

# OTRAS MIRADAS DE LA JUSTICIA

Esta publicación es posible gracias al auspicio de Diakonía

Bogotá, Colombia, julio de 2002  
© ILSA- Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos  
Calle 38 N° 16-45, Bogotá, Colombia  
Tels.: 2455955, 2884772, 2884437  
Fax: 2884854  
Correo electrónico: [silsa@col1.telecom.com.co](mailto:silsa@col1.telecom.com.co)  
Página web: [www.ilsa.org.co](http://www.ilsa.org.co)

Edición: Olga Lucía Pérez  
Corrección de textos: María José Díaz Granados  
Revisión: César Paulo Díaz, Yolanda Sánchez  
Preparación editorial: Marta Rojas  
Ilustración de cubierta: Leonardo Comba  
Impresión: Dupligráficas  
Bogotá, junio de 2002

# CONTENIDO

Presentación .....	7
Operación “libertad perdurable” ¿Hacia un nuevo derecho internacional y otro orden mundial? .....	13
UPENDRA BAXI	
Justicia y ética en el momento actual de la globalización .....	33
GERMÁN GUTIÉRREZ	
Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos .....	59
BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS	
Con los lentes del género se ve otra justicia .....	85
ALDA FACIO	
Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial .....	103
RODOLFO ARANGO	
Justicia por conveniencia: emergencia y selección de reglas de distribución justa .....	123
ALEJANDRA ARMESTO	
Legitimidad, democracia consensual y constitución La Constitución de 1991 como proyecto inacabado .....	147
OSCAR MEJÍA QUINTANA	
La justicia, el derecho y el conflicto social en Colombia .....	171
JORGE CARVAJAL	
Reseñas .....	193
Reglas para la presentación de manuscritos .....	209

## PRESENTACIÓN

---

Los hechos del 11 de septiembre y la subsiguiente guerra contra el terrorismo, las globalizaciones, la ética funcional y excluyente en las políticas neoliberales, las manifestaciones de resistencia social y cultural, son las palabras claves de la coyuntura que hasta cierto punto delimitan el escenario actual. Detrás de estos conceptos subyacen diferentes concepciones de justicia y variados ejercicios del poder que tiene particular implicación en los países del Sur global, por esto el debate en torno a la justicia y el poder y su reconceptualización es central para construir alternativas y horizontes de acción. A este propósito quiere servir este número de *El Otro Derecho*.

Para éste número se logró convocar a personas que desde diferentes disciplinas y perspectivas presentaron análisis y propuestas en torno al derecho y la justicia en tres temáticas: (i) el nuevo orden mundial y las visiones de justicia global impuestas a partir de la guerra contra el “terrorismo internacional de masas” y los procesos de globalización; (ii) propuestas de comprensión de la justicia y el derecho desde perspectivas específicas como la de género, la justicia distributiva o la promoción de los derechos sociales por vía de protección judicial; y (iii) la relación entre la política, el conflicto y el derecho constitucional para el caso colombiano. Estos tres ejes de reflexión tienen como punto de referencia permanente los derechos humanos y las posibilidades de emancipación que pueden darse en el actual contexto.

La primera temática se inicia con el artículo de Upendra Baxi, investigador hindú, “Operación ‘Libertad perdurable’. ¿Hacia un nuevo derecho internacional y otro orden mundial?” El autor señala las dinámicas de transformación del derecho internacional y del orden mundial a partir de los sucesos del 11 de septiembre. Tales hechos marcan el final de los patrones hegemónicos en el monopolio del uso de la fuerza, sobre los cuales descansaba gran parte del derecho internacional moderno y genera un régimen instantáneo de derecho consuetudinario que construye la definición de “te-

rorismo internacional de masa". Las historias futuras del terrorismo se tejen en la red emergente de legalidad internacional del nuevo derecho de las naciones, que esencializa las identidades del agresor y el agredido en sociedades "bien ordenadas" o "proscritas", para marcar los escenarios en los que se desarrollarán las historias futuras de *justicia infinita*. Las nuevas gramáticas de la justicia global con sus concomitantes vinculaciones éticas y políticas emplaza a pensar, como sugiere el autor, en torno a las comunidades/derechos humanos/movimientos sociales del Sur.

Estrechamente asociado al esquema de justicia global enunciado por Baxi, se articula la confrontación de esquemas de justicia y ética que Germán Gutiérrez desarrolla en su artículo "*Justicia y ética en el momento actual de la globalización*". De un lado, el núcleo en el que se complementan el formalismo y positivismo jurídicos, la ética funcional y la ética de la banda de ladrones; del otro, una ética de la vida como fundamento de una ética de la liberación, asociado a un concepto de justicia orientado por el bien común y la aspiración a una sociedad donde quepamos todos los seres humanos, todos los mundos y todas las culturas. Los conceptos de justicia que de allí se desprenden se diferencian en que la primera es una justicia punitiva, abstracta, excluyente y de ley - cual *justicia infinita* - mientras que la segunda es crítica y criterial: no define de manera apriorística principios, normas o valores (aunque no deslegitima estos temas ni los elude), ni define qué tipo de vida hay que vivir, sino que analiza y juzga la realidad desde la negación de la vida que produce el orden positivo y se apoya para tal examen en el criterio universal material de la reproducción de la vida y en las ciencias sociales críticas. El conflicto entre estos esquemas de justicia y ética es un escenario de obligada reflexión que tiene como centro la emergencia de viejas y renovadas preocupaciones en torno a la construcción de una sociedad civil fuerte y alternativa, que se defina así misma como independiente del Estado pero también del sistema actual de propiedad privada capitalista y de mercado total.

En esta tensión se inscribe la propuesta de Boaventura de Sousa Santos con su artículo "*Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*". Partiendo de una definición de globalización más sensible a las dimensiones culturales, sociales y políticas, el autor señala que la globalización imperante no es otra cosa que un particularismo (el norteamericano y europeo) hecho universal. Tal dinámica arrolla las culturas locales (epistemicidio) e impone un patrón universal (imperialismo cultural); rasgos que en buena medida comparte la concepción imperante de los derechos humanos. En oposición, propone una concepción mestiza de éstos a manera de política contrahegemónica. La apuesta concreta es reconstituir el lenguaje de la emancipación a partir de la política de los derechos humanos en el doble contexto de la competencia global y de la legitimidad local, por un lado, y de la política de la identidad en el contexto de la fragmentación cultural, por el otro, para convertirlo en un proyecto cosmopolita. Las

condiciones para semejante transformación pasan por trascender el debate sobre el universalismo y el relativismo cultural: contra el universalismo proponer diálogos interculturales entre interlocutores al mismo nivel (isomorfismo); contra el relativismo, en el que todo igualmente vale, desarrollar criterios procedimentales interculturales para distinguir las políticas progresistas de las reaccionarias, el empoderamiento del desempoderamiento, la emancipación de la regulación. Esta es acaso la forma de arraigar en la cultura Occidental la idea de derechos colectivos, derechos de la naturaleza y de las generaciones futuras, y de los deberes y responsabilidades colectivas *vis-a-vis* entidades colectivas, bien sea la comunidad, el mundo o incluso el cosmos.

El segundo eje de discusión aborda el tema de los derechos y los criterios de asignación justos. Se inicia con el artículo de la jurista costarricense Alda Facio, "*Con los lentes del género se ve otra justicia*", quien se pregunta qué podría aportar la teoría de género que no aporta la de los derechos humanos. En su opinión, implica reconceptualizar aquello que se está analizando, en este caso hay que expandir aquello que se consideraba propiamente derecho para incluir en él, entre otros elementos, los que determinan cuándo, cómo y quién accede a la administración de justicia, así como una redefinición de lo que es la justicia que el derecho debe buscar. La perspectiva de género conlleva, además, a que se parta en el análisis de que toda acción humana impacta a hombres y mujeres de manera particular por la forma como se construyen los géneros. Por tanto, debe hacerse este tipo de análisis al estudiar cualquier fenómeno o grupo social, aunque en él no hubiera mujeres. Las críticas al derecho realizadas desde las teorías feministas cuestionan las bases androcéntricas de éste y las relaciones entre el derecho, el lenguaje y el poder que revelan su carácter patriarcal y discriminatorio. Ante las dificultades de incorporar la teoría de género al derecho, la autora propone desarrollar una disciplina o rama autónoma que se denomine *Derecho de la Mujer* y que a su juicio sería la semilla de una nueva justicia en América Latina, con perspectiva de género e inclusiva de las necesidades de las mayorías discriminadas.

Rodolfo Arango, constitucionalista colombiano, presenta en su artículo "*Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial*", un concepto de estos derechos desde la perspectiva de la teoría legal, que constituye una concepción correctiva de la justicia y contribuye a hacer posible su exigibilidad por vía judicial. El argumento central parte de considerar que hasta ahora no se ha resuelto la pregunta de si hay derechos sociales constitucionales en las constituciones democráticas modernas porque se carece de un concepto suficientemente evolucionado de los derechos subjetivos. La objeción de que los derechos sociales son indeterminados y, por lo tanto, son sólo directrices políticas, es enfrentada por el autor a partir de la tesis de que estos derechos se inscriben más en el ámbito de la justicia compensatoria que en el de la distributiva, lo que es compa-

tible con la función correctora del control constitucional y cercana a una concepción integrada como lo prescribe la Conferencia de Viena.

Paralela a esta propuesta, Alejandra Armesto, investigadora argentina, inquiera sobre la forma en que se distribuyen los beneficios y las cargas de la cooperación social. En su artículo "*Justicia por conveniencia: emergencia y selección de reglas de distribución justa*" intenta responder dos preguntas: ¿Bajo qué condiciones puede esperarse la emergencia de arreglos distributivos justos? y ¿qué factores explican la selección de ciertos arreglos y no de otros? La aproximación analítica a estos problemas se aborda mediante la articulación del plano normativo, para identificar esquemas de distribución justa y el plano de la teoría positiva, para explicarlos. Al no suponer imparcialidad en los móviles de los individuos que diseñan los arreglos distributivos ni en las reglas que finalmente seleccionan, examina en consecuencia tres reglas de distribución de los bienes de consumo privado producidos colectivamente -utilitarista, igualitarista y meritocrática, así como las ventajas-desventajas colectivas e individuales que proporcionaría la operación de cada una de ellas.

Por último, se aborda la problemática del derecho constitucional y su relación con la política y el conflicto social colombiano. El filósofo Oscar Mejía Quintana en su artículo "*Legitimidad, democracia consensual y constitución*", aborda desde el marco normativo de la filosofía política y jurídica la Constitución Nacional de Colombia de 1991 y pone en cuestión el carácter emancipatorio que se le ha asignado. En su opinión, las figuras del Estado social de derecho y de la democracia participativa fueron espejismos jurídicos que reemplazaron el consenso político requerido por el conflicto colombiano y en su lugar se impuso -en términos de Buchanan y el neocontractualismo- la lógica de los vencedores sobre la de los vencidos. Infiere el autor, a partir de los planteamientos de Habermas, que el texto constitucional debe concebirse normativamente, pues es un proceso en construcción que reta a la ciudadanía a mantenerlo abierto y al juez constitucional a conciliar la Carta con los requerimientos de la ciudadanía.

Esta historia de desencuentros y asaltos constitucionales no es nueva, tal como lo ilustra el artículo "*La justicia, el derecho y el conflicto social en Colombia*" de Jorge Carvajal, investigador del equipo de ILSA, que hace un recuento crítico de los intereses y las lógicas que se dieron en torno al espacio constitucional colombiano entre 1850 y 1991, en particular en la implementación tanto de los derechos civiles y políticos como de los sociales y económicos. En el último periodo el conflicto colombiano no encuentra alternativas reales en las iniciativas normativas, la política deviene en mera técnica de control que desplaza los compromisos sociales del Estado para darle paso al esquema neoliberal y los movimientos sociales se dispersan y desarticulan en este escenario de exclusión y represión. No obstante, el autor señala que la Constitución del 91 trazó las líneas para la recomposición y transformación del Estado colombiano en un Estado social y demo-

crático de derecho, pero que corresponde a los movimientos y grupos sociales construir estrategias que hagan exigibles estos derechos en espacios jurídicos tanto como políticos y que conjuguen elementos de solidaridad, deliberación y acción en ámbitos locales, nacionales e internacionales.

Visto el conjunto de los artículos de esta revista nos persuadimos de su pertinencia. La actual dislocación entre derecho y justicia nos reta a construir alternativas al esquema impuesto a todo el continente. Desde ILSA creemos que esta construcción pasa necesariamente por reconceptualizar la democracia y la justicia, de tal forma que el debate en torno a ellas lleve a precisar su contenido actual y la redistribución general de las cargas y beneficios en nuestras sociedades. Dinamizar el desarrollo de una concepción de lo jurídico fundada en los derechos colectivos y a realizar por el protagonismo de las fuerzas democráticas puede ser uno de los aportes de esta publicación.

*Olga Lucía Pérez P.*

Editora

# Operación “libertad perdurable” ¿Hacia un nuevo derecho Internacional y otro orden mundial?\*

UPENDRA BAXI\*\*

TRADUCIDO POR LIBARDO JOSÉ ARIZA



Los hechos del 11 de septiembre del 2001, y sus consecuencias, marcan el comienzo del final de patrones hegemónicos del monopolio de la fuerza sobre los que gran parte del derecho internacional moderno/contemporáneo “descansa”. Dichos eventos han roto las nociones westphalianas sobre legalidad internacional y visiones del orden mundial. Primero, las hazañas representativas de la diplomacia global se encaminan a producir un consenso resiliente, no totalmente efímero, para “justificar” una “guerra” global contra el “terrorismo”. Segundo, una sociedad global “en red”, genera derecho internacional “de red”. Tercero, esto implica un nuevo tipo de entrecruce de órdenes de soberanías estatales, en donde agencias nacionales, regionales y globales se entrecruzan para crear inusuales, y cambiantes, pero “vitales” alianzas estratégicas.

La posibilidad de una voz subalterna yace en el enunciado de una perspectiva tercer mundista sobre justicia global que nos ayuda a juzgar la ética del discurso de la guerra global contra el terrorismo. La visión de un mundo emancipado de las prácticas de la política de la crueldad, actos de terror estatal y de actores no estatales, constituye un espacio resurgente para la política de la esperanza humana.

---

\* Este ensayo ha sido de larga elaboración. Inicialmente presentado en el Seminario del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de Goa (septiembre 12, 2001) y en el Seminario de la Escuela de Economía de Delhi, Departamento de Sociología (septiembre 14, 2001), ahora está basado en un discurso inaugural, Osgoode Law Scholl (octubre 13, 2001) “Conferencia sobre el Tercer Mundo y el orden internacional: derecho, política y globalización”, actualmente en publicación en la edición inaugural del *Third World and International Law (TWIL)*, volumen 1, número 1 (2002, Kluwer). Agradezco las amables invitaciones del profesor Peter de Souza (Goa), del doctor Deepak Mehta (Delhi) y de Obiora Okfor y Karin Mickelson (Osgoode Conference). La presente versión [en imprenta: Warwick Electronic Journal on Globalization, Development, and Justice, 2002] revisa este último texto.

\*\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Warwick. Profesor visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad de New York. Exvicepresidente de la Universidad de Delhi. Su libro más reciente es *El Futuro de los Derechos Humanos*, Nueva Delhi, Universidad de Oxford, 2002.



The tragic cruelty of September 11, 2001, and its still unfolding aftermath, marks the beginning of the end of hegemonic patterns of the monopoly of force on which much of modern/contemporary international law “rests.” Such critical events have disrupted the extant Westphalian notions of international legality and visions of world order in many ways. First, performative feats of global diplomacy now aim to produce a resilient consensus, not entirely ephemeral, providing “justifications” for a global “war” against “terrorism.” Second, a “network” global society now generates “network” international law. Third, all this entails a new kind of networking of orders of state sovereignties, where a large number of national, regional, and global agencies crisscross to fashion unusual, even extraordinarily shifting, yet “vital” strategic alliances.

If the possibility of a subaltern voice exists at all, it lies in the enunciation of a Third World perspective on global justice that helps us to judge the ethics of the new discourse of a global war against terrorism. The vision of a world emancipated from catastrophic practices of the politics of cruelty, acts of terror by state as well as non-state actors, constitutes a resurgent space for the politics of human hope.

## Introducción

No cabe duda de que las visiones de los ordenamientos mundiales –y del rol del derecho internacional– permanecen inalterablemente transformadas por los eventos catastróficos del 11 de septiembre de 2001, y por la actual respuesta de la “comunidad internacional”. Tal vez este periodo será renombrado y recontado como una señal del punto de giro del derecho internacional posmoderno.

Sólo podemos hablar a estos sucesos críticos (en el sentido que Lyotard otorga) como se despliegan ante nuestros propios ojos, desde nuestra propia infelicidad situacional. El lecho de Clío<sup>\*\*\*</sup>, el desapego que sólo la distancia puede traer, no es para nosotros el regalo del tiempo. Tenemos que esforzarnos, lo mejor que podamos, para dar sentido a los actuales acontecimientos, en medio de siempre amenazantes formas de imposición de traumático sufrimiento humano. Este esfuerzo es necesario, especialmente en un entorno global naciente en donde abunda lo que Habermas tempranamente denominó “comunicación sistemáticamente deformada”.

Los grandes riesgos narrativos que se corren al escribir sobre el 11 de septiembre y sus repercusiones no deben ser minimizados, ni siquiera bajo las masivas imposiciones inhibitorias surgidas del contexto “o están con nosotros o con ellos”. Los riesgos son suficientemente reales y éstos no

---

\*\*\* El autor se refiere a la musa griega Clío que representa a la historia. Ésta, junto con las demás musas, forman un coro del cual Apolo Musageta, dios de la poesía, es el corifeo. Generalmente se representa coronada de laurel y con un libro en su mano izquierda (N. del T.).

son sólo los que fluyen de las estratagemas cuidadosamente ideadas para silenciar cualquier discurso crítico. Los riesgos van más allá de cualquier construcción no-adversarial del discurso ético que habla a las tareas de la justicia humana bajo condiciones y contextos de terror en formas que, al tiempo que son respetuosas de experiencias reales de sufrimiento humano las traduce, con completa integridad, a la labor de concebir futuros justos y humanos. Por medio no únicos, los riesgos y las tareas necesitan ser emprendidos/representados, a la manera de Sísifo\*, en cada generación, procurando preservar los frágiles y difícil ganados "enclaves de justicia" entre la destrucción real y virtual de las "circunscripciones de justicia" (Stone, 1999). Los riesgos narrativos, al traducir biografías individuales a textos sociales, y textos de poder a textos por la justicia, palidecen dentro de la insignificancia cuando son puestos contra el fondo de siempre proliferantes estrategias y estratagemas justificatorias, en todos lados, para las prácticas de políticas de crueldad en masa.

