

**FRAGMENTOS DE UNA REFLEXIÓN COMPLEJA  
SOBRE UNA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO Y LA APERTURA  
A UNA SENSIBILIDAD DE DERECHOS HUMANOS ALTERNATIVA**  
*FRAGMENTS OF A COMPLEX REFLEXION ON LAW FUNDAMENTATION  
AND THE OPENING FOR NA ALTERNATIVE SENSITIVENESS IN HUMAN RIGHTS*

*Norman J. Solórzano Alfaro \**

**Sumario:** 1. Algunas aclaraciones de partida. 2. Preguntas de partida. 3. El carácter de la discusión sobre el “fundamento” del derecho (¿filosófica, política, socio-histórica?). 4. Una propuesta abierta: a) Las tramas sociales de producción-articulación de subjetividad como fundamento socio histórico del derecho. b) Hacia una concepción de derechos humanos alternativa.<sup>1</sup>

**Palabras clave:** Derechos Humanos. Fundamentación del derecho. Una propuesta abierta.

**Summary:** 1 Some initial explanations. 2. Starting questions. 3. The discussion character on juridical principles (philosophic, politic and socio-historic?). 4. An open proposal: a) The social aspects of the subjective articulation-production as socio-historic juridical bases. b) proposal of an alternative conception of human rights.

**Key words:** Human Rights. Law fundamentation. An open proposal.

## **1 ACLARACIONES DE PARTIDA**

El conocimiento jurídico debe mantenerse fiel a sus exigencias constitutivas, que [...] están dirigidas esencialmente a la actuación en la práctica. (Riccardo Orestano, *Introducción al estudio del derecho romano*).

---

\* Jurista y filósofo costarricense. Investigador del Instituto de Estudios Sociales en Población (IDESPO), de la Universidad Nacional (UNA) y profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (UCR), Costa Rica.

El hecho de que estemos implicados en el mundo es la causa de lo que hay de implícito en lo que pensamos y decimos acerca de él. Para liberar el pensamiento de este constreñimiento, no basta con esa vuelta sobre sí mismo del pensamiento pensante que suele asociarse con la idea de introspección; sólo la ilusión de la omnipotencia del pensamiento puede hacer creer que la duda más radical tenga la virtud de dejar en suspenso los presupuestos, relacionados con nuestras diferentes filiaciones, pertenencias, implicaciones, que influyen en nuestros pensamientos. (Pierre Bourdieu, *Meditaciones pascalianas*).

Lo que aquí se intenta hacer es compartir unas reflexiones, que pretenden ser rigurosas pero, en ningún caso, absolutas ni acabadas, pues son parte de una investigación en marcha. Luego, lo que se dirá deberá recibirse en clave interrogativa, ya que *no* son afirmaciones conclusivas. De este modo, estas reflexiones pretenden ser anotaciones *abiertas, incompletas y expuestas* a la consideración colectiva, con el objeto de hacer un discernimiento de las condiciones en que hoy es posible (*des-*)pensar el derecho moderno.

Tampoco se trata de una reflexión erudita, pero ciertamente se sabe deudora del aporte de muchos y muchas, quienes podrán ser reconocidos(as) en el transcurso de la exposición. Y, en cuanto *exposición*, estas reflexiones se saben *ex-puestas* a la mirada crítica, rigurosa y amorosa de los interlocutores y las interlocutoras, por tanto, también se asume *en proceso* de construcción.

En tanto reflexión son parte del *pensar* que es, ante todo, un acto de reconocimiento y encuentro, una acción solidaria que busca y necesita espacios donde los interlocutores y las interlocutoras puedan comunicar sus diferencias y enriquecer sus semejanzas; es un *estilo de vida* que se nutre de la generosidad de la humana amistad y profundiza nuestra existencia hasta los límites de la gratuidad amorosa. Este es el talante con el cual se comparten estas reflexiones; declararlo es un acto de honestidad intelectual, pero también una forma de concebir el trabajo intelectual como proceso de encuentro de humanidades y construcción sociohistórica del pensamiento.

