se hace. Sin embargo, a menudo lo que se dice también puede darnos una pauta: hay un debate ideológico detrás de los discursos sobre derechos humanos. Helio Gallardo plantea algunos ejes para esta discusión: por un lado, al hablar de los

derechos es importante la referencia a la concepción de la persona humana como una totalidad y no sólo a la cuestión ciudadana, ya que esta perspectiva, aunque es fundamental, introduce una reducción al horizonte de las libertades negativas (libertad ante el abuso, la opresión, la crueldad) y deja sin abarcar las libertades positivas o los derechos sociales y económicos.²⁰

Por otro lado, dentro del campo discursivo “moderno” (es decir, ajeno a la aceptación de jerarquías “naturales” que sostienen ideológicamente las derechas conservadoras), Gallardo también distingue entre una posición más apegada a lo formal del “Estado de derecho” (garantista) y otra posición más consciente del horizonte de lucha que representan los derechos en formaciones como las sociedades latinoamericanas, donde se introduce como factor civilizatorio, como avance que traspasa todo el cuerpo jurídico, como desafío y no como algo logrado.

En términos de políticas públicas, esto último significa reconocer que no hay políticas “neutrales”, porque el Estado obedece a relaciones de fuerza entre distintos proyectos de sociedad; probablemente tales políticas sean más la resultante de las fuerzas en pugna que el producto de un proyecto. Pocas veces –dada la tendencial incompatibilidad entre democracia y capitalismo– las políticas públicas han expresado un comportamiento coherentemente favorable a los sectores excluidos y discriminados de la sociedad; prueba de ello es el grado de desigualdad social que presenta América Latina. Ahora bien, tampoco puede dejar de reconocerse que ha habido compromisos con estos sectores, y en ello el keynesianismo contrasta con el enfoque neoliberal, que se impuso en el continente desde la década de 1980, y casi siempre con intervenciones militares o amplia represión a la oposición popular.

Evaluar diferentes modelos nos conduce a pensarlos política e históricamente, porque son la resultante de posibilidades abiertas por el grado de poder popular de cada proyecto social. Los modelos anteriores a las crisis de la década de 1970 fueron más sensibles a asumir obligaciones estatales en materia de derechos, mientras que el modelo neoliberal posterior, por el contrario, evita (e incluso objeta) cualquier compromiso con los derechos sociales. Para el neoliberal, los derechos (a la propiedad, por ejemplo) son invocados sólo como parte de alguna ofensiva a la integralidad de los derechos o como estrategia de ataque al Estado (a su función paliativa, social),²¹ mientras que es todo lo contrario en el modelo del Estado social, o keynesiano, o benefactor, etcétera.

²⁰ Helio Gallardo, “Notas sobre derechos humanos y políticas públicas”, *Revista Aportes Andinos*, núm. 21, mayo, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2008, p. 3.

²¹ Antonio González Plessmann, “Políticas públicas con enfoque de derechos humanos: una propuesta para su conceptualización”, *Revista Aportes Andinos*, núm. 21, mayo, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2008, pp. 5-6.

Pero asumir el enfoque de derechos humanos en materia de políticas públicas, sin embargo, va más allá del modelo del Estado benefactor, ya que implica dos elementos fundamentales y distintivos: por un lado, la subordinación de la economía al bienestar de las personas y de los pueblos; por otro, la participación de las víctimas en todas las etapas de definición de las políticas públicas.

El primer punto remite, como habíamos visto, a la tendencial incompatibilidad con el modo de producción capitalista; de alguna manera, da cuenta de haber comprendido su mecanismo, el hecho de que existen formas de racionalidad diferentes: de un lado la racionalidad reproductiva, la de la vida, del otro, la racionalidad del mercado, de la ganancia, que es meramente instrumental. Decimos que hay un reconocimiento, una comprensión, y esto no es banal: en las declaraciones de los pueblos originarios, en los documentos sobre los derechos ambientales, contra la minería, etcétera, es cada vez más notoria la organización categorial de los conceptos en torno a estas distinciones.

El segundo punto, relativo a la participación de los afectados, remite a una idea de legitimidad que no es meramente formal, sino también material o sustantiva. La participación también hace a la eficiencia de los instrumentos de política pública, ya que los propios afectados expresan qué necesidades, qué prioridades, cómo enfrentarlas, reivindicando una capacidad de autodeterminación, de autonomía, que agrega un *plus* a la lucha por los derechos humanos, que es el poder pasar desde una situación de mero beneficiario de políticas sociales a un papel de sujeto de derechos. Como dice Helio Gallardo con un ejemplo:

Igualmente un servicio básico, como la educación, no puede ser asumido únicamente como oferta del Estado y de los empresarios privados porque su currículum explícito y oculto claramente podría inducir al sexismo, etnocentrismo, consumismo, propietarismo, clientelismo, etcétera, a sectores sociales como los configurados por cooperativistas rurales, para los cuales esos valores (pretendidamente universales) resultan no sólo disfuncionales sino aniquiladores de sus lógicas de constitución familiar, económica, política y cultural. El punto de la transmisión de valores “oficiales” en sociedades desagregadas y enfrentadas o como bloques sociales o como múltiples minorías, o sus combinaciones, no puede atenderse sino desde la perspectiva de las *necesidades sentidas y expresadas por grupos sociales particulares en emprendimientos colectivos empoderadores*.²²

No se trata de una lógica “idealista” sino material, tales racionalidades están entretejidas cultural y materialmente con nuestros pueblos. Más arriba cuestionábamos una idea del derecho y la justicia que no tiene en cuenta su

²² Helio Gallardo, “Notas sobre derechos humanos y políticas públicas”, *op. cit.*, p. 7.

“condición de posibilidad”, su dimensión utópica o mesiánica, sin la cual no son siquiera pensables en su posibilidad de tal o cual derecho humano. De lo que se trata es de pensar, dicho con total sencillez, que somos una especie y como tal deberíamos ser capaces de proyectar nuestra producción política y cultural con sentido planetario y sin depredarnos a nosotros y a la naturaleza, vinculados no a la guerra, no a la eternización de imperios, no a un modelo de depredación, consumo y derroche para pocos y exclusión y muerte para muchos, sino a la exaltación y defensa de la vida.