La crueldad trágica del 11 de septiembre, y el apacible desenvolvimiento de sus secuelas, marca el comienzo del final, en formas como nunca antes *decisivas*, de los patrones hegemónicos del monopolio de la fuerza en el que "descansa" gran parte del derecho internacional moderno/contemporáneo. Los actores no-estatales han demostrado una habilidad impresionante aun para mostrar al "superpoder" solitario eminentemente vulnerable. Muchos estados en el Sur –aunque no solamente estos Estados– han sido sometidos casi constantemente al "terrorismo" de masa, sin importar cómo ha sido construido.

Lo que hace del 11 de septiembre conmovedoramente inaugural es que clava el terror en el corazón mismo de la primera ciudad global del mundo y ataca además al poderío del Pentágono, exponiendo al hegemónico superpoder solitario de la posguerra fría a agudas crisis de racionalidad nerviosa. Así, inicial y comprensivamente, conduce a políticas masivas de justicia, histeria y venganza, lo que necesita ser traducido de alguna forma en una renovación radical de los lenguajes admitidos del derecho internacional de autodefensa, seguridad colectiva y paz mundial. Necesariamente esta traducción queda, por decirlo así a la labor del tiempo, aceleración provocativa de la historia futura de la humanidad.

Igualdad soberana de todos los Estados, incluyendo los fuertes, ahora también significa igualdad en la vulnerabilidad estatal; dicha vulnerabilidad, además, comienza a operar como una fuente de fortaleza. Ya están en su sitio nuevas formas de articular la legitimación del poder global: el patriotismo global del Norte –una especie de versión neo-kantiana

---

\* En la mitología griega Sísifo (*Sisyphus*, sabio) es el rey y fundador de Corinto. Después de morir, es castigado en el infierno. Su castigo es subir una gigantesca piedra desde la base hasta la cima de una montaña; al alcanzar la cima, la piedra rueda hasta la base y así Sísifo debe repetir su tarea eternamente. (N. del T).

globalizante de “cosmopolitismo”, ahora en elaboración trae consigo devoción ciudadana a la “guerra contra el terror”, y la división aguda y siempre creciente entre ciudadanos “globales” y seres humanos “violentos” y “proscritos”. Una nueva guerra fría parece estar elaborándose, en la que el “patriotismo constitucional” (para evocar el régimen de expresión de Jürgen Habermas) se esforzará, nuevamente, para justificar la reproducción global de “personas sin derechos” en servicio de “nuestro” futuro común.

## Transformaciones de la legalidad internacional

Los eventos críticos trastornan las nociones westfalianas\* de legalidad internacional, y las visiones del orden mundial en muchas maneras precipitadas.

Primero, las proezas performativas de la diplomacia global ahora intentan producir un consenso elástico, no enteramente efímero, proporcionando “justificaciones” para una “guerra” global contra el “terrorismo”. Por más de un cuarto de siglo (desde 1972, cuando la Asamblea General posicionó al “terrorismo” como un asunto mayor para el Sistema de las Naciones Unidas) los Estados, mientras que retóricamente condenan al terrorismo, han fracasado en producir un consenso operativo en torno a su definición (Obote-Odora, 2002). Ahora, tan sólo en una noche, las objeciones hechas de manera juiciosa para la producción cooperativa de una definición internacional de terrorismo se desvanecen ante nuestros propios ojos; lo que presenciamos hoy es la emergencia de un régimen instantáneo de derecho consuetudinario que está construyendo la noción de “terrorismo internacional de masa” y un repertorio de sensibilidad global “apropiada”<sup>1</sup>.

Segundo, no es de sorprendernos que una sociedad global en “red” ahora produzca derecho internacional en “red”. La guerra es contra redes de terror, actores involucrados de muchas nacionalidades diferentes, dis-

---

\* El autor se refiere a las negociaciones y acuerdos celebrados en las poblaciones de Münster y Osnabrück en la región de Westfalia, que en 1648 dieron fin a la guerra europea de los Treinta Años. Como resultado de la Paz de Westfalia, se reconoció la total soberanía de los Estados miembros del Imperio Romano, la independencia de Holanda, el control sueco del Báltico, así como la soberanía de los príncipes alemanes. Igualmente, se confirma la paz de Ausburg que garantiza la tolerancia religiosa a los luteranos y la extiende a los calvinistas. De esta forma se abandona la antigua concepción de un imperio católico de Europa, y se establece la estructura esencial de la Europa moderna como una comunidad de Estados soberanos. (N. del T.).

<sup>1</sup> Debemos cualificar la descripción “derecho consuetudinario instantáneo” haciendo referencia a dos convenciones especiales: la Convención Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas (1997), que entró en vigor el 23 de mayo de 2001 (con 25 partes, fuera de los 58 signatarios, en el segundo incluyendo a Estados Unidos), y la Convención para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999 (aun no en vigor). En cierto sentido, el actual acuerdo casi universal relativo a la descripción del ataque a la Ciudad Global (New York) y al Pentágono, y las medidas para suprimir los recursos financieros de las redes de terrorismo señalan la emergencia de una costumbre “incipientemente” fundada en los tratados.

persos a lo largo de muchos territorios estatales y en el "espacio de circulaciones"<sup>2</sup> que constituye una característica definitoria de la globalización. La "guerra" global contra el terror es una guerra contra agentes y agencias desterritorializados, escasamente reconocidos como *sujetos*, ni siquiera como *objetos* de derecho internacional. Es también una naciente red necrofilica de terrorismo "antráxico", sin importar de cuántas formas sea descrito como "endógeno" o "exógeno"; una encarnación verdaderamente catastrófica de un "mundo sin fronteras".

Tercero, todo esto afianza un nuevo tipo de trabajo en red de órdenes de soberanías estatales, donde un gran número de agencias nacionales, regionales y globales se entrecruzan para formar inusuales alianzas estratégicas, aunque extraordinariamente cambiantes, todavía vitales. Si queremos entender las historias futuras del terrorismo en la relación con la globalización (especialmente en términos de accesibilidad a tecnologías de violencia masiva y de "militarización de la etnicidad"<sup>3</sup>) y con las desigualdades estructurales de la producción y el intercambio global, ésta es una "guerra" que muy probablemente continuará por generaciones, levantando un completo menú de preguntas acerca de las políticas y los asuntos de derecho internacional difíciles de manejar. Aquí las nombro al azar, completamente consciente de que invitan a una incesante reformulación doctrinal/normativa.

- ¿Cómo, y a través de qué procesos de producción de normatividad legítima de derecho internacional, debe construirse la noción de "terrorismo internacional de masas"? ¿Es el terrorismo transfronterizo que afecta a dos Estados un aspecto del "terrorismo internacional de masas"? Si es así, ¿qué regímenes de deberes generales y específicos se generan para la comunidad de Estados, y para el superpoder solitario propenso a proseguir acción policial unilateral? ¿Qué deberes supone para el Sistema de las Naciones Unidas?
- ¿Cómo reelaboramos/recontextualizamos las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad en relación con el uso de tal fuerza? ¿Es el "daño" colateral en actos de autodefensa un litigio inter-

<sup>2</sup> Hardt y Negri observan, con una perspicacia casi profética, que "lo que estamos presenciando hoy es un proceso de constitución material del orden planetario, la consolidación de la maquina administrativa, y la producción de nuevas jerarquías de mando sobre el espacio global." (Hardt y Negri, 2000: 19) Ellos llegan al corazón de la situación actual cuando describen el "concepto jurídico" del imperio como incluyendo "un derecho que es afirmado en la construcción de un nuevo orden que envuelve todo el espacio de lo que considera civilización, un ilimitado espacio universal; y...una noción de lo bueno que abarca todo el tiempo dentro de su fundación ética. El imperio agota el tiempo histórico, suspende la historia, y reúne el pasado y el futuro dentro de su propio orden ético. En otras palabras, el imperio presenta su orden como permanente, eterno y necesario." (11) Véase además la nota 8, *infra*, para el "espejo de producción" de un espacio jurídico singular y único.

<sup>3</sup> Un término utilizado primero por Donald Horowitz (1985).

nacional que acarrea deberes de restitución, reparación y rehabilitación? ¿De qué manera debemos rediseñar el actual régimen de silencios dentro del trabajo en curso de la Comisión de Derecho Internacional, dirigido a la progresiva recodificación de los principios del derecho internacional que gobiernan la responsabilidad del Estado?

- Cuando estas redes de terror están concentradas en territorios de Estados soberanos, ¿el uso de la fuerza contra el Estado en turno lo convierte en Estado “víctima”? El Estado “víctima”, entonces, configurando aquí como un receptor de acción militar unilateral o colectiva, ¿es titular del derecho de autodefensa contra las redes de acción “policial” del terrorismo global? ¿Cuál podría decirse que son el alcance y la naturaleza de este derecho?
- Cuando los escenarios de actos terroristas están autorizadamente localizados (en términos de dirección y control, o *cercos sociales*) en el territorio especificado de un Estado soberano, ¿se prolonga el derecho de autodefensa a la acción militar selectiva contra “objetivos” especificados sin que se requiera el consentimiento del Estado?
- ¿Qué medios pacíficos y de debido proceso son permitidos como forma de agotamiento de los recursos locales en el combate contra actos de terrorismo de masas a Estados/pueblos sometidos a acciones “colectivas”, bien sea “apenas” o “densamente” disimuladas, de amenaza de autodefensa o uso de la fuerza?
- ¿Se extienden los actos de autodefensa “apenas” o “densamente” disimulados a la reestructuración del gobierno en Estados que, se podría decir, ayudan/encubren a redes de terror? Si es así, ¿cuáles principios de derecho internacional y jurisprudencia de derechos humanos podría decirse que surgen?
- ¿Qué deberes se originan bajo el derecho internacional humanitario para aliviar y rehabilitar los éxodos colectivos/masivos? ¿Podrían los Estados vecinos con justicia “sellar” sus fronteras durante el ejercicio de la autodefensa individual/colectiva?
- ¿Cómo podemos desarrollar en este aspecto normas nodiscrecionales que compelan deberes de asistencia internacional para el desarrollo/rehabilitación de poblaciones humanas actualmente expuestas a la destrucción de órdenes individuales y colectivos por daño/herida/mutilación a sus proyectos de vida actuales/potenciales?
- ¿Existe un derecho colectivo de autodefensa de los Estados “víctimas”, cuando los ataques terroristas producen un daño preponderante a un único Estado?
- ¿En cuáles situaciones las redes de terror podrían ser asimiladas a los principios que gobiernan la responsabilidad del Estado? ¿Cómo

podemos construir las categorías de "ayuda" y "encubrimiento", de manera igualitaria, no discriminatoria, para inspirar los potencialmente periódicos, ahora casi endémicos, estatutos del "buen gobierno"?

- ¿Se aplica el derecho de guerra a la "guerra" contra el terrorismo? ¿Cómo podemos reajustar el recientemente adoptado Estatuto de la Corte Penal Internacional?
- ¿Cómo podemos construir un orden legal internacional que desenganche las represalias contra acciones de "terrorismo internacional en masa" de su re-descripción potencial como constitutivas de terrorismo de Estado/ONU hegemónico, individual o colectivo? Éste, en mi opinión, es un asunto de singular importancia en cualquier supuesta, o real lucha contra las acciones del "terrorismo internacional de masas" (Rushdie, 2002).

Estas preguntas necesitan, por supuesto, ser estratégicamente silenciadas –como sucede ahora– en el velatorio de los episodios actuales de "terrorismo internacional de masas". Aun cualquier acercamiento significativo a la renovación de los patrones de la legalidad internacional, incluso al "derecho" global, advierte un cercano emplazamiento de éstos, y relacionados, asuntos. Aun cuando no constituye ninguna propiedad de sus actos de libre elección normativa, de esta manera las personas legales del temprano siglo XXI cristiano quedan dotadas/cargadas con un nuevo y completo *programmschrift*\*. Mucho de lo que queda del futuro de los derechos humanos (Baxi, 2002a)<sup>4</sup> dependerá de la osadía con la que aborden esta agenda.

---

\* En alemán, "programa escrito". (N. del T.).

<sup>4</sup> En el contexto posterior al 11 de septiembre, las leyes y medidas terroristas se han materializado a escala mundial; parece existir una pelea competitiva para hacerlo "mejor". Ya, en muchas partes del Sur (pero no solo allí) cualquier disidencia o protesta contra su naturaleza draconiana, hasta ahora impensable en tiempos de paz, es considerada como anti-nacional, al ser anti-global. La globalización de la seguridad interna y transnacional, medidas de ley y orden, invitan a las labores de una "etnografía global", al estilo ejemplar de *Global Ethnography: Forces, Connections, and Imaginations in a Postmodern World*, (Buraway, 2000). La actual oleada mundial de leyes y medidas antiterroristas incluye la detención preventiva prolongada/pre-juicio; tribunales secretos, sumarios o militares; debido proceso abreviado, y rigurosas sentencias imperativas, incluyendo la pena de muerte. El "largo alcance siniestro" de las "máquinas estatales anti-terroristas" ha llegado a tal punto, incluso la Unión Europea está contemplando la orden de arresto amplia para toda la Unión como "un arma poderosa... de ninguna manera limitada a la emergencia terrorista que le ha dado vida" sino que se extenderá de manera incipiente a "crímenes" tales como el "racismo", "xenofobia" y "estafa". Como está propuesta, podría rutinariamente extenderse a "cualquier crimen que acarree una condena de 12 meses o más". Al respecto véase Hugo Young (2002:18) En suma, es este "largo alcance siniestro" de la respuesta mundial de seguridad, el que plantea un gran reto a la hasta ahora no tan frágil vitalidad febril y fuerza moral de las culturas de derechos humanos en todo el mundo. Mary Robinson, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha resaltado los retos de esta manera: "Nadie debería subestimar las dificultades que plantea tratar al terrorismo bajo el Estado de derecho. Como ciudadana de Irlanda, ciertamente yo no lo hago. Los derechos humanos internacionales y los estándares

## Causalidad y agenciamiento

La red emergente de legalidad internacional continúa basada en la ontología del Yo (violado) y el Otro (agresor). Esta dicotomía inicial, sin embargo, resulta indecorosamente problemática. La problemática aquí permanece equipada por la elección de formas (privilegiadas) de representación colectiva del agresor y del Yo violado.

Las víctimas del World Trade Center comprendían diversas nacionalidades, incluyendo personas del Sur, igualmente enfrentadas a la mutilación trágica. Si construyésemos el Yo violado como *un variado, multitudinario lugar de daño*, entonces ningún Estado podría de manera colectiva personificar no-dialógicamente al Yo violado. Hay lugar para una profunda controversia acerca de los procesos “dialógicos” que confirieron a la acción militar contra el régimen Talibán en Afganistán su naturaleza y alcance. Por razones de espacio no trato esta controversia aquí. Si uno, no obstante, adopta una completa posición habermasiana (o casi de algún modo extiende la noción rawlsiana de “consenso traslapado” a las esferas interestatales), hay –es necesario admitir– de cualquier manera, lugar para la argumentación perturbadora.

Sí, por el contrario, construyéramos el Yo violado como señalando el nacimiento global instantáneo de una profundamente atrincherada comunidad localizada/“glocal” en términos de la mutilación del World Trade Center y en relación con el Pentágono, podría emerger como característicamente Americano, la territorialidad constituye aquí la “esencia” de la representación. Esto sigue siendo profundamente problemático. Nada en principio ligado a la territorialidad, como bien lo sabemos por ahora, autoriza representaciones del Yo manifiestamente colectivas, a pesar del exceso de presunciones conceptuales “colectivas” que marcan el nacimiento de las prácticas de “notrosidad” globales o globalizadas.

¡El Otro agredido se convierte en un verdadero cuerno de la abundancia! Sabemos, por la experiencia de historias de terrorismo no-estatal, que mientras algunos actos permanecen reconocidos con el poder de la autoría, muchos permanecen amorfamente anónimos. En la última situación, el Otro agresor tiene que ser hecho legible por medio de actos “legítimos” de construcción social global.

Este asunto de legibilidad/legitimidad puede ser resuelto con un grado de autenticidad moral que reconozca el agenciamiento anónimo de la

---

humanitarios permiten cierta flexibilidad en emergencias pero los estándares se siguen aplicando y deben ser defendidos... Los Estados ha construido esmeradamente los estándares internacionales. En estos tiempos difíciles para los derechos humanos deberíamos estar presenciando una fuerte afirmación de estos estándares. Si no es así, estamos creando un peligroso precedente que seguramente vendrá a perseguirnos.” Véase, <<http://www.independent.co.uk/story.jsp?story=115264>>.

(Agradezco al Profesor Burns Weston por atraer inicialmente mi atención a esta importante declaración.)

"otra" red agresora, o puede ser resuelto por la representación dramatúrgica del poder hegemónico global. Esto se convierte en un reino extremadamente complejo y contradictorio en aquellas situaciones que re-escriben la negación explícita del "denominado" Otro agresor en actos de afirmación/adscripción de autoría colectiva de terrorismo internacional de masas. La cuestión aquí, más allá del juego del poder, permanece definida como una aporía derridiana indefinible<sup>5</sup>, o una lyotardiana *differend* (hablándonos de la inconmensurabilidad de los discursos) (Lyotard, 1998) en el sentido de *adscripción de la autoría de un evento/suceso terrorista más allá de la intención "original"*, sin importar cómo uno pueda situar la ética del terrorismo en general o en una circunstancia específica de terrorismo internacional de masas.

El Estado no-pos/pre-pos modernista o los actores de la sociedad civil pueden pensar que la cuestión de identificación no es en realidad *para nada* indecible o no es *tan* indecible. Ellos típicamente piensan en el lenguaje de la *causalidad*; puesto de otra forma, el asunto se refiere a modos de identificación del origen del agenciamiento de acciones de "terrorismo internacional de masa", aun enfrente de la negación/impugnación por parte de los agentes causados. Como respuesta a los actuales sucesos de terrorismo, los autores de decisiones estratégicas necesitan, por supuesto, replicar a lo que (en el sentido aristotélico) constituye la causa "inmediata" en lugar de la "eficiente", en tanto que las "justificaciones" de las representaciones del terrorismo hacen énfasis en la causa eficiente o "raíz". La retórica global en la "guerra" contra el terrorismo internacional de masas necesita estar con un pie a cada lado de esta dialéctica de la causalidad; "caminar con dos piernas" es, por supuesto, la actual respuesta retórica. Esto es, esta "guerra" es a la vez inmediatista y futurista; una "guerra" tanto contra la causalidad inmediata y estructural del terrorismo internacional de masas –como es revelado/expuesto por el discurso del foro Davos/New York y por el intrépido apéndice del primer ministro británico Tony Blair, en el sentido de acto de *lectura* del empobrecimiento en el África Subsahariana y en otras partes de este nombrado/innombrable ancho mundo– como una permanente invitación al Norte para que haga por lo menos un algo indeterminado que prevenga la traducción/desbordamiento de los actos contemporáneos de injusticia global en actos de terrorismo masivo dirigidos contra el Norte. Esta clase de discurso, a pesar de ser instrumental, tiene el mérito de poner en primer plano las hasta ahora inefectivamente reconocidas tareas de justicia global, por lo menos para la remoción por parte del Norte de las causas de la iniquidad estructural global.