Por otra parte, el nivel en que se ubican estas reflexiones pretende ser el sociohistórico, por tanto, se intentan colocar en un lugar diverso al de la técnica erudita o de una “abstracción abstractizante”, que elude el problema de la existencia humana como producción sociohistórica. Este es el punto de mira con el que se pretende abordar la cuestión del *fundamento del derecho*. Asimismo, se trata del esfuerzo por traer al campo del pensamiento jurídico categorías y reflexiones de otros saberes disciplinarios, que nos aportan insumos valiosos para desbloquear la monotonía de la doctrina más al uso.

Al respecto, nos parece importante reparar en el hecho que existe una distancia entre lo que se *cree/quiere* hacer y lo que efectivamente se hace (Hinkelammert, 2002).

Asimismo, las palabras han dejado de tener una relación sustancial/ontológica con sus significados (Foucault, 1996) por eso, en cada caso y constantemente, hay que *interpelar* las palabras que usamos a partir y en relación con las prácticas que realizamos. Veamos un ejemplo.

En ese sentido, el derecho se articula sobre un fondo utópico, que es una prefiguración contrafáctica de un *mundo posible* conforme a (ese) derecho. En buena técnica, ese marco (antropológico, gnoseológico, axiológico, etc.) de juridicidad está orientado a operar como un factor/espejo crítico frente a las ilegitimidades, arbitrariedades, injusticias, en sentido amplio y general, que se cometen en el proceso de articulación de la realidad social; es decir, el derecho tiene una dimensión de *factor crítico* frente a acciones y omisiones (institucionales, personales y colectivas) que no soportan el escrutinio con base en aquel fondo utópico que propone.

Sin embargo, en las sociedades modernas hay una pretensión de que tales utopías encarnen en prácticas, o bien, se orientan las prácticas sobre la base de *creer que se hace lo que se cree que se hace o quiere hacer y no lo que realmente se hace*; esta deriva es lo que denominamos *utopismo*.

Este utopismo ha alimentado las pretensiones científicas de un dominio total de la naturaleza mediante la ciencia y la tecnología. Y junto con la idea del progreso infinito, ha encarnado en los diversos proyectos sociales modernos. Así, en los proyectos del *socialismo real* alimentó la pretensión, no conflictuada por la misma teoría crítica (tradicional) que los amparaba, de que mediante la planificación se lograrían realizar las metas de la sociedad socialista. Y en las sociedades burguesas, por una fijación del tiempo presente (Capella, 1993), sellada por el positivismo, adquiere la forma del antiutopismo, como pretensión de que lo existente (la sociedad burguesa), en tanto plasmación del mejor "mundo de posible", es el tope de cualquier otra pretensión.

Este utopismo, en cualquiera de sus versiones, es lo que puede explicar esa pretensión de alcanzar (o haber alcanzado) *lo que se quiere*, creyendo que se hace o realiza eso que se quiere y ocultando o invisibilizando *lo que efectivamente se hace*. Es decir, en aras de intentar realizar el sueño utópico, el cual siempre se pretende factible de realizar, se despliegan aquellos poderes vigentes, que reclaman para sí hegemonía, con lo cual esta se ve legitimada por el cumplimiento de la promesa de un mundo que es el *mejor* de los posibles, aunque ello suponga -como lo constatamos ahora- la destrucción de las condiciones que hacen posible y factible este que denominan "mundo precario" y cualesquiera otros "mundos posibles".

## 2 PREGUNTAS DE PARTIDA

- ¿Por qué es relevante plantear la cuestión del *fundamento* del derecho hoy?
- ¿Qué sentido tiene hoy la propuesta de la *lucha por el derecho*?
- ¿Cómo es posible crear una *obligación jurídico/política* basada en la *libertad*?
- ¿Cómo se puede devolver al derecho su potencial *revolucionario* y *emancipador*?

Plantear la cuestión del fundamento del derecho resulta pertinente, más allá de consideraciones gnoseológicas o epistemológicas, entre otras razones, por la posibilidad de evaluar la eficacia preformativa de la realidad social que se otorga a las categorías que usamos. Asimismo, porque según sea el tipo de respuesta a esta pregunta, incluso la que se da por “supuesto” en la omisión de la pregunta, conlleva un posicionamiento (antropológico, ontológico y gnoseológico) que tiene innegables efectos prácticos. No formular la pregunta, o darla por superada, conlleva la invisibilización de las realidades humanas que quedan excluidas del campo de significación (y de poder) de la respuesta que se admite como válida y legítima.

Asimismo, suponer que el problema se soluciona cuando afirmamos que el fundamento (legal) de un derecho es su formulación legal, es decir, la existencia de una norma válida y vigente en el ordenamiento positivo que la sustenta, es desconocer todos aquellos márgenes –principalmente de reconocimiento de subjetividades, diversas y plurales, que rompen el patrón “legítim(ad)o– que la norma y el ordenamiento jurídico, en general, *no puede* y *no quiere* contemplar.

§ 1. De la comprensión que el derecho depende de su formulación positiva deriva la falacia garantista, como la han denominado Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli, 2005. Pero, a la vez, esa comprensión del derecho, eminentemente formalista y normativista, impide ver y analizar dos situaciones relevantes, a saber:

1. En primer lugar, si el derecho dependiera de la formulación positiva de una norma (que por ese hecho resultaría, además, legitimada éticamente – positivismo ético), igualmente cuando esa norma dejara de estar vigente se perdería el derecho que ella otorga, con lo cual, en realidad no se trata de un derecho de las personas sino del derecho del estado, que se abstiene de hacer o

se compromete a hacer algo. Esta es una deriva del anquilosamiento estatalista y formalista del positivismo.

2. En segundo lugar, se oculta el carácter *reversible* del derecho (Gallardo), en el sentido que se desconoce que este, particularmente si lo vemos desde una sensibilidad sociohistórica de derechos humanos, en tanto aspiración de humanidad y compromiso con la construcción de una sociedad *civilizada* y *democrática*, basada en el reconocimiento y la solidaridad amorosa,<sup>2</sup> tiene un fundamento material en tanto que

[...] derechos humanos están determinados por la sensibilidad que las poblaciones experimenten hacia ellos. Esta subjetividad material o práctica se sigue, asimismo, de las luchas sociales (no necesariamente armadas o tumultuosas) que han precedido el reconocimiento jurídico de estos derechos entendidos como capacidades exigibles ante circuitos judiciales (Gallardo, 2006: 9).

De esta forma, no solo no basta la formulación positiva de un derecho, sino que ese mismo hecho es solo un momento del dinamismo social, pues “Derechos humanos solo alcanzan eficacia jurídica si se constituyen desde el interior conflictivo de una economía-cultura y las poblaciones involucradas pueden sentirlos propios” (Gallardo, 2006: 11).

Es decir, el derecho surge de un movimiento social y es sostenido en el tiempo por esa misma densidad cultural que lo reclama y se pretende conforme a él.

El ordenamiento jurídico, en tanto *orden* (Kelsen, 1992), implica una opción, que desplaza y niega (desconoce) otros órdenes y las subjetividades emergentes que los impulsan, demandan y sustentan. En esa medida, plantear la pregunta por el fundamento del derecho es re-actualizar el compromiso con la *lucha por el derecho* (Ihering, 2002) siempre que ese derecho signifique la posibilidad de reconocimiento y solidaridad entre sujetos múltiples, diversos, emergentes; por tanto, es un compromiso por impulsar formas que permitan establecer redes de sociabilidad (respectividad/relacionalidad) generadoras de humanidad (Ellacuría, 1995; Gallardo, 2000 y 2006; Elizalde, 2003)

En ese sentido, muchos de los manuales y ensayos sobre derecho - y pienso principalmente en los trabajos de *Teoría general* - omiten la cuestión del fundamento del derecho, que es darlo por supuesto; o bien, se centran en la cuestión de la validez de la norma legal que sustenta los derechos particularmente considerados (Dogmática) y tienen amplios desarrollos sobre las *fuentes formales* del derecho, con alguna breve mención a las *fuentes materiales*, que remiten a una abstractizada “realidad social”, la cual se supone homogénea y cuasi inmutable. Asimismo, cuando hacen algún comentario sobre la cuestión del fundamento, lo desplazan al campo de la filosofía, lo cual implica ubicarlo en el “espacio

epistémico del idealismo” (Gallardo, 2000: 87), toda vez que se trata de una filosofía que no se “desfilosofa” (Fornet-Betancourt, 2001); por tanto, que se propone como solución última y definitiva de las cuestiones que aborda, descontextualizándolas y ahistorizándolas.