Volviendo a la causalidad, el problema obstinado de equivocación/error moral permanece. Lógicamente, debemos conceder que aquellos que

<sup>5</sup> Véase la iluminante discusión sobre "The political limits of logic and the promise of democracy" en Richard Beardsworth (1996).

de alguna forma “justifican” el terrorismo internacional de masas y aquellos que lanzan invectivas y actúan contra él pueden, además, quizá igualmente, estar moralmente equivocados de distinta manera en su dominio de la causalidad. Las redes contemporáneas de terror que incitan a la *jihad* contra Estados Unidos, sin importar como sea descrito, pueden estar moralmente equivocadas (tanto como la opinión global “ilustrada” piensa que están), por lo menos porque los sufrimientos de las personas no son completa ni exclusivamente causados por el “imperialismo”, y dado que en un análisis más profundo pueden más bien ser, inmediata y eficientemente, causados por sus distintos órdenes de soberanía corrupta, sin importar qué tan cómplice sea el imperialismo global (Rushdi, 2002; 18).

Por la misma razón, debemos admitir que la extraordinaria movilización a lo largo del mundo de las clases medias globalizadas después del 11 de septiembre permanece actualmente ideada como evadiendo esta lógica. Los rótulos retóricos construidos oficial y políticamente, con extraordinaria felicidad, aquéllos que erigen tal lógica como “terrorista”, sugieren que el culto de afirmar de manera inmediata las causas identificadas es la única forma de combatir efectivamente la red/hegemonía del “terrorismo internacional de masas”. Esto plantea la cuestión: ¿Cómo podemos des-/re-enganchar la *propagación ideológica del “terrorismo internacional de masas” de/con la actual autoría de acciones de terrorismo y de la éticamente basada conducta/lucha global contra éstos?*

Dado el hecho –y la potencialidad– de “redes” de terror que descentralizan y desenganchan jerarquías en ejecución, incluso en planificación, de tales actos, las posibilidades –casi probabilidades– de que uno se equivoque incluso en la identificación de los agentes/ejecutores inmediatos del terrorismo internacional de masa resurgen obstinadamente. La cuestión ha surgido, aun dentro de comunidades epistémicas de autores de decisiones estratégicas, en cuanto a cómo pueden ser trazadas líneas claras en la “persecución en caliente” para la identificación de redes de terror. Habiendo nombrado al gobierno Talibán sobre Afganistán como un lugar de terrorismo internacional de masas, después de masivos y más bien feroces ataques aéreos contra su territorio y población, ¿tienen entonces derecho (y si es así con qué tipo de justificación) a llamar a los territorios de los Estados B, C, D (en la actual situación Filipinas, Malasia, Sudán, Irak y ahora incluso Irán) y otros Estados como zonas de operación hostil de “contraterrorismo” que exigen masiva, y cuando menos “necesaria”, acción militar unilateral por parte de Estados Unidos? Si la insignia/señal del origen del terrorismo permanece constituida por la fabricación y la potencialidad de usar armas de destrucción masiva, ¿dónde, en verdad, puede uno éticamente trazar las líneas claras del Norte/Sur en esta esfera? No totalmente a propósito podemos preguntar si estas prácticas de “denominar”/atribuir el domicilio, bien sea por elección o necesidad, a las naciones del sur encubren la emergencia de nuevas formas de neocolonialismo en un llamado mundo globalizado.

Este discurso actual de las comunidades epistémicas estatales desgraciadamente equivale a la reaparición de la alta y correctamente, desacreditada "teoría del efecto dominó" usada para justificar la intervención norteamericana en la guerra de Vietnam, con igualmente, posiblemente más, impactos desastrosos en el comportamiento de la política mundial. Puesto de otra forma, ¿está siendo convertido, nuevamente, todo el mundo del Sur en un campo de batalla contra el terrorismo de masas, sobre la noción de una causalidad que se rehúsa a trazar líneas y fronteras sensibles en la "guerra" contra el terrorismo?

Esta red de derecho internacional, nuevamente-emergentemente global, al final del actual día cruel, "esencializa" las identidades del agresor y del Yo agredido, en un discurso neo-rawlsiano en el que sociedades de personas bien ordenadas permanecen declaradas en permanente hostilidad contra los pueblos "proscritos" (Rawls 1999)<sup>6</sup>. Para pertenecer a la sociedad global de los pueblos bien ordenados, los Estados tienen ahora el deber de "ponerse de pie y hacerse notar". Los Estados que fallan en hacer tal cosa quedan inevitablemente designados como "auxiliadores" y "encubridores" del terrorismo y, uno tras otro, incitan a su re-descripción como "pueblos proscritos".

No obstante, los regímenes "auxiliadores" y "encubridores" aparecen en el discurso contemporáneo como inevitable y eurocéntricamente demarcados; las bases geofísicamente concentradas del terrorismo internacional de masas autorizan actos de guerra a toda escala; redes dispersas de apoyo al terror (en las finanzas internacionales y en los mercados bancarios, por ejemplo) necesitan ser manejadas con amable, casi graciosa, persuasión. Las fallas de los Estados del Sur en "afrontar" el terrorismo invitan a la beligerancia; las fallas de los Estados del Norte simplemente requieren política estatal reflexiva; el primero constituye el reino del castigo, el último el reino de la disciplina.

Este discurso inaugural marca la producción de nuevos contextos para la producción de políticas de crueldad internacional, dirigidas contra agencias/agentes de terror "causalmente"/casualmente identificados, y de regímenes concertados de respuesta "global". Las comunidades epistémicas no-estatales (redes globales de solidaridad de derechos humanos y comunidades del Nuevo Movimiento Social) necesitan recobrar su inocencia/incoherencia inicial en el despertar del 11 de septiembre y sus repercusiones, si quieren mantenerse en el "negocio" (así, contra toda *nostalgia*, todo es capturado ahora en las imágenes del mercado/negocio) de hablar acerca de las posibilidades de futuros justos y humanos.

---

<sup>6</sup> La situación actual no fue precisamente anticipada por este dotado filósofo, pero su insistencia en que las personas de sociedades bien ordenadas tienen una obligación común de usar la fuerza, cuando la persuasión falla, proporciona un referente justificatorio para la coalición global contra el "terrorismo internacional de masas".

## Hacia un nuevo orden de obligaciones consensuales interestatales

Esta concepción en red del nuevo derecho de las naciones, actualmente en elaboración encarna una nueva versión de la igualdad soberana de los Estados; este valor es presentado como si estuviera bajo amenaza, y se dice ahora que un deber común de los Estados emerge; un ataque terrorista contra un super poder hegemónico es representado como la epítome del peligro que corre la base misma del derecho internacional contemporáneo e incluso la “civilización” humana. Nuevas epistemologías, nuevos “vocabularios finales” –en el irónico estilo que Richard Rorty da a sentido pragmático y sensibilidad– (Rorty 1989) *faute de mieux*, están ahora en elaboración, en formas que favorecen tanto como amenazan los valores envueltos de la doctrina de la igualdad soberana de los Estados, los derechos humanos y mucho más.

Este nuevo orden de deberes concretos “consensuales” parece hacer odiosas distinciones entre el primer, segundo (o lo que queda de él) y el Tercer Mundo: el primero siempre arriba, por decirlo así, “agarrado” por las pautas de un superpoder hegemónico<sup>7</sup>. Los horizontes hermenéuticos del Tercer Mundo, de entendimiento de la producción estructural de terror global, ahora necesitan ser ajustados estructuralmente en términos de la construcción euro-americana preferida.

La “guerra contra el terrorismo” está cuidadosamente cultivada/fabricada sobre una *amnesia génesis*: los discursos relativos a las inmediatas/próximas, así como finales, causas del terrorismo permanecen expuestos a la acusación inmediata de ser de manera global “políticamente incorrectos”. Las distinciones están siendo re-elaboradas (aún antes del 11 de septiembre, en el lugar dialógico de la Conferencia de Durban de las Naciones Unidas) entre las formas históricas del “terrorismo internacional de masas” (esclavitud, *apartheid*, racismo, colonización y guerra fría) y sus nuevas formas.

En las nociones hegemónicas de terrorismo actualmente constituidas, la *única* historia relevante para la acción global es la historia con una fecha específica: el 11 de septiembre de 2001. Un nuevo orden de políticas de memoria global aparece ahora velozmente inaugurado. Pero las luchas por visiones de un orden mundial más igualitario y cosmopolita tienden a resistir, en la suerte y en la desgracia, este “nuevo historicismo” en la construcción del terrorismo internacional de masas.

Y esta amnesia génesis marca una distinción incipiente entre las representaciones del “terrorismo internacional de masas” y el terrorismo

<sup>7</sup> Lea Brilmayer desarrolla la temática de una “teoría liberal de la hegemonía internacional” en formas que pueden justificar, con toda la concomitante complejidad y contradicción ética/normativa, la “intervención hegemónica” (1994: 153-166, 176).

transfronterizo geopolíticamente localizado. Este último, por lo menos por ahora, permanece sujeto a construcciones diferenciales de legalidad/ilegalidad internacional. El vigor ontológico de la *Realpolitik* ya está mutando esta distinción, por ejemplo, por la extensión a las Filipinas o Malasia de las misiones de búsqueda y destrucción "pos"/co- Afganistán<sup>8</sup>. Esta celebración de la guerra contra el terrorismo debe leerse como dirigida a hacer el Norte menos vulnerable al terrorismo que el Sur porque las historias y narrativas del terrorismo tienen orígenes políticos y sociales más profundos que aquellos que las escrituras del 11 de septiembre y sus secuelas podrían sugerir. La actual enfermedad de la "guerra contra el terrorismo" cumple sus propósitos y persecuciones cuando lee en el ataque al World Trade Center y al Pentágono la historia *completa* de los orígenes del terrorismo de la posterior a la Segunda Guerra Mundial y a la guerra fría. Existen, en verdad, otras historias del "terrorismo" y "contraterrorismo".

### ¿Hacia un nuevo multiculturalismo global?

Las formas contemporáneas de movilización de los nuevamente instalados discursos sobre el terrorismo internacional traen consigo el respeto a las formas del multiculturalismo que sirven, primariamente, al libre flujo del capital global. Esto último es simbolizado por la figura arquetípica del primer ministro británico tomando un descanso para leer el santo Corán, para luego autorizadamente proclamar que el "terrorismo islámico" constituye un oxymorón impío. Pocos estarán en desacuerdo. Pero la desvinculación de los grupos étnicos y las civilizaciones de las construcciones del "terrorismo internacional de masas" agrega simultáneamente valor a la lógica y a los lenguajes del multiculturalismo, pluralismo y derechos humanos contemporáneos, así como a los programas estatales de seguridad interna. Los colectivos –aunque en conflicto– intereses del capital global en la "guerra contra el terrorismo global" no requieren elaboración, dado su poder manifiesto para perturbar los procesos contemporáneos de globalización económica.

Esta "guerra" es pues presentada como históricamente necesaria. Pero es difícil, incluso en el momento de la actual vicisitud, ignorar la relación entre las formas del multiculturalismo y el capitalismo global; Zizek nos guía a la idea de que: "La relación entre el colonialismo imperial tradicionalista y la autocolonización capitalista global es exactamente la misma que la relación entre el imperialismo cultural y el multiculturalismo".

Aún más, el respeto multiculturalista por la especificidad del Otro es la misma forma de construir la superioridad de uno mismo de tal modo que las prácticas del multiculturalismo pueden significar "una no declarada, autoreferencial forma de racismo, un racismo con distancia..." (Zizek 1999:216).

---

<sup>8</sup> Los medios operacionales así adoptados reviven algunas de las cuestiones que señalamos en la Sección II de este ensayo.

Por estas razones, la diplomacia sobre esta “guerra” es en verdad agonizante, y no sólo para sus principales exponentes: el multiculturalismo es la religión cívica de la globalización y la guerra diplomática (como el desventurado primer ministro italiano alabando las tradiciones judeo-cristianas por ser más hospitalarias a la “democracia”, al “derecho” y al “buen gobierno” pronto, poco convincentemente, descubrió) puede no explícitamente contravenir los términos de conducta euro-americanos del “racismo a la distancia”.

La operación Justicia Infinita/Libertad Perdurable es un complejo –casi extraordinario– registro de representaciones. Es extraordinario porque está representado *no* como una guerra contra pueblos; *tampoco* como una guerra contra una comunidad de fe; es más bien una “guerra de regeneración”, en la que las principales tradiciones religiosas del mundo tienen que ser interpretadas secularmente en el sentido de prohibir el uso del terror para hacer una declaración de derechos humanos o justicia global. Cómo puede ser esto presentado a personas profundamente piadosas que consideran a los “secularistas” posmodernos como “satánicos”, plantea profundos problemas para la construcción de los modelos preferidos del multiculturalismo global.

## El ajustamiento estructural de las doctrinas de la guerra justa

Todo esto prepara el camino para la enunciación de una nueva doctrina de la “guerra justa” en los días alciónicos de la globalización. Los actos terroristas son presentados como un ataque al corazón de la globalización, concebida como el “libre flujo del espacio”; el “terrorismo” desordena la civilización global ocasionada por la acumulación flexible posfordista, por medio de la cual el capital global crea y mantiene patrones de división internacional del trabajo completamente nuevos (Waters, 1995: 65; 96; Lash y Urry, 1994) y socava las muy alabadas relaciones entre el desarrollo y la libertad (Sen, 1999). Las personas, persuadidas correcta o equivocadamente para pensar de otro modo, permanecen negadas de cualquier voz auténtica.

Pero las premodernas (pero por esta razón *no menos* cruciales) tradiciones discursivas de la “guerra justa”, en sus encarnaciones políticas, teológicas y seculares, incluyen no sólo la búsqueda de *objetivos justos* sino también de *medios justos* para alcanzarlos<sup>9</sup>. En una lectura de “buena fe”,

<sup>9</sup> “El concepto tradicional de guerra justa envuelve la banalización de la guerra y su celebración como un instrumento ético: ambas fueron ideas que el pensamiento político moderno y la comunidad internacional de Estados han rechazado resueltamente. Las dos características han reaparecido en nuestro mundo posmoderno; por una parte, la guerra es reducida a acción policial, y por la otra, el nuevo poder que legítimamente puede ejercer funciones éticas a través de la guerra es sacralizado” (Hardt y Negri, 2000). No abordo aquí el importante asunto de los “medios justos”; esto supone un

el discurso actual de la política de los deseos intergubernamentales parece –no obstante inquietantemente– encuadrarse en las dos dimensiones. La despersonalización de la alta tecnología de los medios y modos de lanzar violencia/violación masiva da fuerza de ley al divorcio entre los objetivos justos y los medios justos para alcanzarlos. Y, necesariamente, lo primero debe permanecer rebatido, aun en este radical mundo posmoderno que al final del día, de manera cruel y poco escrupulosa, mantiene indicadores/medidas de derechos humanos diferentes de la negación del valor del derecho a la vida según se trate del Norte o del Sur.

## Globalización y terrorismo

No obstante, la acción internacional concertada tiene un potencial ambivalente para la globalización económica contemporánea. Está claro que emergerán nuevas formas de producción de cooperación social global dirigidas a combatir redes globales de criminalidad. Así, por ejemplo, la guerra fiscal y monetaria contra la criminalidad global organizada ahora adquiere una grata prominencia. Pero este actual *programmschrift* de la acción global sigue incomodado estructuralmente por los patrones definitorios cruciales de la globalización económica contemporánea, “basada en el creciente movimiento de personas, ideas, capital y objetos dentro y entre lugares” (Smith 2000). No está claro, entonces, cómo la anarquía de la hiper-realidad de la banca internacional y de los mercados financieros puede ser re-regulada en una época de desregulación, de manera tal que distinga entre el acceso “legítimo” y “terrorista” a redes instantáneas de transacciones internacionales, al estilo de *La Hoguera de las Vanidades* de Tom Wolfe, en acciones, bonos y monedas (Harvey, 1991: 293-295)<sup>10</sup>.

---

examen más cercano que el que este ensayo permite de los estándares de razonabilidad y proporcionalidad establecidos por el derecho internacional del ejercicio del poder militar de Estados Unidos en las actuales operaciones. Tampoco puedo abordar las estrategias “justificadoras” que son instrumentales para la elaboración de los “medios justos”, excepto para decir, privado de análisis más cercanos que, bajo el existente régimen normativo del derecho internacional, un asombrosamente enorme *onus probandi* cae pesadamente sobre Estados Unidos, y el “aliado”, todavía ininterrumpido, uso de la fuerza militar. Las justificaciones postfacto del uso masivo de la fuerza, aquellas que invocan el “buen gobierno” (en términos del retorno al “Estado de derecho”, a la “democracia” y a la reanimación del lema “Los derechos de las mujeres son derechos del hombre”), necesitan ser descifradas –un ejercicio admitidamente complejo y contradictorio– en el contexto del deshacer (durante la última fase de la guerra fría) de la política y sociedad afgana contemporáneas. No someto a prueba este aspecto aquí; tampoco analizo las políticas actuales de ayuda y asistencia global en términos de la reconstrucción globalizada del poder constituyente, por el cual me refiero a la proeza del constitucionalismo económico global, puesta en contra de los “motines del millón” que, en la suerte y en la desgracia, están por venir, no sólo local sino globalmente (Negri, 1999).