Además, en los textos de filosofía cuando se trata la cuestión del fundamento se lo hace en referencia a un apéndice que se suele denominar “los derechos humanos”<sup>3</sup> ¿cómo si todos los derechos no fueran humanos?, o, ¿cómo si derechos humanos fuera solo asunto de idealistas?, o, ¿cómo si el reclamo de subjetividades emergentes que se escucha como derechos humanos dejara incólume a algo que se supone es el cuerpo jurídico realmente operante?

Por otra parte, darlo por supuesto y resuelto tampoco ayuda mucho, como en el caso de Norberto Bobbio quien dice: “Del fin que la investigación sobre el fundamento se propone nace la ilusión del fundamento absoluto, ilusión que, a fuerza de acumular y discutir razones y argumentos, terminará por encontrar las razones y el argumento irresistible que nadie podrá negarse a aceptar” (1991: 54).

Es cierto que la pretensión de encontrar un “fundamento absoluto” deviene en ilusión, y una ilusión absoluta se torna irresistible no sólo en el mundo de las ideas –como dice Bobbio–, sino de las prácticas que estas generan y alimentan. Pero la pregunta por el fundamento es siempre una pregunta incómoda, sobre todo para el *saber-poder* instituido, que se sabe con los *pies de barro*; por eso ha proscrito y colonizado la pregunta (y el preguntar), de forma que lo que el saber-poder define como “fundamentos absolutos” son los esfuerzos y demandas (de libertad, justicia, dignidad, en fin, de vida) de las subjetividades emergentes sometidas, subyugadas y subsumidas, por ejemplo, en una genérica y edulcorada “sociedad civil”. Asimismo, el único fundamento que este autor admite como realmente operante queda encubierto ideológicamente como *ningún fundamento* (Hinkelammert, 2003).<sup>4</sup>

Insistir en la pregunta es siempre un peligro de que se ponga en evidencia la ilegitimidad de ese poder-saber; peligro que no se corre si la pregunta la formulan los agentes del poder-saber, pues éstos siempre encontrarán “el argumento irresistible”. Pero, con la intención de evitar que esos agentes hagan su trabajo (“defender posiciones conservadoras”), pretender que toda “investigación sobre el fundamento” genera “la ilusión del fundamento absoluto”, es también perder la oportunidad de que se evidencie la ilegitimidad del poder-saber, y este escepticismo termina siendo tanto o más funcional a los intereses del saber-poder, pues desarma cualquier intento crítico. Por eso, la “investigación sobre el fundamento” todavía sigue siendo pertinente, por esa potencia crítica que puede poner en

funcionamiento, eso sí, siempre que sea “presentada en el espíritu de la ironía socrática” capaz de “representar la paradoja de la contingencia” (Heller, 1999: 17) y se la asuma como una propuesta, *ex-puesta* siempre a la *mirada plural* y la *re-visión* constante.

Por eso, para adentrarnos en la cuestión del fundamento del derecho lo hacemos por la vía que abre, articula y potencia el reclamo y la lucha por reconocimiento de derechos humanos, que es el reclamo por el reconocimiento de subjetividades emergentes como humanas, por tanto, como sujetos de derecho, sujetos de obligaciones, fueros y capacidades (Gallardo, 2000).

### **3 EL CARÁCTER DE LA DISCUSIÓN SOBRE EL “FUNDAMENTO” DEL DERECHO (¿FILOSÓFICA, POLÍTICA, SOCIO HISTÓRICA?)**

Bobbio, en una disertación de 1964 (*El tiempo de los derechos*) señaló que el problema de fondo relativo a derechos humanos no era “tanto el de justificarlos como el de protegerlos”. De esta forma, con acierto, desplaza el problema de la lucha por derechos humanos del campo filosófico al campo político. Sin embargo, lo hace por razones no tan acertadas... En ese caso, Bobbio confunde “fundamento” con la acepción de fundamento metafísico, absoluto. Desde una comprensión sociohistórica del derecho, en un contexto republicano democrático, es cierto que no hay o no se admite ningún fundamento de este tipo. Pero desentenderse de la pregunta contradice ese posicionamiento histórico, ya que *da por supuesto* (no criticado) algún “fundamento”, del tipo que sea, que sostiene y se expresa en la trama de realidades, la trama de sociabilidad que puede “operativizar”, es decir, judicializar e instrumentar el conjunto de garantías de aquellos derechos que reclama como la tarea urgente.

A la vez, cuando hacemos de la cuestión del fundamento del derecho una cuestión del campo de la filosofía, o pensamos que se trata de una pregunta inútil o vacía, por la razón que sea, de lo que no nos percatamos es que estamos aceptando tácitamente un determinado posicionamiento antropológico, ontológico y gnoseológico, que tiende a adquirir ribetes marcadamente dogmáticos, lo cual hace del derecho un instrumento útil a los fines de los poderes hegemónicos, pero inútil para quienes son marginados, explotados, segregados o excluidos, por tanto, no reconocidos como humanos, pues no son reconocidos sus proyectos de vida ni las articulaciones de las relaciones con que los impulsan y construyen (Gallardo, 2000).

Cuando se ubica la cuestión del fundamento del derecho en el campo de la filosofía, se tienen dos derivaciones posibles, situarlo en el

[...] espacio sistémico del idealismo, en cuyo caso el fundamento resulta imaginariamente irresistible al ligarse con una entidad metafísica [...] o en el espacio gnoseológico del materialismo, en donde el fundamento permanecerá como aspiración o valor mistificado e ideológico que no se entrega los medios para ser sociohistóricamente materializado (Gallardo, 2000: 87).

Los resultados de lo primero son: 1) desatar y facilitar la agresión contra seres humanos que no se ajusten al patrón de la entidad metafísica, que opera como mecanismo de “reconocimiento y exclusión”; 2) facilitar la acción de los poderes destructivos sobre las personas y grupos vulnerabilizados o en situación de debilidad relativa, manteniendo incólume el imaginario de aquella entidad metafísica, que no puede ser tocada. Esto es así, aún cuando la entidad metafísica sea un “*hombre*”, *libre, igual y racional* o cualquier otra cosa. Como resultado de lo segundo, incluso el materialismo filosófico no puede escapar del carácter idealista de los procedimientos filosóficos, en su forma ontológica, gnoseológica y/o axiológica, en la medida que en tales perspectivas discursivas se trata de la primacía de un principio metafísico (ya sea la Razón, el Espíritu Absoluto, el Ser Humano, o el Proletariado) sobre la producción sociohistórica y los mismos seres humanos concretos (Gallardo, 2000).

Por otra parte, para asumir la historicidad de las producciones humanas no basta con una simple mención –por lo demás, bien intencionada- a las “diversas épocas históricas” en las que se ubican estas, pues ello tiende a desconocer las conflictividades y desgarramientos presentes en los procesos de articulación de las diversas realidades sociohistóricamente producidas. Por ejemplo, con el mismo Bobbio podríamos afirmar que *el derecho adquiere su forma según cada época histórica*.<sup>5</sup> Pero de esta manera hay muchas cosas que se ocultan. Primero, no es cierto que se pueda hablar de *un* (solo) derecho; en ese caso, estaríamos haciendo la crónica del derecho hegemónico, del derecho impuesto por una subjetividad emergente que, en pugna con otras que finalmente des-conoce o tiende a anular, ha logrado hegemonizar el campo de fuerzas que inciden y pugnan en la conformación de los espacios sociales y sus realidades (en nuestro caso, la burguesía). Segundo, la determinación de las “épocas históricas” también responde a *un* saber que se articula con el poder de la subjetividad dominante y a una voluntad de “re-construir” la historia desde el espacio que dicho poder/saber ocupa. Así, por ejemplo, la división de la Historia en antigua, media, moderna y contemporánea, supone un posicionamiento respecto de los eventos relevantes y las subjetividades reconocidas, entre otros factores, que no es más que la forma burguesa de legitimarse como permanentemente contemporánea, por tanto, como forma final de la historia, en una especie de *contemporaneidad perpetua*...