<sup>10</sup> Bauman, en su obra *Globalization: The Human Consequences* (1998:66-67), recuerda la estimación de Rene Passant, quien calcula que “las transacciones intermonetarias puramente especulativas alcanzan un valor total de \$1'300 billones por día, cincuenta veces más grande que el volumen de los intercambios comerciales y casi igual al total de \$1'500 billones al que ascienden todas las reservas

No aparecen a la vista perspectivas de regulación efectiva del mercado mundial de armas (cercanamente monopolizado por los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad) que finalmente abastece a la maquinaria más crucial del terrorismo. Los intentos de regulación de la bio-guerra permanecen inmóviles y congelados dentro de las historias legales de vida de los veteranos de guerra de la generación del agente naranja. Aún hoy, los discursos contruidos por el Estado del Norte sobre el “terrorismo internacional de masas” no hablan de los fallidos regimenes de tratados dirigidos a la prohibición de la guerra biológica y bacteriológica. La re-nuclearización del mundo, marcada por la renuncia unilateral por parte de Estados Unidos del Tratado de Misiles Anti Balísticos (ABM), habla con voces distintas, en esta guerra contra el terrorismo internacional, a la pavorosa perspectiva de autoayuda nuclear por grupos/formaciones no estatales.

Entender la globalización en el siglo XXI supone captar al Estado como una “máquina de guerra nómada”<sup>11</sup> (en términos de Deleuze y Guattari). Fallará entonces en servir su propósito manifiesto al ignorar los vínculos entre el tráfico de armas organizado e ilícito.

Además, la “guerra contra el terrorismo” depende en gran medida de la renovación de los órdenes mundiales capitalistas dominantes en el sentido de combatir la corrupción y el soborno tanto en casa como en el extranjero. Un mundo a salvo del “terrorismo internacional de masas” significará además una configuración del orden mundial que seriamente se ocupe del mal fundamental presente en los asuntos defensivos, en el tráfico de armamento, en la movilización de los carteles de drogas, en el lavado de dinero, y en el desecho de productos y desperdicios tóxicos (incluyendo los nucleares) en el Sur, sin tener en cuenta los objetivos de seguridad, de política exterior, de “desarrollo” y del “buen gobierno”. Manuel Castells describe esto agudamente, aunque no en estos términos precisos, como la “economía criminal global” (Castells, 1998: 166-205) Hasta ahora no está claro como todo esto puede ser logrado dentro de los más intensos mandamientos de las teologías del neoliberalismo.

La coalición global contra el “terrorismo internacional de masas” sólo tiene sentido histórico en términos de la re-democratización de las maneras euro-americanas de hacer política nacional. Las nociones de terrorismo invitan a la re/de construcción en términos de la “irresponsabilidad organizada” y la “impunidad organizada” (para incluir el régimen de expresión favorito de Ulrich Beck (1992; Baxi, 2000), de los actores múltiples de la globalización contemporánea que son dirigidos preeminentemente

---

de todos los bancos nacionales. Ningún Estado... puede por lo tanto resistir más que unos pocos días las presiones especulaciones del mercado.

<sup>11</sup> El Estado, como una “máquina de guerra difusa y polimorfa” es un *nomos* muy diferente del “derecho” que inventa “la máquina de guerra, como un nómada, el sueño abolicionista y la realidad” (Deleuze y Guattari, 1987: 360-385).

por las corporaciones transnacionales. A pesar de no ser conveniente para el discurso actual, aquellos vectores de humanidad violada desde Bopal a Ogoniland, y más allá, construyen la estructuración del "terrorismo internacional de masas" de manera profundamente diferente a los significados actualmente en construcción. Podrían estar conjuntamente equivocados en esto; las nuevas enseñanzas de libertad que esta guerra acomoda y simboliza tienen que ser dirigidas por lo menos a explicarles el error ético de sus formas de pensamiento.

## Concepciones de justicia global

La actual producción carnavalesca del discurso de la nueva "red" de derecho internacional, nos conduce a una nueva etapa de "retórica" y "furia" en la producción del derecho internacional contemporáneo (Mickelson, 1998).

Es "nueva" por lo menos en el sentido de que reúne posibilidades características de articulaciones nacientes de la posibilidad de una justicia global. No de manera sorprendente la globalización contemporánea ha marginalizado este discurso. En la medida en que le ha prestado atención, el resultado (totalmente no deliberado en el caso del gentil y buen John Rawls) ha sido la distinción entre "sociedades bien ordenadas" y su otro, las "sociedades proscritas", con sus concomitantes vinculaciones éticas (Rawls, 1998: 112-120) y los austeramente, y magros y pobres, construidos "deberes de asistencia" rawlsianos debidos por los pueblos bien ordenados a los pueblos "menos" bien ordenados (Jones, 1999). Este discurso naciente sobre la justicia global está a la espera de las tareas de deconstrucción foucaultiana. Por ejemplo, no está claro si en la Segunda Posición Original (necesaria para construir una teoría de la justicia de las relaciones internacionales o, más importante aún, un derecho de los pueblos rawlsiano) las partes/pueblos contratantes racionales y razonables pueden suscribir los actuales principios de la presente guerra contra el "terrorismo internacional de masas". No es además abundantemente autoevidente por qué los nacionales (en el actual escenario los pueblos/personas individuales euro-americanos) pueden decir que tienen obligaciones moralmente altruistas de asistencia amplia a no-nacionales<sup>12</sup>. Pero la "guerra" contra el terrorismo es simplemente inconcebible, aun éticamente insensible, fuera de/sin una articulación de aproximaciones a la justicia global que impongan representaciones/realizaciones de deberes moralmente altruistas, que procedan de personas co-nacionales a personas no-nacionales. Esto, a su turno, invita a todo un nuevo y difícil discurso sobre la moral por acuerdo (Gauthier, 1986; Donaldson, 1989: 155-163).

<sup>12</sup> Por supuesto, es posible una versión más generosa del "principio de la diferencia" al nivel de la justicia global: véase, por ejemplo, Charles Beitz (1979) y Thomas W. Pogge (1989). Yo he articulado mis dificultades con el género de la teoría de la justicia global en mi presentación en Baxi (2002b).

Todo esto emplaza a labores de reflexión por parte, por lo menos, de las comunidades/derechos humanos/ movimientos sociales del Sur, que hasta ahora no se vislumbran ni siquiera como un simple bosquejo. *Esto*, no la presencia ontológica de una “guerra” expansiva contra el terrorismo, constituye el actual infortunio global.

Igualmente vigente, y relacionada, permanece la tarea de revisitar la distinción entre injusticia e infortunio, memorablemente enunciada por Judith Shklar (1990).

Los eventos del 11 de septiembre no fueron contruidos como un “infortunio” sino como una “injusticia”. La política pública proactiva es la respuesta a situaciones de injusticia; por el contrario, su traducción al lenguaje del infortunio trae como respuesta la política pública reactiva. El alcance de la acción colectiva, pública y social, y de sus universos de empatía y solidaridad, se expande y encoge dependiendo de la forma como sean trazadas las líneas claras entre las dos.

Por ejemplo, la Cumbre Mundial sobre la Alimentación y el Plan de Acción, instituye sistemas de seguridad para el derecho a la alimentación, y promete acción global concertada para reducir el hambre y la desnutrición de 8.000 millones de personas en los próximos quince años. Este discurso ciertamente no caracteriza la situación de los millones de personas hambrientas a lo largo del mundo como una *injusticia* sino que la percibe como un *infortunio* que debe ser atendido con “toda la rapidez deliberada”. Poco más o menos lo mismo puede decirse de la declaración de la Conferencia de Estambul sobre el derecho humano a la vivienda y albergue. La declaración de la Asamblea del Milenio de las Naciones Unidas, en una retórica no diferente, ahora propone reducir para el año 2015 la miseria humana global, medida por “la proporción de las personas del mundo cuyo ingreso es inferior a US\$1 por día”, aquellos que “sufren de hambre”, y aquellos “que son incapaces de acceder, o costear, agua potable segura”<sup>13</sup>.

Esta “noble” retórica de “realización progresiva” de los regímenes de los derechos humanos económicos, sociales y culturales encumbra traducciones similares. Bhopal y Ogoni-land representan, en el discurso dominante, situaciones de *infortunio* no de *injusticia*. Los *infortunios* (hasta aquí narrados) invitan al ritmo glacial de la diplomacia global; la *injusticia* emplaza a la “guerra contra el terrorismo”.

La cuestión no es si la distinción que debemos trazar entre la *injusticia* y el *infortunio* es inevitable en un *mundo no ideal*; el asunto se refiere a actos y circunstancias de justicia al trazar las distinciones; la enmarcación de las gramáticas de justicia vinculadas a la asignación de eventos trágicos –al uno o al otro– refleja el marco de la geografía del infortunio y la injusticia. Si existe alguna posibilidad de una voz subalterna, ésta yace en la enunciación de la perspectiva del Tercer Mundo sobre la justicia global, que nos

---

<sup>13</sup> El texto completo se encuentra en: <http://www.un.org>.

ayuda a juzgar la ética del nuevo discurso de la guerra global contra el terrorismo, actualmente denominado "Operación Justicia Infinita/ Libertad Perdurable".

La visión de un mundo emancipado de las prácticas catastróficas de la política de la crueldad, de los actos de terror del Estado así como de actores no estatales, simboliza un espacio renaciente para la política de la esperanza humana. La tarea, sin embargo, yace en prevenir que se convierta en el temprano pero más persistente peligro del siglo XXI cristiano.

## REFERENCIAS

- BAUMAN, Zygmunt (1998), *Globalization: The Human Consequences*, Cambridge, Polity.
- BAXI, Upendra (2002a), *The Future of Human Rights*, Delhi, Oxford University Press.
- (2002b), *The Failure of Deliberative Democracy and Global Justice*. En prensa.
- (2000), "Mass Torts, Multinational Enterprise Liability, and Private International Law", en: *Recueil des Cours* 276, The Hague, Martinus Nijhoff.
- BECK, Ulrich (1992), *The Risk Society*, London, Sage.
- BEARDSWORTH, Richard (1996), *Derrida & The Political*, London, Routledge.
- BRILMAYER, Lea (1994), *American Hegemony: Political Morality in a One-Superpower World*, New Haven, Yale University Press.
- BURAWOY, Michael *et al.* (2000), "Global Ethnography: Forces, Connections, and Imaginations in a Postmodern World", Berkeley, University of California Press.
- CASTELLS, Manuel (1996), *The Rise of Network Society*, Oxford, Blackwell.
- (1998), *The End of Millennium*, Oxford, Blackwell.
- DELEUZE, Giles y Felix GUATTARI (1987), *A Thousand Plateaus: Capitalism and Schizophrenia*, Minneapolis, The University of Minnesota Press.
- DONALDSON, Thomas (1989), *The Ethics of International Business*, Oxford, Oxford University Press.
- GAUTHIER, David (1986), *Morals by Agreement*, Oxford, Oxford University Press.
- HARDT, Michael y Antonio NEGRI (2000), *Empire*, Harvard, Harvard University Press.
- HARVEY, David (1991), *The Condition of Postmodernity*, Oxford, Blackwell.
- HOROWITZ, Donald (1985), *Ethnic Groups in Conflict*, Berkeley, University of California Press.
- JONES, Charles (1999), *Global Justice: Defending Cosmopolitanism*, Oxford, Oxford University Press.
- LASH, Scott y John URRY (1994), *The Economies of Sign and Space*, London, Sage.
- LYOTARD, Jean François (1998), *The Differend: Phrases in Dispute*, Minneapolis, University of Minnesota Press.
- MICKELSON, Karin (1998), "Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Law," in: *Wisconsin International Law Journal*, Volume 16, 353.

- NEGRI, Antonio (1999), *Insurgencies: Constituent Power and Modern State*, Maurizia Boscagli (trad.), Minneapolis, University of Minnesota Press.
- OBOTE-ODORA, Alex (1999), *Defining International Terrorism*, Murdoch University Electronic Journal of International Law. <[http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v6n1/obote-odora61\\_text.html](http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v6n1/obote-odora61_text.html)>
- POGGE, Thomas (1989), *Realizing Rawls*, Ithaca, Cornell University Press.
- RAWLS, John (1999), *The Law of Peoples*, Cambridge, Harvard University Press.
- RORTY, Richard (1989), *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge, Cambridge University Press.
- RUSHDIE, Salman (2002), "Anti-Americanism has taken the World by Storm," en: *The Guardian*, February 6, 2002.
- SEN, Amartya (1999), *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press.
- SHKLAR, Judith (1990), *Faces of Injustice*, New Haven, Yale University Press.
- SMITH, Eve Dorian (2000), "Structural Inequalities in the Global System," en: *Law & Society Review*, Volume 34, No. 3.
- STONE, Julius (1996), *Human Law and Human Justice*, Sydney, Maitland Publications.
- WATERS, Malcolm (1995), *Globalization*, 1995, London, Routledge.
- YOUNG, Hugo (2002), "European Justice Demands the Glory of British Liberty," en: *The Guardian*, February 5, 2002.
- ZIZECK, Slavoj (1999), *The Ticklish Subject: the absent centre of political ontology*, London, Verso.
- Nomos XL1: Global Justice; Ian Shapiro & Lea Brilmayer (eds.), New York, New York University Press.

# JUSTICIA Y ÉTICA EN EL MOMENTO ACTUAL DE LA GLOBALIZACIÓN

GERMÁN GUTIÉRREZ\*



En el contexto actual de la globalización encontramos una tensión que, si bien no agota todo el espectro de las complejas relaciones entre justicia y ética, juega a nuestro parecer un papel decisivo. Se trata de la confrontación de un esquema de ética y justicia propio del sistema de globalización, y un esquema de ética y justicia proveniente de las diversas resistencias a dicho orden imperial. El primero configura un núcleo complementario entre el formalismo y el positivismo jurídicos, la ética funcional y la ética de la banda de ladrones; el segundo esquema articula una ética de la vida como fundamento de una ética de la liberación asociado a un concepto de justicia orientado por el bien común y la aspiración de una sociedad donde quepamos todos los seres humanos y todos los mundos y las culturas. Desde este enfoque, las tareas éticas y de justicia se articulan a la lucha por la defensa de los derechos humanos y por la transformación de las estructuras de exclusión promovidas por el orden neoliberal globalizado. Integran una dimensión mundial expresada en espacios como el Foro Social Mundial, demandan proyectos de nación y se encarnan en procesos locales de reconstrucción de las relaciones sociales desde lógicas y racionalidades alternativas. A partir de este punto de vista, ética y justicia desde los excluidos constituyen la base de una acción transformadora que, en el contexto actual, se hace posible en los espacios locales y de región, aunque apunta a horizontes mayores en tiempo, espacio y cultura.



In the current context of globalization, we find a tension that, although it does not exhaust the entire spectrum of relationships between justice and ethics, in our opinion plays a decisive role. It deals with the confrontation between a scheme of ethics and justice characteristic of the current system of globalization and a

---

\* Sociólogo, filósofo e investigador del Departamento Ecuménico de Investigaciones (DEI) de San José, Costa Rica. Correo electrónico: gerloi@correo.co.cr

scheme of ethics and justice originating from the diverse forms of resistance to this imperial order. The first shapes a complementary nucleus of legal formalism, legal positivism, functional ethics and the band of thieves ethic; the second scheme formulates an ethic of life as a basis for an ethic of liberation, which is associated with a concept of justice that is oriented by the common good and the hope for a society where we love all human beings and all worlds and cultures.

From this perspective, ethical and justice-based tasks are connected to the struggle for the defense of human rights and for the transformation of the structures of exclusion promoted by the globalized neoliberal order. They integrate a global dimension expressed in spaces such as the World Social Forum, they ask for nation-building projects and are embodied in local processes of the reconstruction of social relations from alternative logic and rationales. From this point of view, the ethics and justice of the excluded constitute the basis for transformative action, which in the current context is made possible in local and regional spaces, although it points to greater horizons in time, space, and culture.

## Introducción

La expansión del capitalismo liberal a nivel mundial encontró en el siglo XX tres obstáculos importantes: el socialismo histórico, la derrota del colonialismo con la consiguiente emergencia de un nacionalismo desarrollista en el Tercer Mundo, y el llamado Estado social de bienestar. Estos movimientos de resistencia al liberalismo económico no impidieron el proceso de expansión de las relaciones capitalistas en el mundo, pero lograron regular y, en cierto sentido, redireccionar las tendencias globalizantes de la economía. Pueden entenderse como fuerzas que establecieron, sobre las tendencias del sistema económico, límites políticos importantes en el campo de la concertación social y política de las clases y naciones, y también en las relaciones internacionales. En ese contexto surgieron las Naciones Unidas y toda una institucionalidad y legislación internacional de carácter progresista (a pesar de su ineficacia).

No obstante, el conflicto entre la expansión capitalista en el mundo y los nuevos escenarios de intervención social y política de la economía, se mantuvo latente. De manera que a finales del siglo XX, tales proyectos entraron en franca crisis, al tiempo que se fortalecieron los sectores más agresivos y expansionistas del capital internacional. Así fue posible un relanzamiento de la expansión global capitalista. Una nueva estrategia de globalización fue tomando forma desde los años 60 y se impuso ya en los años noventa.

Recientemente, la estrategia de globalización ha experimentado un cambio sensible. De haber sido impuesta mediante mecanismos internacionales económicos (deuda) y políticos (presión de los organismos internacionales) combinados con gobiernos militares o democracias militarizadas en

nuestras naciones, hoy esa estrategia se endurece con mecanismos políticos y militares de alcance planetario, impuestos unilateralmente por la única superpotencia imperial: Estados Unidos. La respuesta dada por el gobierno de Bush a los atentados del 11 de septiembre puso en evidencia tendencias que ya venían manifestándose, pero que tras el atentado terrorista toman fuerza y se manifiestan de manera cada vez más clara.

El fracaso del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) y la emergencia del movimiento anti-globalización, pusieron en evidencia que profundizar la estrategia de globalización requería de instrumentos adicionales y se hacía necesario reforzar la estrategia con fuertes componentes de carácter coercitivo, incluso de tipo militar (paso del mercado total al poder total).

La pretensión del capital y el Estado norteamericano de asumir el liderazgo de la nueva configuración de poder mundial expresa el paso de una época de imperialismos hacia una época de Imperio. La quiebra de las economías asiáticas –producto de manipulaciones financieras– puso en evidencia que tras los acontecimientos económicos se estaban desarrollando estrategias geopolíticas tendientes al debilitamiento de los países asiáticos incluido Japón. Tanto en la guerra del Golfo como en la de Kosovo, el poder norteamericano cumplió un rol hegemónico indiscutido entre las superpotencias. En este caso fue notable el modo como impuso a Europa la guerra, y provocó de manera abierta a China (al bombardear su embajada) y a Rusia (al bloquear el paso de sus submarinos). La respuesta norteamericana al atentado contra las torres demostró que esa postura no era ya una tentativa, sino un hecho al cual el mundo debe responder. Esto significa que entramos poco a poco en un nuevo mundo en el cual se erige un solo poder mundial a cuyas iniciativas hay que adherirse o someterse si se quiere evitar una agresión total por parte del mega-poder.

La guerra antiterrorista se ha convertido en el recurso pretendidamente legitimador de este nuevo poder que emerge. A la destrucción de Afganistán sigue la del pueblo palestino y su lucha por la independencia, la autonomía y el territorio, y amenaza ahora a Irak. Esta política de exterminio (como lo refleja la masacre de Jenin) muestra lo que espera a toda oposición o disidencia en cualquier lugar del planeta, ya que la guerra antiterrorista ha definido su enemigo de una manera tan amplia que bien podría decirse que incluye a todo aquel que no acepte las decisiones del gran poder, independientemente del contenido de ellas. Este nuevo contexto augura un recrudecimiento de la violencia especialmente en todas aquellas regiones, naciones o movimientos sociales y políticos que impugnan la estrategia de globalización y el entreguismo de las élites de la región. En nuestro continente sobresalen los casos de Colombia, Venezuela, Argentina y Cuba, pero en cada nación sobresalen actores específicos (movimiento sin tierra en Brasil, movimiento indígena en Ecuador, etc.).

En América Latina, este nuevo momento de la estrategia de globalización se manifiesta de una manera clara. Anuncia un intervencio-

nismo mucho mayor que el conocido hasta el presente<sup>1</sup>, anuncia un aumento del militarismo en el continente, mediante el Plan Colombia y el Plan Puebla Panamá. El Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA) –un auténtico proyecto de control de las economías y recursos naturales de la región por parte del capital estadounidense–, se presenta como el siguiente paso de la inserción de América Latina a la globalización. El ALCA incluye las medidas propuestas por el AMI y el control privado de los recursos naturales del hemisferio (incluida el agua y la biodiversidad). El significado de este nuevo momento de la estrategia de globalización es, en principio, la mayor amenaza contra los derechos humanos en el continente, especialmente los económicos, sociales y culturales<sup>2</sup>.

## Justicia y ética en el contexto actual

Hace apenas unos días la OEA suscribió un acuerdo antiterrorista impuesto por el gobierno de Estados Unidos, proclamado como el “primer” acuerdo regional de este tipo, lo que augura que se esperan acuerdos similares en las diversas regiones del planeta. No debemos olvidar que este acuerdo obedece a un posicionamiento global asumido por el gobierno de Estados Unidos tras los atentados del 11 de septiembre, posicionamiento estratégico que se sitúa en el marco de una nueva guerra planetaria cuyo primer nombre de pila fue, en relación con el tema que nos ocupa, “justicia infinita”.

Si de lo que se trata es de esta “justicia infinita”, entonces tenemos ya la pista de un primer tipo de justicia que no podemos dejar de tomar en cuenta en nuestro mundo actual: la justicia justiciera (revenge) del poder, que de antaño conocemos en todos nuestros países de Estado de derecho, pero que ahora es planetaria, divinizada (como toda infinitud), y aplicada de manera planificada (!). Este concepto de justicia tiene una larga tradición y puede decirse que constituye un paradigma presente en toda cultura. Se trata de una justicia punitiva, de ley y de exclusión.

Pocos meses después del 11 de septiembre se desarrolló en México la Cumbre de Monterrey, auspiciada por la ONU, a fin de tratar el tema de pobreza y desarrollo. Se trataba para muchos de poder integrar en el orden mundial actual otro tipo de justicia por muchos llamada distributiva, incluyente, de cooperación con los grupos humanos y las naciones que atraviesan por profundas crisis económicas y de sobrevivencia. El resultado fue prácticamente nulo. Más aún, dicho evento reafirmó otro de los escenarios globales posteriores al 11 de septiembre: una exclusión total de los movi-

---

<sup>1</sup> Como lo revela el fallido golpe de Estado contra el gobierno de Chávez en Venezuela, orquestado por el gobierno norteamericano.

<sup>2</sup> Aunque no sobra recalcar que el alcance de las amenazas depende también de las respuestas que los pueblos, las organizaciones sociales y las comunidades puedan articular a nivel continental, en los espacios nacionales, en las regiones y también en los municipios, como pudo notarse en Ecuador, en Argentina y más recientemente en Venezuela.

mientos sociales, las ONG y las Iglesias que se hicieron presentes allí a fin de influir un poco en las discusiones y decisiones de los grandes poderes y de los gobiernos del Tercer Mundo. Mención especial merece el tratamiento dado a Cuba y Venezuela en tal Cumbre, como señales de lo mismo. No hay lugar en el esquema de poder actual a proyectos de vida y sociedad que no se sometan al poder del nuevo Imperio. Todavía más. En dicha Cumbre se condicionó todo minúsculo apoyo a la lucha contra la pobreza, al cumplimiento de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción por parte del gobierno y la nación demandantes de ayuda.

Justamente con relación a estos condicionamientos, coinciden en la misma coyuntura dos situaciones bastante ilustrativas. La primera, el tratamiento totalmente contrario a las declaraciones básicas de los DDHH que reciben en Guantánamo los prisioneros de la primera acción (Afganistán) de la nueva guerra infinita (global y “perpetua”). La segunda, la quiebra de Enron, una de las más grandes empresas norteamericanas, saqueada literalmente por un selecto grupo de inversionistas y ejecutivos estrechamente asociados a la administración Bush. A propósito de la corrupción, tampoco hay que olvidar el carácter fraudulento de las elecciones norteamericanas en el año 2001, mediante las cuales fuera elegido G. Bush Jr. como presidente de los Estados Unidos de Norteamérica.

Estamos pues en presencia de un contexto en el cual la forma predominante de la justicia desde el punto de vista del poder se revela nihilista y cínica, ya no frente a un esquema de valores “humanista”, sino frente a los propios valores de la Modernidad tales como derechos humanos, Estado de derecho, derecho internacional, universalismo del concepto, etc.

En torno a los elementos que nos suscitan estas imágenes de la coyuntura, en uno de sus polos se articula la problemática de la justicia en nuestro mundo actual y en nuestro continente. Estrechamente asociado a este esquema básico de justicia se articulan dos conceptos o paradigmas de ética, también de larga tradición, pero de gran actualidad, que han sido reformulados por los teóricos sociales en los últimos dos siglos: primero, la llamada ética funcional, formulada por Adam Smith, desarrollada por Max Weber y explicitada por Friedrich Hayek y, segundo, la ética de la banda de ladrones como fundamentación última de la inevitabilidad de las normas de justicia en una sociedad, que hace presencia marginal en toda la historia del pensamiento occidental, pero que no por ello deja de ser uno de los mayores paradigmas éticos de esta cultura.

En contradicción con esta fuerte tendencia global, nos encontramos con una expansión planetaria de la precariedad, la carencia, el deterioro del entorno natural de nuestra vida humana, y la creciente destrucción de los vínculos intersubjetivos e institucionales de sociabilidad que exacerbaban en nuestras sociedades los conflictos por la sobrevivencia, la violencia, la inseguridad, el deterioro de nuestras coordenadas existenciales espacio-temporales, la desesperanza cuando no la insensibilidad y el cinismo. Des-

de estas condiciones de creciente precariedad de la vida humana, emergen el grito y las demandas de justicia, bien común y solidaridad de la mayoría de la población, sus movimientos y organizaciones sociales, políticas, de género, generacionales, étnico-raciales, eclesiales, etc. Se trata de la expresión de una ética de la vida (otro paradigma ético muy distinto a los anteriormente señalados) que reivindica otro tipo de justicia y también de infinitud (plenitud humana).

El conflicto entre estos esquemas de justicia y ética (entre la ética funcional y la de la vida, entre la ética de la banda de ladrones y la del bien común, entre la justicia punitiva, abstracta, excluyente y de ley, y la justicia como modo de convivencia inclusiva y solidaria) es un escenario de obligada reflexión, aunque no agota otras dimensiones necesarias del problema de la relación entre ética y justicia, y de los conflictos reales que enfrentan nuestras sociedades.

## **La ética funcional y la justicia en el pensamiento de Adam Smith**

En *The Theory of Moral Sentiments*, Adam Smith analiza las acciones morales y sus determinantes (históricos, sociales, naturales y cuasi-trascendentales), y formula un sistema moral que descansa en cuatro grandes tipos de virtudes: la prudencia (cuidado de los asuntos propios), la justicia (cuidado de que las acciones no dañen a otros), la benevolencia (interés desinteresado por la suerte y felicidad de otros) y el dominio de sí (control de todo tipo de pasiones naturales). Se trata de la reflexión en una época en la cual aún no se da la separación plena entre teoría social y teoría moral, en las cuales se sitúa una teoría de la justicia.

Sin embargo, el esquema de Smith puede reducirse. En su sistema moral, la benevolencia no es necesaria para la vida de la sociedad, como sí lo es la justicia. Veamos algunas de sus expresiones más significativas al respecto:

...aunque entre los diferentes miembros de la sociedad no hubiera amor y afecto, la sociedad, aún menos feliz y agradable, no necesariamente se disolvería. La sociedad puede subsistir entre hombres diferentes, como entre diferentes mercaderes, a partir de un sentimiento de su utilidad, sin amor o afecto mutuos; y todavía podría ser sostenida por un mercenario cambio de buenos oficios de acuerdo con un valor acordado...La benevolencia, por lo tanto, es menos esencial para la existencia de la sociedad que la justicia. La sociedad puede subsistir, aunque no en el estado más confortable, sin benevolencia, pero la prevalencia de la injusticia tiene que destruirla completamente. (Smith, 1986: 85-86)

...la benevolencia es el ornamento que embellece, no el fundamento que soporta el edificio...la justicia, por el contrario, es el principal pilar que mantiene en pie todo el edificio. Si éste es removido, la inmensa fábrica de la sociedad humana...debe en un momento desmoronarse en átomos (86).

¿Y qué es justicia para Smith? “Las más sagradas leyes de justicia...son las leyes que salvaguardan la vida y persona de nuestros vecinos; le siguen las que resguardan la propiedad y las posesiones; por último las que guardan lo que llamamos los derechos personales, como cumplir las promesas [léase contratos]” (84).

Aquí justicia es, como toda justicia de ley, negativa, coactiva, abstracta y formal. A pesar de afirmar la prohibición de matar, justicia no se relaciona con la reproducción de la vida de todos los miembros de la sociedad (consideración sustantiva o “material”)<sup>3</sup>, sino con el mantenimiento del orden dentro del cual los seres humanos luchan por reproducir su vida.

Por su parte, la búsqueda de la mejora de condición (interés propio) –principal tarea de la prudencia para Smith– y el autodomínio, autocontrol o dominio de las pasiones (que tiene que ver con el control de las pasiones intensas e inmediatas, en vistas a las apacibles pero más fuertes por lo duraderas, como la paciencia y el ascetismo necesarios para el éxito del ahorrador), son las dos virtudes subjetivas más importantes. La primera es el verdadero motor del desarrollo social y de los individuos; la segunda es la conducción más eficaz de aquélla. Ambas son necesarias si una sociedad quiere vivir y desarrollarse. Una sociedad sin interés propio o “deseo de mejora de condición” (términos amables del egoísmo mandevilliano) se derrumba en el largo plazo por falta de industriiosidad.

De este modo, puede comprenderse que para el escocés, una vez definidas las reglas básicas del juego (reglas de justicia) y liberada la búsqueda de los intereses propios de los individuos, sea posible producir el mayor beneficio público y privado en una sociedad mercantil. En lo sucesivo, la ética tenderá a reducirse al ámbito de lo privado, y la justicia tenderá a convertirse en una esfera institucionalizada, reducida a la lógica de la Ley y considerada desde el estricto punto de vista funcional.

## **Friedrich Hayek, ética y cálculo de vidas**

Ya en 1940, para Hayek, keynesianismo, nazismo y socialismo son esencialmente lo mismo: proyectos económicos y sociales que atentan contra los máximos productos de la historia humana: el mercado y la libertad individual. Retomando (tras un abandono de más de un siglo) la idea de los ilustrados escoceses de la evolución natural o cuasi-natural de las instituciones sociales vía efectos no intencionales, a partir del aprendizaje de ciertas normas o reglas elementales de convivencia y sin las cuales no es posible la sobrevivencia de la sociedad, Hayek afirma la constitución de una relación circular en la que los individuos, en su acción histórica, constituyen de manera no intencional un orden extenso como el mercado, que a su vez impone a todos y cada uno las reglas de la sobrevivencia. Así, dice Hayek, se

<sup>3</sup> “La paz y el orden son más importantes que cualquier ayuda a los miserables” (Smith, 1986: 226).

producen los órdenes complejos organizados, autorregulados y autorreproductivos.

Las normas de conducta y los hábitos vigentes en una sociedad cumplen en el plano de la orientación del comportamiento general del individuo el papel del sistema de precios en el cálculo y la acción económica. El individuo no tiene un conocimiento detallado y causal del mundo en que debe desempeñarse, pero las normas vigentes en la sociedad le guían en tanto muestran el modo como en esa sociedad se asegura la posibilidad de éxito o el decidido fracaso de una acción. En cada sociedad existe una especie de código aceptado por todos (o al menos esto se presume o presupone) que define el modo adecuado de relacionarse los individuos, el “modo de hacer las cosas”<sup>4</sup>. Ese código es, para Hayek, la moralidad vigente.

Podemos identificar algunas de sus normas básicas: inviolabilidad de la propiedad privada, el respeto a los contratos, al intercambio, al comercio, la competencia y el beneficio<sup>5</sup>. Son básicas porque sin su seguimiento no es posible el mercado. A su vez, se trata de las normas que el mercado necesariamente afianza y dentro de las cuales hace posible otras.

Esta moral no es natural ya que no obedece a una supuesta naturaleza humana (que para Hayek es básicamente instintiva). Tampoco es un producto de la razón. Es producto de procesos de evolución cultural en los que la tradición, el aprendizaje y la imitación han jugado un papel fundamental:

...los órdenes espontáneos...se forman a sí mismos. Las normas que facilitan su funcionamiento no fueron apareciendo porque los distintos sujetos llegaron a advertir la función de las mismas, sino porque prosperaron en mayor medida aquellos colectivos que, sometidos a ellas, lograron disponer de más eficaces esquemas de comportamiento. Esta evolución nunca fue lineal, sino fruto de un ininterrumpido proceso de prueba y error, es decir, de una incesante experimentación competitiva de normativas diferentes. Las prácticas que acabaron prevaleciendo no fueron fruto de un proceso intencionado, aunque la evolución que las originó fuera en cierto modo similar a la evolución genética y produjera consecuencias en alguna medida comparables (Hayek, 1990:53).

Como todo proceso de selección evolutiva, donde sólo los más capaces sobreviven y prosperan<sup>6</sup>, en este proceso de evolución moral sólo las

<sup>4</sup> “En orden a conseguir ciertos resultados, no existe, en principio, distinción alguna entre lo que procede hacer y lo que correspondería hacer. Hay tan sólo una manera establecida de hacer las cosas. Conocer el mundo a este respecto, es saber lo que debe o no debe hacerse en determinadas circunstancias; y para obviar los peligros que nos acechan es tan importante saber lo que en ningún caso procede hacer, como lo que hay que hacer al objeto de propiciar determinados resultados” (Hayek, 1985:47).

<sup>5</sup> En este aspecto Hayek sigue a Hume quien en su *Tratado de la naturaleza humana* había mostrado 1) la inevitabilidad de la propiedad, el respeto a las promesas y los contratos, y el derecho en toda sociedad humana; 2) el carácter cuasi-natural de tales instituciones y estructuras normativas, y 3) el que son productos espontáneos de procesos sociales evolutivos (Cfr. Hume, 1739/1992, III,I; III,II).

<sup>6</sup> “Los procesos de evolución biológica y cultural...están regidos...por un mismo tipo de selección: la

normas más eficaces se mantuvieron con el tiempo y se afianzaron. Pero no sólo las normas. Los grupos que asumieron esas normas y aceptaron la tradición pudieron crecer mucho más que el resto de grupos, y por tanto desarrollarse:

Las normas y usos aprendidos fueron progresivamente desplazando a nuestras instintivas predisposiciones, no porque los individuos llegaran a constatar racionalmente el carácter favorable de sus decisiones, sino porque fueron capaces de crear un orden de eficacia superior –hasta entonces por nadie imaginado– a cuyo amparo un mejor ensamblaje de los diversos comportamientos permitió finalmente –aún cuando ninguno de los actores lo advirtiera– potenciar la expansión demográfica del grupo en cuestión, en detrimento de los restantes (57).

La circularidad que constituye y reproduce el orden extenso tiene como eje al sistema normativo. La sujeción a las tradiciones y normas establecidas es lo que posibilita al individuo la sobrevivencia. Si ésta es la moralidad en rigor (porque para Hayek la moral altruista y de solidaridad es arcaica y no debe recibir tal denominación), la que posibilita la vida y reproducción, esta moral es un “cálculo de vidas”<sup>7</sup> y el problema del discernimiento moral es bastante simple. Seguir la tradición –es decir, cumplir la normatividad del orden extenso cuyo eje es la normatividad de mercado– y sobrevivir, o no cumplirla y morir. Para Hayek, la pobreza se explica porque hay grupos de la sociedad que se resisten a asumir la moralidad del orden extenso (del mercado) y se mantienen atados a morales atávicas de altruismo, solidaridad, compasión y cooperación. Constata con cierta melancolía que la sociedad moderna no logre deshacerse completamente de esa moralidad atávica, que todavía permanece en los núcleos familiares, en los ámbitos locales, en algunos intelectuales y movimientos sociales.

La principal amenaza del orden social no será ya la parcialidad de la benevolencia sino la existencia de cualquier tipo de benevolencia. Benevolencia es la expresión moral del orgullo de quienes no reconocen o no

supervivencia de los más eficaces en el aspecto reproductivo, esencialmente, la diversificación, la adaptación y la competencia son procesos de especie similar...especialmente en lo que atañe a los procesos de propagación. Ahora bien, la competencia no sólo constituye la piedra angular de la evolución pasada, sino que es igualmente imprescindible para que los logros ya alcanzados no inicien procesos de regresión” (Hayek, 1990:62).

<sup>7</sup> "...viene de antaño la idea de que quienes adoptaron las prácticas del mercado competitivo consiguieron mayor aumento demográfico y desplazaron a otros grupos que siguieron costumbres diferentes” (p.192) “...sólo los grupos que se comportan conforme a ese orden moral logran sobrevivir y prosperar” (p. 212) ...” Lo que decide qué sistema va a prevalecer es el número de personas que cada sistema es capaz de mantener” (p. 204) (Hayek, 1990).