De esta manera, la discusión sobre el fundamento del derecho resulta, por tanto, del campo de la política,<sup>6</sup> pero entendida desde la perspectiva sociohistórica, es decir, de la política como espacio de articulación de las redes de sociabilidad (respectividad/relacionalidad) que producen subjetividades emergentes, demandantes y actuantes de derechos, pero también de aquellas tramas que las discriminan y excluyen en nombre de un “orden”, de una “naturaleza humana” incluso de una presunta “dignidad humana” que no se especifica y se desliga de las condiciones que la hacen posible y la producen.

#### **4 UNA PROPUESTA ABIERTA**

##### **a) Las tramas sociales de producción-articulación de subjetividad como fundamento sociohistórico del derecho**

Desde una perspectiva sociohistórica, las subjetividades emergentes, que reclaman y postulan derechos, por tanto, que los sostienen (y a las que se les niegan y arrebatan), que son capaces de generar procesos de lucha susceptible de alcanzar y operar *transferencias de poder*, de manera que aquel(los) derecho(s) pueda(n) ser efectivamente garantizado(s) (normativa, institucional y culturalmente), no puede entenderse ni extraerse del paradigma individualista, en cualquiera de sus versiones. Se trata, más bien, de un tramado de relaciones, que involucra sujetos personales y colectivos, los cuales articulan plurales *modos de vida*, inscritos en *proyectos de vida* por los que luchan (Hinkelammert, 2002). Así, un derecho, o más propiamente la postulación y formulación de un derecho, por ejemplo, no puede verse solo como el resultado o producto de un acto legislativo, que sanciona una fórmula legal, pues además de quedarse corto en la descripción fenoménica, pasa por desconocer las condiciones para que dicho derecho adquiriera algún potencial de eficacia (Capella, 1999: 85-88). De esta manera, siguiendo a Helio Gallardo, podemos entender que la efectividad jurídica de un derecho, es decir, su protección, prevención y sanción por parte de los tribunales y otras instancias, públicas y privadas, está estrechamente vinculado con la legitimidad cultural que hayan alcanzado las luchas sociales que los reclaman y proponen (Gallardo, 2000; 2006).

Esto, definitivamente, nos ubica en el campo de la política, es decir, el fundamento real de un derecho que se pretende efectivo es un fundamento político, en cuanto es en ese “campo de fuerzas, abierto y continuamente en transformación, donde sujetos, fuerzas sociales y actores pugnan por direccionar y transformar la orientación del proceso de toma de decisiones” (Roitman, 1996: 137).

Parafraseando a helio Gallardo, la matriz de derechos humanos con su eficacia jurídica y su legitimidad cultural solo se da en la posibilidad de articular la lucha social de sociedades civiles emergentes que pugnan en el campo de la política.

Lo anterior hace evidente que no existe una dinámica mecánica, etapista, o de sucesiones cuasi naturales de derechos, ni de sus postulaciones o formulaciones, pues esto depende, sobre todo, de la disposición de las luchas sociales que se articulan en torno a diversas y plurales experiencias y necesidades de colectivos que encuentran como una vía de expresión y realización, el reclamo jurídico. Obviar esto, evidentemente, tiende a escamotear la referencia a subjetividades que se producen en un proceso no exento de pugnas, contradicciones, avances y retrocesos. Por tanto, no podemos ignorar las tramas y lógicas sociales que articulan humanidad y aquellas condensaciones sociohistóricas que, por el contrario, desconocen y anulan proyectos de vida específicos, produciendo dolor, enajenación, desconocimiento y exclusión.

## **b) Hacia una concepción de derechos humanos alternativa**

Lo anterior nos permite desembocar en un concepto de derechos humanos alternativo, que sea contextual, integral y relacional. En ese sentido, asumimos que derechos humanos son un conjunto de procesos sociales, económicos, normativos, políticos y culturales que abren y consolidan –desde el “reconocimiento”, la “transferencia de poder” y la “mediación jurídica”- espacios de lucha por la particular concepción de dignidad humana.<sup>7</sup>

En esa conceptualización se muestran tres líneas convergentes, a saber:

### 1. Desde el “**reconocimiento**”:

- La conciencia de la propia condición humana como carenciada, que surge por el encuentro con el otro que me necesita y reconoce como quien puede auxiliarme, es inicio de un proceso de construcción de identidades que entrarán en relación en orden a un proyecto que puedan reflejar como común.
- Es reconocimiento de *otredades*: reconocer es reflejarse en el otro... *Yo soy si tu eres* (Desmond Tutu). No se trata solo de identificar *otros* diversos de *nosotros*, otros que están en nuestros márgenes, sino saber que todo “nosotros” surge del encuentro de *otredades* que se autoidentifican y definen, todo “nosotros” no es sino un margen que puede ser mirado desde otro lugar.