“Una sociedad requiere de ciertas morales que en última instancia se reducen a la manutención de vidas: no a la manutención de todas las vidas, porque podría ser necesario sacrificar vidas individuales para preservar un número mayor de otras vidas. Por lo tanto, las únicas reglas morales son las que llevan al ‘cálculo de vidas’: la propiedad y el contrato», *El Mercurio*, Santiago de Chile, 19-04-81 (citado por F. Hinkelammert, 1995: 78).

quieren aceptar los límites que impone la contingencia humana, y creen que pueden arreglar el mundo o rehacerlo mejor de lo que lo hacen los procesos espontáneos y naturales de la evolución social. Esas morales atávicas las esgrimen los mayores enemigos del mercado y, por tanto, del género humano: el socialismo y demás formas de constructivismo racionalista que creen posible una orientación consciente de la sociedad. A partir de este enfoque se comprende la arremetida de Hayek contra el concepto de justicia distributiva, radicalizado por sus seguidores (como es el caso de Kirzner, para quien la norma de oro de la sociedad compleja es: “quien primero lo toma se lo queda”).

### **El fundamento de la ética funcional**

El núcleo duro de la ética funcional del mercado no aparece como ética. Está oculto a los ojos de la mirada superficial de una moral exclusivamente personalista. Como resultado de la fuerza compulsiva de los hechos generada por el modo como la sociedad reproduce su vida en los marcos de determinadas relaciones sociales de producción, no aparece como producto humano sino como realidad exterior. Por ello, todos los términos y presupuestos tradicionales de la ética (intersubjetividad, libertad, conciencia, responsabilidad) aparecen aquí trastocados.

En el marco de esta normatividad básica se desplazan los discursos de valores, la normatividad y legalidad jurídico-política y las mediaciones necesarias, a menudo complejas y tensas, con las culturas, los sistemas religiosos, de tradiciones y costumbres que acompañan a las sociedades concretas.

Es por tanto comprensible que la justicia correspondiente a este orden de cosas sea una justicia abstracta, de ley, que funge como garante coercitiva del cumplimiento de las normas fundamentales por parte de todos los miembros de la sociedad. Esta complementariedad a menudo se convierte en literal fusión de esferas, posibilitada por el carácter funcional de la ética y por el carácter abstracto y formalista de la justicia.

Una vez que esta ética funcional se ha impuesto en una sociedad y ha sometido al conjunto de la vida social, sus normas básicas se ocultan todavía más porque el discurso público sobre normas y valores<sup>8</sup> es ocupado

---

<sup>8</sup> La constitución de los valores como fundamentos de sí mismos es una exigencia sistémica de legitimación, exigencia que en la sociedad moderna sólo puede realizarse mediante discursos de universalización y atemporalidad de los valores. Por ello la discusión de esos valores a partir de otros valores es una discusión sin fin que no hace más que situarse en el terreno que los propios discursos de legitimación han determinado. Por bien intencionados que sean estos intentos de lucha, son poco eficaces porque no atacan al núcleo mismo de producción de esos determinados sistemas de valores. La discusión sobre los valores es importante, pero supone una previa confrontación, desvelamiento y enfoque alternativo de la ética funcional vigente.

Con todo, la importancia del debate sobre los valores es clara porque la dialéctica histórica es también

por los discursos espiritualizados del sistema y por otras mediaciones culturales (míticas, religiosas, nacionales, étnicas, etc.) que dicha ética permite. Por ello, cuando tales normas básicas son explicitadas (como en el caso de algunos economistas) no se someten al mismo tratamiento que las otras normas morales, porque no se definen como discrecionales u optativas. Se definen como las mejores posibles, pero ante todo como imprescindibles para la vida social (necesarias), producidas por la evolución y totalmente indiscutibles e inamovibles (inevitables).

La ética funcional del mercado promueve –por si fuera poca la fuerza de su imposición objetiva (por vía de la fuerza compulsiva de los hechos)– un discurso de naturalización de los valores (componente fundamental de las ideologías y el pensamiento espiritualizado de los sistemas sociales) para consumo público, y también se introduce en el ámbito de la intelectualidad asumiendo los patrones en uso de los restantes discursos éticos, lo que refuerza el ocultamiento de su verdadero carácter al presentarse (p. ej. como utilitarismo, o cierto tipo de formalismo ético) como un discurso más.

La ética funcional de mercado es una ética social sistémica. No puede medirse con los parámetros de una ética personal, aunque impone normas de comportamiento individual y propone un sistema de valores al individuo. No es producida por acuerdo social. Es producida y reproducida por la dinámica de la reproducción social y el sometimiento de los sujetos atomísticos del mercado; culturalmente se enriquece con el trabajo de intelectuales e ideólogos del sistema y se fortalece con el respaldo de toda la industria cultural capitalista.

Así, las normas básicas de esa ética funcional son reproducidas a diario por todos y cada uno de los sujetos, porque ellas determinan el ámbito de reproducción posible de la vida en dicho sistema. Los sujetos deben vivir, y si sólo pueden hacerlo en marcos institucionales que no han escogido y frente a los cuales no tienen capacidad de transformación individual, es común que se sometan a esos mecanismos de fuerza mayor, que consideran dichos mecanismos como naturales o imposibles de comprender o transformar, y que busquen, por consiguiente, desarrollarse en los ámbitos de libertad y decisión que dichos marcos estructurales les ofrecen o permiten. En este sentido podemos decir que el sistema y su ética fundante se mantienen y fortalecen no gracias a una supuesta capacidad autorreguladora autónoma y sistémica, sino como producto de la racionalidad reproductiva de

---

una dialéctica en el plano de los valores. Valores nuevos, que surgen a partir de las contradicciones del propio sistema social pero lo trascienden, son empuñados en preferencia por aquellos grupos sociales para quienes el sometimiento a los valores vigentes implica la muerte. De este modo, la lucha social y política también es una lucha en el plano de los valores. Entre valores nuevos que reivindican el derecho a la vida y la libertad para todos (todo proyecto ético, más si es emancipatorio, es de pretensión universalista), y valores que reivindican el mantenimiento del sistema social excluyente (así se presenten bajo la forma de argumentos científicos). Entre valores alternativos de un proyecto social alternativo que pugna por abrirse paso en la historia, y los valores dados.

los sujetos *en condiciones de sometimiento*, es decir, de la racionalidad reproductiva abstraída de la totalidad social y natural; una racionalidad reproductiva reducida a luchar por la sobrevivencia (pulsión reproductiva, una versión fuertemente reducida del conatus spinoziano). De nuevo, en este punto se manifiesta el carácter parasitario de todo formalismo, y su carácter deshumanizador.

Este circuito de muerte parasitario y autodestructor de la acción reproducida en marcos de sometimiento sistémico no tiene importantes variaciones mientras cada uno se mantiene en su microparcela de libertad y moralidad privadas. Esta privacidad, como única dimensión de la moralidad y la ética, es funcional al sistema porque encubre o invisibiliza la ética funcional. Lo paradójico es que entre mayor es el autocentramiento del sujeto atomístico en sí mismo (solipsismo narcisista), mayor es la negación de sí y mayor el poder del sistema sobre el individuo.

La ética funcional determina todo el campo de las relaciones entre los seres humanos. Ella decide qué tipo de relaciones son posibles y qué tipo de relaciones no. Bajo su canon se reproducen las relaciones de dominio, los espacios de reconocimiento entre personas, las relaciones de inclusión y de exclusión y los ámbitos de libertad de los sujetos. La definimos como ética porque es producto humano, norma la acción humana y, aunque no lo parezca, podemos decidir sobre ella, liberarnos de ella o transformarla. Sólo que no lo podemos hacer de manera aislada. Precisa una reflexión reproductiva referida a la totalidad social, es decir, precisa el concurso de la razón y el análisis y, en el terreno práctico, de la organización colectiva, comunitaria, y de una lucha que pasa por el campo de lo político. Por ello es necesaria una distinción fina sobre el tipo de racionalismo que confrontamos y el tipo de racionalidad por recuperar.

La exterioridad y el poder de la ética funcional del mercado es la de todo fetiche. Toda vez que los seres humanos reconozcan que tal poder no es otra cosa que producto de sí mismos, se revela el fetiche como lo que realmente es: una inmensa estatua con pies de barro. Porque en rigor, el sistema descansa en la sumisión y el sometimiento de los sujetos. Los sistemas sociales son productos de la acción humana y constantemente son reproducidos por ella. Son objetivaciones de la acción de sujetos que se imponen a cada uno de ellos como poderes externos. Sin sujetos no hay sistema, ni ética de trabajo, ni ética funcional. Si no hay reproducción de la vida de los productores no hay sociedad ni sistema social posible. Sólo que en este caso la soberanía de los sujetos sobre su obra trasciende sus voluntades particulares. Aquí la conciencia, la responsabilidad y el acto de libertad no pueden ser individuales si pretenden eficacia. De allí la urgencia y necesidad de la organización social y la acción política.

Frente a la ética funcional nada podemos en tanto individuos aislados, pero como fuerza social podemos transformarla y limitar sustancialmente su poder coactivo. Podemos buscar estructuras institucionales más

acordes con las necesidades humanas y, sobre todo, forzar a las instituciones a una mayor apertura a las necesidades e interpelaciones de los sujetos y de los organismos sociales.

Si no es posible la producción consciente de las relaciones sociales de producción, es decir, si no es posible prescindir de normas constitutivas del ordenamiento social y de sus institucionalidades e instituciones correspondientes, no es posible sustraernos a algún tipo de ética funcional. Que no podamos prescindir de la ética funcional no quiere decir que no podamos prescindir de una determinada forma de ella, o que no podamos limitarla o impedir las tendencias a la totalización que ella comporta. En ese sentido, el concepto de liberación no significa el fin de la heteronomía que impone toda ética funcional, sino un modo de relación con ella, en un marco complejo de interacciones entre diversos tipos de institucionalidades que comportan lógicas distintas (mercado, Estado, autogestión comunitaria), y organizaciones sociales de diverso alcance (locales, regionales, nacionales e internacionales), carácter (clase, étnico, género, raza, cultural, religioso, etc.) y grado de organicidad (partido, movimiento, red, opinión, etc.).

## La globalización y la ética de la banda de ladrones

La ética funcional se erige como una ética asociada a una estructura de justicia abstracta y universal. Sin embargo, presenta apenas una cara de la realidad del sistema. No obstante, es necesario profundizar en el otro aspecto de la misma realidad. Bien es sabido que en el capitalismo –al menos hasta hace poco–, mientras fue necesario el recurso a la ideología, operó un procedimiento consistente en presentar, mediante un proceso de universalización discursiva, como intereses de toda la sociedad, intereses particulares de clase.

Cuando escuchamos los discursos en boga referentes a la eficiencia y la competitividad, cuando constatamos la creciente insensibilidad ante los “caídos” en la guerra económica –sean empresarios o trabajadores–, y celebramos la reducción drástica de personal de las grandes empresas como señal de eficiencia, cuando escuchamos teóricos neoliberales escribir libros enteros sobre la regla de oro moral del sistema neoliberal, a saber: “el que primero lo encuentra se lo queda”, cuando leemos a diario los grandes negociados de las privatizaciones de las empresas públicas o las inmensas especulaciones financieras, o cuando nos enteramos de las quiebras de empresas como Enron por parte de grupos del gran capital asociados al primer gobierno del planeta, y su elección fraudulenta, no podemos dejar de pensar en un modelo ético que parece hoy en día estar en boga: el modelo ético de la banda de ladrones como fundamento de una teoría de la justicia.

Este modelo ético es tan antiguo como Occidente. Se hace presente ya en *La república* de Platón, como recurso de fundamentación de la necesidad de la justicia para la sobrevivencia de toda sociedad. Este argumento

atraviesa toda la historia de la filosofía de manera marginal, y tiene dos componentes centrales de gran actualidad: primero, parte de una situación de particularismo extremo y de guerra de expropiación entre las partes; segundo, supone como mecanismo de eficacia el monopolio de la fuerza, de la violencia. Mostraremos rápidamente el primer elemento a partir de reflexiones propias de la teoría económica; el segundo, a partir de reflexiones desarrolladas en el campo del positivismo jurídico.

### **La banda de ladrones en la teoría de la justicia a partir del argumento económico**

En *The Theory of Moral Sentiments* Adam Smith expresa el argumento central de esta ética de la banda de ladrones, así:

...aunque entre los diferentes miembros de la sociedad no hubiera amor y afecto, la sociedad, aún menos feliz y agradable, no necesariamente se disolvería. La sociedad puede subsistir entre hombres diferentes, como entre diferentes mercaderes, a partir de un sentimiento de su utilidad, sin amor o afecto mutuos; y aunque ningún hombre tuviera obligación alguna, o negara su gratitud a cualquier otro, ésta [la sociedad] todavía podría ser sostenida mediante un mercenario cambio de buenos oficios de acuerdo con un valor acordado...*Si hay sociedades entre ladrones y asesinos, al menos deben abstenerse, como se dice comúnmente, de robarse y asesinarse entre ellos.* La benevolencia, por lo tanto, es menos esencial para la existencia de la sociedad que la justicia. La sociedad puede subsistir...sin benevolencia, pero la prevalencia de la injusticia tiene que destruirla completamente (s.n. p.85)...La benevolencia...es el ornato que embellece, no el fundamento que soporta el edificio...la justicia, por el contrario, es el principal pilar que mantiene en pie todo el edificio. Si éste es removido, la inmensa fábrica de la sociedad debe en un momento desmoronarse en átomos...(86)...La paz y el orden de la sociedad son más importantes que cualquier ayuda a los miserables (226).

En la línea de su argumentación intenta mostrar que hasta una banda de ladrones, para subsistir, debe respetar normas básicas como no matarse y no robarse entre sí, y respetar los acuerdos (las mismas tres normas básicas de lo que él llama justicia y Hayek moral del mercado). Pretende con ello decir que estas normas de justicia son tan universales y constitutivas, que hasta en sociedades de muy dudosa condición moral como una banda de ladrones, o en las relaciones de intercambio mercenario de recursos, como el mercado, deben ser respetadas.

Sin embargo, al formular las normas de justicia fundamentales de la sociedad de su época, Smith repite las mismas tres normas de la banda de ladrones. ¿Qué es entonces lo que hace la diferencia entre esas dos formas de sociedad?

La ética de la banda de ladrones se nos presenta como un paradigma ético de especial importancia. Se trata de una ética que no es universalizable. Se trata, además, de una ética de expropiación ejercida por la

banda de ladrones sobre comunidades que producen excedentes económicos. Para sobrevivir, una banda de ladrones debe respetar las tres reglas de oro de las que habla Smith, pero también debe garantizar los bienes materiales que hagan posible la sobrevivencia de los ladrones y construir una mínima cohesión grupal. Necesita además la existencia de grupos humanos que posean un excedente económico, el botín a expropiar por parte de la banda de ladrones. Una población laboriosa que además se pueda seguir reproduciendo para poder seguir siendo robada, o una población ilimitada que permita a la banda de ladrones ocuparse siempre de nuevos grupos humanos. El modelo de la banda de ladrones como paradigma que fundamenta la necesidad de las normas de justicia, supone una sociedad en la cual hay grupos para los cuales la guerra de expropiación es el modo normal y cuasi-natural de existencia.

La ética de la banda de ladrones es una ética particularista (interés de grupo, la banda) y de guerra (expropiación). Presupone un Otro como objeto de saqueo y afirma la normatividad que hay que establecer para que el saqueo sea posible.

¿Qué sucede en una sociedad cuyas leyes supremas de justicia se identifican con las de esta ética? Para Adam Smith, sin un referente de bien común, la sociedad termina convertida en una asociación de bandas de ladrones. En su pensamiento el mercado, mediante su mecanismo de “mano invisible”, realiza el bien común. En el pensamiento liberal y neoliberal, el mercado es el mecanismo que hace posible que la lucha por los intereses particulares resulte en beneficio general. En correcta analogía diríamos que en el pensamiento liberal y neoliberal, las bandas de ladrones terminan contribuyendo, gracias a la mano invisible, al bien general. Todas ellas, al respetar normas internas de convivencia y salir a la guerra para sacar partido de los demás contribuyen, sin proponérselo, al bien de toda la sociedad. El mercado sería en ese caso el marco normativo que deben respetar todas las bandas de ladrones para que su lucha sea sostenible en el tiempo.

Como en el mundo globalizado no hay un Otro fuera, el saqueo está dentro de la sociedad global. Esto significa que las normas que este pensamiento postula como fundamentales para la sobrevivencia de la sociedad, derivadas de la ética de la banda de ladrones, no son sólo el fundamento de la vida social (y de la propia banda de ladrones), sino son al mismo tiempo las normas que la mayoría de los miembros de una sociedad debe cumplir para que una o varias bandas de ladrones puedan actuar indefinidamente.

La globalización neoliberal no es otra cosa que la planetarización de ese reino de las bandas de ladrones que se han lanzado al saqueo de todo el planeta en el marco de la ley de la banda de ladrones hecha Ley social. Sólo que es el objeto de este saqueo la mayoría de la población mundial y de las naciones. Suena escandaloso, pero la realidad pareciera funcionar así, especialmente en los últimos años.

## La banda de ladrones en el marco del positivismo jurídico

Hans Kelsen, teórico del derecho, inspirador del derecho internacional del siglo XX, en la línea del positivismo jurídico, también reflexionó sobre la ética de la banda de ladrones, pero desde una perspectiva jurídico-política. Kelsen concibe las normas jurídicas de una sociedad como aquellas establecidas por una autoridad efectiva (de facto) mediante un sistema de imputación consistente en establecer relaciones entre actos considerados ilícitos y las sanciones correspondientes. Dentro de dicho orden social, el sistema normativo rige la vida de los individuos. La imputación presupone un acto valorativo, pero en la medida en que se ha consagrado como norma positiva se ha arraigado en el mundo positivo como hecho al cual hay que adecuarse. El poder de la constitución de hecho da a la imputación una fuerza similar a la dada por la causalidad.

Para Kelsen, “La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia”. La forma particular de su existencia comporta como aspectos principales: el acto de su creación, su aplicación y su eficacia, es decir, su cumplimiento.

El derecho es

una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada [consistente en] hacer seguir un acto de coacción...a una conducta humana considerada como socialmente nociva, [que] puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin social, ya que el derecho no es un fin sino un medio...el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener (Kelsen, 1960: 73-74).

Si lo específico de la normatividad jurídica frente a la normatividad moral es su carácter coactivo, ¿qué distingue el acto jurídico de otros actos coactivos? ¿Qué hace diferente, se pregunta Kelsen, el cobro de una suma de dinero que un grupo de bandidos exige a un comerciante, del cobro que a la misma persona y por el mismo monto hace el recaudador de impuestos? O, planteado en otros términos, ¿qué hace la diferencia entre la ejecución de una condena a muerte y un asesinato? Según Kelsen, subjetivamente ninguna pues, para las víctimas, los actos tienen la misma significación. Son actos de coacción que arrancan de ellas lo mismo. En un caso una misma suma de dinero, en otro caso la vida. La única diferencia, según Kelsen, es exterior, y radica en el carácter jurídico (legal) válido de las acciones del Estado, y en el carácter no jurídico de los crímenes.

A la pregunta de por qué es válido el acto jurídico, responde Kelsen: porque es derivado de un sistema jurídico. Un sistema jurídico cuya validez, a su vez, reposa en última instancia sobre una norma única, fundamental que es la fuente común de validez de todas las normas del sistema y es al mismo tiempo la fuente de su unidad (137). Se trata de la primera de todas las constituciones, antes de la cual no hay más hacia dónde remontarse. Dice Kelsen:

Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de la libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez la validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente. Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas. (137-138).

En otras palabras, la validez de un sistema jurídico (y por ende de todas las normas derivadas de él) no radica en su contenido (aquí significa su referencia a la vida humana concreta), sino en que ha sido instaurado por un poder de facto que mantiene su poder de aplicación de las normas por él establecidas y, por tanto, por su eficacia. La consecuencia de este criterio lleva al autor, de manera consecuente, a reflexionar sobre los procesos de cambio:

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución... Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario...

Si por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y nos estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho (140-141).

El éxito es la medida del carácter de la acción. El criterio de distinción entre el orden legítimo y el ilegítimo, entre el soberano, el revolucionario y el criminal es el poder. Estas cortas líneas ilustran muy bien el tema

del que estamos hablando. Desde una perspectiva formalista o funcional, *no existe ninguna diferencia sustantiva entre un Estado de derecho y una banda de ladrones*. Ni subjetiva (de acuerdo con Kelsen), ni objetiva (en desacuerdo con Kelsen, dado que él mismo establece que la norma fundamental que hace la diferencia entre una y otra es producto de un acto originario de fuerza de un usurpador o un grupo humano determinado, sin importar el contenido de su acción fundadora).

Por esto mismo es posible que discursos mistificados acerca del Estado de derecho no sean otra cosa que la cobertura ideológica bajo la cual se ampara la banda de ladrones moderna. Al prescindir de todo criterio material de juicio (es decir, referencia a la vida humana concreta) la eficacia de un orden jurídico (y en general sistémico) se reduce simplemente a la astucia de la banda de ladrones en el poder, y a su poder de facto. En América Latina esto es fácilmente comprensible. Quienes instauraron las dictaduras militares de seguridad nacional, quienes implementaron los ajustes estructurales y quienes controlan los hoy llamados procesos de redemocratización, todos ellos se declararon en su momento defensores del imperio de la ley y el Estado de derecho.

Kelsen termina estableciendo como norma fundamental de todo orden político y jurídico al derecho internacional, tratando con ello, quizá, de establecer límites al relativismo de su enfoque de acuerdo con el cual podría legitimarse cualquier usurpador por la vía de hecho. Pero, ¿qué sucede cuando el usurpador tiene el poder de imponer un nuevo orden internacional, como sucede hoy con el imperio de Estados Unidos o con las presiones de las transnacionales?

Desencarnados los procesos políticos de los referentes materiales de la vida humana, la política deviene en un simple juego de poderes que basan su legitimidad en pura legalidad o en fuerza bruta combinada con capacidad de engaño, seducción e imposición de la sumisión. Las legitimidades fundadas en poderes de hecho, de fuerza, en cumplimiento de leyes o en caricaturescos procedimientos democráticos han mostrado ser formas diversas de instrumentalización de nuestras sociedades a manos de auténticas bandas de pillos.

Hemos diferenciado las dos reflexiones sobre la banda de ladrones porque podría hacerse una con los dos momentos que señalamos de la estrategia de globalización. En su primer momento, la estrategia de globalización se centró en la imposición de medidas económicas, institucionales y legales; en el segundo, se fortalecen los componentes políticos y militares de la fuerza, la presión y si es del caso, el terror.

## **Política imperial, cinismo y legitimidad**

En un texto reciente Franz Hinkelammert plantea que en la sociedad actual hay un proceso de cambio de un capitalismo utópico hacia un

capitalismo cínico. En el tiempo del capitalismo utópico, la llamada crítica de las ideologías tenía un sentido. En el momento del capitalismo cínico, esa crítica cae en el vacío. El texto traído a colación por Hinkelammert para ilustrar un buen ejemplo de este pensamiento cínico en el capitalismo es de Alvin Toffler y dice así:

El nuevo imperativo económico está claro: los suministradores de ultramar en los países en desarrollo o alcanzan con sus tecnologías los estándares de la velocidad mundial, o se los va a cortar brutalmente de sus mercados –los muertos caídos del efecto de aceleración–.

Ésta es la economía “rápida” del mañana...Como tal, es la fuente de un gran poder. Estar desacoplado de ella significa estar desacoplado del futuro. Pero ese es el destino que enfrentan muchos de los países “menos desarrollados”...

Un “gran muro” separa a los rápidos de los lentos, y este nuevo muro está creciendo cada día que pasa (Hinkelammert, 1998).

Éste es el pensamiento de los “Estados privados mundiales” que, a diferencia de los Estados nacionales y los organismos internacionales, están completamente dispensados de tener una legitimidad que defender. Son la cara oculta del uso imperial de los derechos humanos para la intervención en todas las naciones. Pero son su otra cara.

El pensamiento cínico ya no se preocupa de ocultar la realidad. La celebra. Celebra la exclusión como producto inevitable de la aceleración, de la dinámica, que es la “fuente del avance económico” y la “nueva máquina de bienestar colectiva”. Ante el capitalismo cínico, afirmar que la brecha entre el Norte y el Sur crece cada día más y que la gran parte de la población mundial está siendo lanzada a la precariedad y exclusión, encuentra una respuesta clara: “Sí, ¿y qué?” Ya no se trata de luchar ideológicamente contra el mentiroso o el convencido de la bondad del sistema, que achaca a ciertas causas el no acceso al bienestar de todos. ¿Cómo luchar con quien no miente ni afirma la posibilidad del bienestar general, sino que simplemente afirma y celebra la gran máquina de exclusión? Y para efectos de nuestro tema, ¿qué significa esto en materia de derechos humanos?

Significa no solamente el fin de los derechos humanos considerados en su radicalidad corporal y concreta sino, además, el principio del fin de la institución derechos humanos que todavía ata de manos al capital y al poder.

## **La crítica a la ética funcional: ética de la vida**

Así como hay una complementariedad entre el privatismo moral, la ética funcional, el formalismo jurídico y el positivismo jurídico, así mismo existe una fuerte complementariedad entre la ética comunitaria y social de la vida (que es ética de la resistencia y de la liberación en contextos de opresión), la justicia como dimensión ética de la vida humana, la justicia

como un modo de institucionalidad abierto a la interacción de la sociedad civil (esto es, la sociedad de los ciudadanos y comunidades humanas, no la de las empresas y sociedades anónimas) y la teoría social y jurídica crítica y comprometida.

Para este segundo enfoque, la reproducción de la vida de los seres humanos es criterio material y universal sobre todo sistema, toda ética y todo pensar con sentido. Es el criterio supremo para juzgar la validez de un sistema ético y la moralidad de todo sistema. No es un valor. Es la fuente y el criterio último de todo valor<sup>9</sup>.

Una ética de la vida es necesariamente trans-sistémica. Refiere al sujeto vivo, real y concreto en cuanto anterioridad a todo sistema pero refiere de manera privilegiada al débil, al pobre, al excluido porque en ellos la realidad en cuanto vida negada se hace presente como clamor.

El excluido reclama acceso a los medios de vida y reconocimiento como sujeto. Lo hace por necesidad de vida, no por consideración moral; su reclamo es anterior a la consideración de proyectos de vida buena. Su reclamo, podríamos decir, es producto del simple deseo y exigencia de vivir (pulsión reproductiva), es la voz de la necesidad originaria. Pero la respuesta satisfactoria a su legítima demanda sólo puede darse en los marcos de un orden social donde todos puedan vivir. Y para ello la pulsión reproductiva debe dar paso a la racionalidad reproductiva que implica una referencia a la totalidad social y natural. De ahí que el desarrollo consecuente de la demanda

---

<sup>9</sup> Sin embargo, a menudo hablamos del valor de la vida y del derecho a la vida. ¿Por qué? Porque hay negación de la vida por parte del sistema, porque hay víctimas y sacrificios humanos. Esta negación es hoy más evidente que nunca.

Desde la perspectiva del sistema capitalista, la vida del sujeto humano real y concreto es un valor. Un valor como cualquier otro, intercambiable y cuantificable (mercancía). Valen más unas vidas que otras, y hay vidas que no valen. Así, la reproducción de la vida humana no es criterio de valorización y de estructuración de un sistema de valores, sino al contrario, el sistema es el criterio de valorización de la vida humana. Así, se convierte a la vida humana –fundante–, en fundada y determinada por el sistema.

Para el sujeto la vida no es un valor, y menos un valor intercambiable. Tampoco es un derecho. Pero en un sistema que la niega y amenaza, se ve obligado a defenderla a como dé lugar. Como se trata de un sistema de ley, un imperio de la ley que se apoya en un estado de derecho, el sujeto tiene que moverse en términos del sistema y constituye la vida como derecho y como derecho la reclama. Normalmente ese derecho tiene que arrancarlo, pero siempre argumentando que lo que arranca es un derecho, reconociendo con ello que su vida es subsidiaria del imperio de la ley. La necesidad de argumentar el derecho a vivir se presenta porque existe un sistema que le niega la vida, y porque otros sujetos han perdido de vista el problema y se apela a su solidaridad. Porque entre sujetos racionales, sobra la necesidad de argumentar el derecho a vivir, o si la vida es un valor.

Sólo porque hay negación de la vida, la vida, fuente de todo valor, se convierte en valor. Ahora todo está invertido. Y producto de esta inversión es que el tema de la vida se vuelve necesariamente tema de la ética, y dicho valor debe ser fundado. La vida, que funda, debe ahora ser fundada. Y el argumento ético es quién tratará de defenderla y posibilitarla. De ahí la necesidad de algo que en rigor parece un contrasentido: una ética de la vida.

del oprimido no puede desembocar más que en un proyecto universal que requiere el concurso de la ciencia social crítica (ya no sistémica). Además, como hemos visto, la acción alternativa eficaz frente a la ética funcional sólo puede ser realizada mediante la acción colectiva.

A diferencia de la ética funcional que es normativa, formal y abstracta, la ética de la vida es crítica y criterial. No define de manera apriorística principios, normas o valores (aunque no desestima estos temas ni los elude), ni define qué tipo de vida hay que vivir, sino que analiza y juzga la realidad desde la negación de la vida que produce el orden positivo y se apoya para tal examen en el criterio universal material de la reproducción de la vida y en las ciencias sociales críticas. La ética de la vida dota de criterios toda la acción humana y permite la evaluación de toda norma, acción, valor, institución, sistema social o proyecto utópico. Ofrece criterios para relacionarnos adecuadamente con el mundo de la normatividad y la institucionalidad sin caer en esquematismos ni dualismos maniqueos como ha sido hasta ahora la tradición de Occidente. Parte del reconocimiento de que su operativización requiere de la mediación y el concurso del análisis social, porque el discernimiento de carácter social no es posible fundarlo sola ni preferentemente en las estructuras de la intencionalidad humana, sino en el análisis de las estructuras profundas de la vida social y en el estudio de los efectos indirectos de las acciones humanas.

Pero además de su función crítica, la ética de la vida se ubica como discurso constructivo. En ese sentido define claramente que no se trata de elaborar propuestas apriorísticas ni de tipo especulativo y académico, y define más bien un procedimiento para su acción constructiva, cual es el acompañamiento de los procesos sociales reales, el acompañamiento de los actores sociales populares para, a partir de allí, coadyuvar con la reflexión a la búsqueda de caminos alternativos y de liberación que dichos actores han emprendido.

Por último, la ética de la vida muestra que aunque la construcción de alternativas pasa por la constitución de un nuevo modo de organización social e institucional, toda institución conlleva siempre la tendencia a abstraer de la vida humana, y que no es posible construir un mundo humanizado sobre la base de instituciones perfectas ni tampoco de la pura relación entre sujetos desprovista de toda mediación institucional, sobre todo en las sociedades complejas de hoy en día. Por tanto, la humanización de una sociedad descansa en una adecuada relación entre las estructuras y la acción social consciente de los sujetos. Se trata de pensar y construir modos de relaciones abiertas y flexibles entre sujetos e instituciones. Y esa es la base para desarrollar una nueva comprensión no formal, no institucional, y abierta de la sociedad democrática que todos anhelamos. Se trata de una democracia que antes que régimen político formal sea sociedad donde se haga posible la vida de todos, y que, sobre esa base, posibilite la continua movilización e interacción de los grupos sociales y los intereses diversos,

sobre la base de la prioridad para los débiles, a fin de que todos aquellos proyectos de “vida buena” que no atenten contra la vida de otros puedan florecer en un diálogo sin fin.

## **La lucha por las alternativas y los espacios locales y de región**

En América Latina el modelo neoliberal se encuentra en un profundo estado de deslegitimación. En la gran mayoría de la población genera un profundo desacuerdo y rechazo. Sólo grupos muy reducidos lo defienden. Es tal el rechazo, que los mismos grupos que lo implementan, tanto por interés propio como por presión externa, lo hacen sin hacer de dicha política una bandera; al contrario, tratan de negar que lo que hacen es neoliberalismo, o evitan caracterizar sus acciones y proyectos. Muy pocos, especialmente los fundamentalistas y los escritores a sueldo en los grandes medios de comunicación, son los que todavía lo reivindican cada día con más cautela.

Pero una cosa es legitimidad y otra poder. Así como notamos que en los sectores populares, clases medias y sectores importantes de la empresa privada y del Estado, el rechazo al neoliberalismo es completo, así mismo, dadas las relaciones de poder, muchos de estos sectores callan e intentan mantener abiertos pequeños espacios de negociación para bien propio. Esto es común sobre todo en los sectores empresariales, en los grupos medios y en los sectores de la burocracia estatal.

El rechazo al neoliberalismo en nuestras sociedades es tal que éste ha sido retomado como bandera electoral muchas veces por candidatos propios del sistema político tradicional o por algunas de sus variantes populistas. Sin embargo, una vez en el gobierno, los verdaderos dueños del poder, tanto nacionales como extranjeros, han impuesto sus decisiones y voluntades, y las promesas electorales se han quedado en simples promesas. En realidad, hoy en día en América Latina, es poco el margen de acción de cualquier gobernante. Las decisiones centrales ya no se toman en el ejecutivo. Los gobiernos de turno escasamente imponen su “estilo”; el contenido de fondo de las políticas gubernamentales es trazado por los organismos internacionales de crédito, financiamiento y comercio, y por el Departamento de Estado norteamericano. La dificultad de deslindarse de este modelo ha sumido a la mayoría de partidos tradicionales del continente, al propio sistema político y al Estado, en una profunda crisis.

No hay indicio alguno que nos permita esperar cambios sustantivos desde las estructuras de poder. Al contrario, entre mayor es la inseguridad y el caos producidos por el modelo neoliberal de sociedad, mayor es la militarización de la vida social tanto estatal como privada. Por tanto, en vistas a un análisis de las posibles alternativas, hemos de examinar las formas de resistencia y los proyectos de cambio que los distintos grupos humanos y

personas vienen adelantando de tiempo atrás, y los que pueden madurar en los próximos años. Dentro de las diversas formas y movimientos de resistencia al actual proceso de globalización neoliberal y las políticas militaristas, queremos resaltar apenas una de ellas.

Se trata de una auténtica explosión de luchas específicas, locales, regionales o por sector, que intentan articular espacios concretos de sobrevivencia y resistencia y, en algunos casos, intentan desarrollar experiencias alternativas de carácter local, destacándose en este campo la emergencia de los poderes municipales en manos de movimientos cívicos que intentan reorganizar la vida municipal, con criterios éticos y sociales como rectores de la organización local. Economías informales, economías solidarias y comunitarias de resistencia orientadas por criterios de vida antes que por criterios mercantiles, de competitividad, eficiencia y cálculo; nuevos movimientos sociales (cívicos, étnico-raciales, de mujeres, de jóvenes, ecológicos, etc.) y organizaciones no gubernamentales (ONG), proyectos de recuperación de las culturas autóctonas, locales, reconstrucción de organizaciones más antiguas de tipo sindical y campesino con una mayor apertura hacia lo cívico y comunitario, muchas de ellas vinculadas a movimientos internacionales, son experiencias que se difuminan por miles en nuestro continente y que, aunque no logran conmovir al poder, no por ello dejan de ser semillas de un nuevo mundo y sociedad por venir. En este concierto de voces plurales procedentes del mundo de lo popular y comprometidas con ese mundo, se enmarcan movimientos eclesiales de gran impacto local y regional, de corte tanto católico como protestante, religiones populares, indias y afroamericanas, e incluso algunos orientalismos vinculados más a la salud natural y a la promoción de estilos de vida alternativos al consumismo, al mercantilismo y a la mentalidad de depredación típicas del modo occidental de cultura. Es interesante notar cómo todas estas formas alternativas, inmersas en su lucha económica y política, vinculan como elemento central la búsqueda de otro modo de vivir la vida y comprender el mundo; se trata de una dimensión cultural que trasciende las urgencias coyunturales y se sitúa en un terreno propio de las transformaciones profundas y de largo plazo.

Dentro de muchas de estas experiencias asistimos a intentos de construir una justicia y una ética alternativas, en primer lugar transformando las propias relaciones entre los seres humanos y las comunidades, y construyendo una institucionalidad renovada, más directa y cercana a la vida cotidiana de las comunidades.

Este fenómeno no agota el campo de las acciones alternativas, muchas de ellas de alcance nacional, tanto social como políticamente, y dentro del cual es inevitable incluir la lucha que actualmente se desarrolla en Cuba y en Venezuela por abrir caminos alternativos al planteado por el gran capital y el imperio.

Todas las fuentes de desafío al orden productor de caos que es el neoliberalismo se identifican en muchas de sus ideas básicas aún cuando actúan a menudo de manera separada y con débiles articulaciones. En pocas coyunturas convergen. Sin embargo, son los caminos que se expresan hoy en día.