- Se trata de generar y responder a una sensibilidad de la cooperación y reciprocidad (sinergia), que potencia la acción personal y la trasciende ampliando la posibilidad de ser *seres humanos*.

## 2. La “**transferencia de poder**”:

- Reconocer lo que *es debido* para la construcción de humanidad (condición de posibilidad) y reclamarlo no se hace en abstracto. Todo reclamo de derechos humanos y cualquier modo de vida se articulan sobre la base de un producto social. Respecto de este (recursos) se constituyen relaciones de poder, por ende, acceder a los recursos, si se hace en un medio donde priva la competencia y el criterio de eficiencia, como en las sociedades capitalistas, implica un pulso de poderes contrapuestos. Por consiguiente, , acceder a los recursos y obtener lo debido para producir humanidad implica una lucha social por el acceso a los recursos y el poder que asiste este acceso.
- Este proceso está ubicado en un contexto sociohistórico, tensionado por fuerzas que pugnan (vida cotidiana/red de relaciones sociales...). No se trata necesariamente de un proceso tumultuario o violento, pero si supone siempre una pugna, una contradicción que busca solución, por tanto, que abre nuevas formas de articular las relaciones sociales en las cuales el poder/los poderes se redistribuyen y rearticulan.
- Reclamar un derecho y actuar conforme a este supone siempre un proceso de transferencia de poder, por tanto, implica una reconfiguración de fuerzas: entre la fuerza social que negaba aquello debido a quienes reclaman y la fuerza social que estas subjetividades emergentes puedan congregarse para sostener su postulación de lo que consideran derecho, siempre conforme a su propia idea de dignidad humana.

## 3. La “**mediación jurídica**”:

- El derecho, en sentido específico, es una forma de organizar la convivencia social. Su plasmación formal es solo un momento de la acción social, la cual implica la creación normativa e institucional. Pero esta no agota todas las virtualidades de esa forma de articular la convivencia social.

- El derecho, en cualquiera de los casos, solo es una *mediación*, es el resultado de un proceso social que plasma formalmente en normas e instituciones, pero nunca es la *finalidad* del proceso social, ni puede ser asumido como tal, so pena de absolutizarlo y esclerotizarlo, pecado del normativismo imperante.
- En su dimensión positiva, hay que considerar una especie de desdoblamiento del derecho:
  - el derecho postulado (nivel axiológico/utópico): está es la cara siempre abierta, disponible a ser “llenada” con los significados que la densidad cultural de un medio social provee;
  - y su garantía (nivel pragmático/institucional), que es la coagulación específica de aquel derecho en su forma institucional y operativa, por tanto, es una dimensión que debe ser tensionada y escrutada permanentemente.

De esta manera, vemos que es posible no solo otra forma de pensar el derecho, sino que los efectos prácticos que ello puede generar son de indudable valor y, al menos, resulta una apuesta que se sabe siempre frágil y sometida al constante discernimiento, con lo cual podemos sentirnos fieles al sentido del derecho en una sociedad que se pretende democrática.

El conocimiento jurídico debe mantenerse fiel a sus exigencias constitutivas, que [...] están dirigidas esencialmente a la actuación en la práctica. (Riccardo Orestano, *Introducción al estudio del derecho romano*).

## NOTAS

- <sup>1</sup> Estas *Fragments...* forman parte de un conjunto de conversaciones compartidas en el marco del *Curso de Actualización en Filosofía y Teoría del Derecho*, los días 23 y 24 de junio del 2006, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (UASLP), a la cual quedo agradecido por su apertura y disponibilidad.
- <sup>2</sup> “Convivir así es lo que deseamos quienes decimos que queremos vivir en democracia, ya que el deseo de un vivir democrático es el deseo de un convivir ético desde el mutuo respeto en un proyecto común que no es otro que ese mismo convivir” (Maturana en Elizalde, 2003: 21).
- <sup>3</sup> Para mayor ilustración de cómo esa sensibilidad *fragmentarizadora* está presente en autores de gran predicamento, como el caso paradigmático de John Rawls, véase lo que este dice: “Los derechos humanos son una categoría especial de derechos, diseñada para jugar un papel especial en un razonable derecho de gentes para la época presente. [...] Los derechos humanos difieren entonces de los derechos constitucionales o de los derechos de la ciudadanía democrática o de otras clases de derechos pertenecientes a ciertos tipos de instituciones políticas tanto individualistas cuanto asociacionistas” (Rawls, “El derecho de Gentes” en Shute & Hurley, 1998: 74).

- 4 Es el caso que en las sociedades burguesas se admite, como principio operativo, la libertad de mercado (“mano invisible”) como forma de organizar la producción, reproducción y distribución de la riqueza y la vida en general. Este principio es lo que se proclama actualmente como “ninguna ideología”, como realismo, pero es, evidentemente, una opción (ideológica, política, económica, etc.) ideológica, todavía más, mítica, que se ha absolutizado.
- 5 “Los derechos naturales son derechos históricos” (Bobbio, 1991: 14). Todavía más: “Desde el punto de vista teórico he sostenido siempre, y continúo haciéndolo, que los derechos humanos, por muy fundamentales que sean, son derechos históricos, es decir, nacen gradualmente, no todos de una vez y para siempre, de determinadas circunstancias, caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes” (Bobbio, 1991: 17-18).
- 6 “El principio explicativo de lo político está definido por ser un campo de fuerzas, abierto y continuamente en transformación, donde sujetos, fuerzas sociales y actores pugnan por direccionar y transformar la orientación del proceso de toma de decisiones.// Partiendo de esta definición, la política pasa a ser una expresión sintética de las formas que adquiere la representación del poder y, por tanto, debe ser explicativa del tipo de pacto social y consenso sobre el cual se fundamentan los tipos de dominación.” (Roitman, 1996: 137).
- 7 En el mismo sentido, véase Herrera Flores ed., 2000; Gallardo, 2000; 2006.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bobbio, Norberto, 1991: *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid.
- Bourdieu, Pierre, 1999, *Meditaciones pascalianas*, Barcelona.
- Capella, Juan Ramón, 1999, *Los ciudadanos siervos*, Trotta, Madrid, 2º ed.
- Capella, Juan Ramón, 1999: *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, Trotta, Madrid.
- Elizalde, Antonio, 2003: *Desarrollo humano y ética para la sustentabilidad*, Universidad Bolivariana – PNUMA, Santiago.
- Ellacuría, Ignacio, 1995: *Filosofía de la realidad histórica*, UCA Editores, San Salvador
- Fornet-Betancourt, Raúl, 2001: *Transformación intercultural de la filosofía*, Desclée de Brouwer, Bilbao.
- Foucault, Michael, 1996: *Las palabras y las cosas*, Siglo XXI, México, 24ª ed.
- Gallardo, Helio, 2000: *Política y transformación social. Discusión sobre Derechos Humanos*, Escuela de Formación de laicos y Laicas – SERPAJ, Quito.
- Gallardo, Helio, 2006: *Derechos humanos como movimiento social*, Ediciones desde abajo, Bogotá.
- Heller, Agnes, 1999: *Una filosofía de la historia en fragmentos*, Gedisa, Barcelona.
- Hinkelammert, Franz J., 2002: *Crítica de la razón utópica* (versión ampliada y corregida), Desclée de Brouwer, Bilbao.
- Hinkelammert, Franz J., 2003: *El sujeto y la ley*, EUNA, Heredia.

Ihering, Rudolph von, 2002: *La lucha por el derecho*, Porrúa, México.

Kelsen, Hans, 1992: *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona.

Orestano, Riccardo, 1997: *Introducción al estudio del derecho romano*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid.

Roitman Rosenmann, Marcos, 1996: *La democracia de la razón*, Acción Cultural Ngobé, Panamá.

Shute, Stephen & Hurley, Susan eds., 1998: *De los derechos humanos*, Trotta, Madrid.