## **Nuevas tareas y perspectivas**

En una visión de conjunto podemos afirmar que en América Latina asistimos a la emergencia de viejas-nuevas preocupaciones y temas en la agenda de los movimientos populares, formulados de manera distinta a como se pensaron en el pasado; temas que reaparecen, unos ya están puestos en la agenda de muchos movimientos, otros aún no lo hacen con fuerza, otros se insinúan, etc. Veamos algunos:

1. La emergencia y construcción de una sociedad civil fuerte y alternativa, que se define a sí misma como independiente del Estado pero también del sistema actual de propiedad privada capitalista y de mercado total. Éste es un proceso que se da en cada una de las naciones pero también a escala mundial, por ejemplo, en el movimiento anti-globalización y en el Foro Social Mundial.
2. La idea de que es urgente una nueva construcción de sociedad, nación y país como respuesta a la polarización económica y social, a la crisis de la convivencia y de las instituciones vinculantes de la diversidad social producidas por el neoliberalismo. Esto implica asumir el reto y el costo de la soberanía en el contexto de un mundo de creciente interdependencia.
3. Recuperación de lo local y comunitario fortalecido con gobiernos municipales. Este es un proceso que en América Latina se da hoy a nivel amplio. En ese contexto, los nuevos movimientos y procesos se relacionan con el Estado de una manera distinta a partir de estas experiencias de control municipal.
4. La posibilidad de recuperar la idea de desarrollo y de la política en el sentido de discernimiento de los rumbos de una nación y de los modos de construir los consensos como camino necesario para la búsqueda del bien común.
5. En la América Latina de hoy, es evidente la convicción de que nada de esto es posible sin la construcción de un nuevo tipo de espiritualidad y subjetividad en las cuales juegan un papel central las culturas, el arte, la salud, las relaciones de género, el papel de los jóvenes, las relaciones sociales ancestrales y populares, las religiones y religiosidades populares, el ecumenismo práctico y el verdadero diálogo y encuentro de religiones y culturas. A partir de transformaciones en estos terrenos se modifican también campos de las relaciones sociales. Desde hace tiempo se está dando un reencuentro con el universo simbólico mítico de lo popular y con

los quehaceres y creaciones de los pueblos –que a menudo no se manifiestan de manera pública ni organizada– y la lucha por la reconstrucción de nuestras naciones como naciones pluriétnicas y plurinacionales.

6. Parte de esta reconstrucción de vínculos sociales incluye con mayor fuerza cada día a toda nuestra población migrante que hoy lucha en los países desarrollados por abrirse un espacio de vida en este mundo excluyente, y dentro de la cual crece la conciencia, la organización y la acción solidaria hacia sus pueblos de origen y contra la discriminación y exclusión que sufren dentro de los autollamados fortines de la libertad, la democracia y el desarrollo. Igualmente se integra dentro de un proceso global de resistencia y transformación al actual proceso de globalización, uno de cuyos espacios privilegiados de encuentro es el Foro Social Mundial, espacio para compartir experiencias y sueños, ampliar horizontes, aunar esfuerzos y promover acciones que puedan contribuir a conmover los fundamentos del orden mundial actual y avanzar en la construcción de alternativas.

Todas estas tareas las comprendemos como pasos para la construcción de un nuevo modo de vivir y una nueva institucionalidad en los cuales justicia y ética vuelvan a hermanarse bajo el criterio supremo de la vida humana, en una sociedad como la que proclaman los zapatistas, en la cual quepamos todos los seres humanos y todos los mundos.

## Bibliografía

- DUSSEL, Enrique (1997), *Ética de la liberación en tiempos de globalización*, España, Trotta.
- HAYEK (1985), *Derecho, legislación y libertad*, Vol. 1, Madrid, Unión editorial.
- (1990), *La fatal arrogancia: los errores del socialismo*, Madrid, Unión Editorial.
- HINKELAMMERT, Franz (1998), *El grito del sujeto*, Costa Rica, DEI.
- (1996), *El mapa del emperador*, San José, Costa Rica, DEI.
- (1995), *Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión*, DEI.
- HUME, David (1992), *Tratado de la naturaleza humana*, Madrid, Tecnos.
- KELSEN, Hans (1960), *Teoría pura del derecho*, Argentina, Eudeba.
- (1983), *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, UNAM.
- SMITH, Adam (1990), *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, México, FCE.
- (1986), *The Theory of Moral Sentiments*, Oxford U. Press.
- SANTOS, Boaventura de Souza (1998), *De la mano de Alicia*, Bogotá, Uniandes.
- (1991), *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, ILSA.
- (1999), *La globalización y el derecho*, Bogotá, ILSA.



# Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos\*

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS\*\*

TRADUCIDO POR LIBARDO JOSÉ ARIZA



Este artículo plantea un marco analítico dirigido a reseñar y avanzar el potencial emancipatorio que tiene la política de derechos humanos en el actual contexto de la globalización y fragmentación de culturas e identidades. Dado que los derechos humanos pueden (y han sido) utilizados para avanzar tanto formas hegemónicas como contra-hegemónicas de globalización, es imperativo especificar las condiciones bajo las cuales los derechos humanos pueden ser usados como un instrumento contra-hegemónico, es decir, uno que avanza la agenda del cosmopolitismo subalterno. Mi argumento es que esto implica el reconocimiento de la naturaleza incompleta de cada cultura y la necesidad de entrar en diálogos entre culturas, lo cual denomino la “hermenéutica diatópica”. Finalmente, considero una serie de condiciones bajo las que la hermenéutica diatópica puede llevar a un discurso y una práctica de derechos humanos cosmopolitas.



This article puts forth an analytical framework aimed at highlighting and furthering the potential for emancipation of human rights politics in the current context of globalization and fragmentation of cultures and identities. Given that human

---

\* Versiones anteriores de este documento provocaron intensos debates en diferentes ocasiones y sería engorroso mencionar a todas las personas de cuyos comentarios esta versión se ha beneficiado enormemente. En todo caso, quisiera mencionar dos momentos cruciales en el delineamiento de mis ideas tal y como ahora se presentan: el “Primer Seminario sobre la Jurisdicción Especial Indígena y la Autonomía Territorial”, celebrado en la primera semana de marzo de 1997 en Popayán (Colombia), organizado por el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y por el gobierno de Colombia, al que asistieron más de 500 líderes y activistas indígenas; un seminario inolvidable en el Center for the Study of Developing Societies en Nueva Delhi, el 25 de abril de 2000, en el que participaron, entre otros, D. L. Sheth, Ashis Nandy, Shiv Visvanathan, Shalini Randeria, Achyut Yagnik, Gabrielle Dietrich y Nalini Nayak. Muchas gracias a todos ellos, y también a Rajeev Bhargava y Elizabeth García. Mi agradecimiento especial a Maria Irene Ramalho. Este artículo será publicado en Berta Hernández-Truyol (ed.), *Moral Imperialism - A Critical Anthology*, New York University Press, 2002.

\*\* Doctor en sociología del derecho de la Universidad de Yale. Profesor de Sociología de la facultad de economía de la Universidad de Coimbra (Portugal). Director del Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra (Portugal).

rights can (and have been) used to advance both hegemonic and counter-hegemonic forms of globalization, it is imperative to specify the conditions under which human rights can be used as a counter-hegemonic tool, that is, one that furthers the agenda of subaltern cosmopolitanism. I argue that this entails the recognition of the incomplete nature of every culture and the need to engage in cross-cultural dialogue, which I call “diatopical hermeneutics.” Finally, I consider a set of conditions under which diatopical hermeneutics is likely to lead to a cosmopolitan discourse and practice of human rights.

## Introducción

En los últimos años me ha sorprendido hasta dónde los derechos humanos se han convertido en el lenguaje de las políticas progresistas. En verdad por muchos años, tras la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos fueron en gran medida parte y paquete de las políticas de la guerra fría, y así fueron considerados por la izquierda. Estándares dobles, complacencia hacia dictadores amigables, defensa de los intercambios entre los derechos humanos y el desarrollo, todo esto hizo sospechar de los derechos humanos como guión emancipador. En los países centrales o a lo largo del mundo en desarrollo, las fuerzas progresistas prefirieron el lenguaje de la revolución y el socialismo para formular una política emancipadora. No obstante, con la crisis aparentemente irreversible de estos anteproyectos de emancipación, estas mismas fuerzas progresistas se encuentran hoy acudiendo a los derechos humanos para reconstituir el lenguaje de la emancipación. Es como si los derechos humanos fueran llamados para llenar el vacío dejado por las políticas socialistas. ¿Puede de hecho el concepto de derechos humanos llenar tal vacío? La respuesta es un sí cualificado. De acuerdo con esto, mi objetivo analítico aquí es especificar las condiciones bajo las cuales los derechos humanos pueden ser puestos al servicio de políticas emancipadoras, progresistas.

La especificación de tales condiciones nos conduce a desentrañar algunas de las tensiones dialécticas que yacen en el núcleo de la modernidad occidental<sup>1</sup>. La crisis que ahora afecta estas tensiones señala mejor que cualquier otra cosa los problemas que hoy en día afronta dicha modernidad. La política de derechos humanos al final del siglo es un factor clave para entender tal crisis.

Se pueden identificar tres tensiones. La primera ocurre entre la regulación social y la emancipación social. He sostenido que el paradigma de la modernidad está basado en la idea de una tensión dialéctica creativa entre la regulación social y la emancipación social, que todavía puede ser escuchada, aunque por lo menos débilmente, en el lema positivista de “or-

---

<sup>1</sup> En otra parte, trato con detenimiento las tensiones dialécticas de la modernidad occidental (Santos, 1995).

den y progreso". A finales de este siglo esta tensión ha dejado de ser una tensión creativa. La emancipación ha dejado de ser el otro de la regulación para convertirse en el doble de la regulación. Mientras que hasta finales de los 70 la crisis de la regulación social fue afrontada por el fortalecimiento de las políticas emancipadoras, hoy en día presenciamos una crisis social doble: la crisis de la regulación social simbolizada por la crisis del Estado regulatorio y del Estado de bienestar, y la crisis de la emancipación social, simbolizada por la crisis de la revolución social y del socialismo como paradigma de la transformación social radical. La política de derechos humanos, que ha sido a la vez una política emancipadora y regulatoria, está atrapada en esta crisis doble, mientras que intenta, al mismo tiempo, superarla.

La segunda tensión dialéctica se presenta entre el Estado y la sociedad civil. El Estado moderno, aunque minimalista, es potencialmente un Estado maximalista, en la medida en que la sociedad civil, –como el otro del Estado– se reproduce a sí misma por medio de leyes y regulaciones que emanan del Estado y para las que parece no existir límite, en tanto sean respetadas las reglas democráticas para la creación de leyes. Los derechos humanos están en el núcleo de esta tensión: mientras que los derechos humanos de primera generación fueron diseñados como una lucha de la sociedad civil contra el Estado, considerado como el único violador de los derechos humanos, los derechos humanos de la segunda y tercera generación recurren al Estado como el garante de los derechos humanos.

Finalmente, la tercera tensión se presenta entre el Estado nacional y globalización. El modelo político de la modernidad occidental es un modelo de Estados nacionales soberanos que coexisten en un sistema internacional de estados igualmente soberanos, el sistema interestatal. El Estado nacional es la escala y la unidad privilegiada de la regulación y la emancipación social. Por una parte, el sistema interestatal siempre ha sido concebido como una sociedad más o menos anárquica, gobernada por una legalidad muy blanda; por la otra, las luchas emancipadoras internacionalistas, a saber, el internacionalismo de la clase trabajadora, siempre ha sido más aspiración que realidad. Hoy, la erosión selectiva del Estado nacional debida a la intensificación de la globalización plantea la cuestión de si la regulación social y la emancipación social van a ser desplazadas al nivel global. Hemos comenzado a hablar de una sociedad civil global, del gobierno global, de la igualdad global, de esferas públicas transnacionales. El reconocimiento mundial de la política de los derechos humanos está a la vanguardia de este proceso. La tensión, no obstante, reside en el hecho de que en aspectos muy cruciales la política de los derechos humanos es cultural. Tanto es así que incluso podemos pensar que al final del siglo los derechos humanos simbolizaron el retorno de lo cultural e incluso de lo religioso. Pero hablar de religión y cultura es hablar de diferencia, de límites, de particularidad. ¿Cómo pueden ser a la vez los derechos humanos una política global y cultural?

Mi propósito aquí es, en consecuencia, desarrollar un marco analítico para resaltar y apoyar el potencial emancipador de la política de los derechos humanos en el doble contexto de la globalización, por un lado, y de la política de la fragmentación cultural y la identidad, por el otro. Mi intención es establecer tanto la competencia global como la legitimidad local para una política progresista de derechos humanos: los derechos humanos como la fuerza motriz y el lenguaje de unas esferas públicas locales, nacionales y transnacionales siempre incluyentes<sup>2</sup>.

## Sobre las globalizaciones

La globalización es muy difícil de definir. Muchas definiciones se concentran en la economía, es decir, en la nueva economía mundial que ha emergido en las tres últimas décadas como consecuencia de la globalización de la producción de bienes y servicios, y de los mercados financieros. Éste es un proceso a través del cual las corporaciones transnacionales y las instituciones financieras multilaterales han alcanzado una preeminencia nueva y sin precedentes como actores internacionales.

Para mis propósitos analíticos prefiero una definición de la globalización que es más sensible a las dimensiones culturales, sociales y políticas. Parto de la suposición de que lo que usualmente llamamos globalización consiste en grupos de relaciones sociales; cuando estos grupos de relaciones sociales cambian, la globalización también lo hace. Estrictamente no hay una entidad singular llamada globalización; hay, más bien, globalizaciones, y debemos usar el término únicamente en plural. Cualquier concepto comprensivo debería ser siempre procedimental, en lugar de sustantivo. Por otra parte, si las globalizaciones son paquetes de relaciones sociales, lo último está atado a la generación de conflictos, por tanto, de perdedores y ganadores. Más a menudo que el caso contrario, el discurso sobre la globalización es la historia de los ganadores tal y como es contada por los ganadores. Actualmente, la victoria es aparentemente tan absoluta que los derrotados al final desaparecen completamente de la narración.

Aquí está mi definición de globalización: es un proceso por el cual una entidad o condición local tiene éxito en extender su alcance sobre el globo y, al lograrlo, desarrolla la capacidad para designar una entidad o condición social rival como local.

Las implicaciones más importantes de esta definición son las siguientes: primero, bajo las condiciones del sistema mundial del capitalismo

---

<sup>2</sup> Por esfera pública entiendo un campo de decisión e interacción social en el que individuos, grupos y asociaciones, a través de la retórica dialéctica y reglas procedimentales compartidas, 1) definen equivalencias así como jerarquías entre intereses, reclamos e identidades; y 2) aceptan que tanto las reglas como las definiciones sean controvertidas en el tiempo por intereses previamente excluidos, no reconocidos o silenciados, por reclamos e identidades del mismo u otros individuos, grupos y asociaciones.

occidental no existe una globalización genuina. Lo que llamamos globalización es siempre la globalización exitosa de un localismo dado. En otras palabras, no hay una condición global para la cual no podamos encontrar una raíz local, un empotramiento cultural específico. La segunda implicación es que la globalización supone la localización. En consecuencia, sería igualmente correcto en términos analíticos si definiéramos la actual situación y nuestros temas de investigación en términos de localización, en lugar de globalización. La razón por la cual preferimos el último término es porque el discurso científico hegemónico tiende a preferir la historia del mundo tal y como es contada por los ganadores. Pueden ser dados muchos ejemplos de cómo la globalización supone la localización. El idioma inglés, como *lingua franca*, es uno de tales ejemplos. Su expansión como lenguaje global ha supuesto la localización de otros idiomas potencialmente globales, a saber, el idioma francés.

En consecuencia, una vez un proceso de globalización dado es identificado, su significado completo y explicación no podrían ser obtenidos sin considerar los procesos adyacentes de relocalización que ocurren en *tándem*\* y que están entrelazados con él. La globalización del sistema de estrellas de Hollywood puede implicar la etnización del sistema de estrellas hindú producido por la alguna vez fuerte industria cinematográfica de la India. Similarmente, los actores italianos o franceses de los sesenta –de Brigitte Bardot a Alain Delon, de Marcello Mastroiani a Sofia Loren, quienes entonces simbolizaban la manera universal de la actuación, hoy parecen, cuando vemos sus películas de nuevo, más bien étnica o parroquialmente europeos. Entre entonces y ahora, la manera hollywoodesca de actuación se las ha arreglado para globalizarse a sí misma.

Una de las transformaciones más comúnmente asociadas con la globalización es la condensación del tiempo y del espacio, es decir, el proceso social por el cual un fenómeno acelera y se esparce a lo largo del globo. Aunque aparentemente monolítico, este proceso en verdad combina situaciones y condiciones altamente diferenciadas, y por esta razón no puede ser analizado independientemente de las relaciones de poder que explican las formas diferentes de movilidad del tiempo y del espacio. Por una parte, existe la clase capitalista transnacional, que está a cargo de la condensación del tiempo y del espacio, y que es capaz de modificarlo en función de su propio beneficio. Por otra parte, las clases y grupos subordinados, tales como los trabajadores migratorios y los refugiados, que también están haciendo mucho movimiento físico pero de ninguna manera con control sobre la condensación del tiempo y del espacio. Entre los ejecutivos corporativos, los inmigrantes y los trabajadores, los turistas representan un tercer modo de producción de la condensación del tiempo y del espacio.

---

\* En latín, a lo largo de una línea. (N. del T.)

También están aquellos que pesadamente contribuyen a la globalización pero que, sin embargo, permanecen prisioneros de su tiempo-espacio local. Los campesinos de Bolivia, Perú y Colombia, al cultivar coca, contribuyen decisivamente a la cultura mundial de la droga, pero ellos mismos siguen tan “localizados” como siempre. Justo como los habitantes de las favelas de Río de Janeiro, quienes permanecen prisioneros de la vida del invasor de tierras, mientras que sus canciones y bailes forman parte de una cultura musical globalizada. Finalmente, y desde otra perspectiva, la competencia global requiere algunas veces la acentuación de la especificidad local. Muchos de los lugares turísticos de hoy deben ser altamente exóticos, vernaculares y tradicionales si quieren llegar a ser suficientemente competitivos para ingresar al mercado mundial del turismo.

Para explicar estas asimetrías, la globalización, como he sugerido, debería siempre ser mencionada en plural. En un sentido más bien relajado, para dar cuenta de esta diversidad podríamos hablar de diferentes modos de producción de globalización. Distingo cuatro modos de producción de la globalización, los cuales generan cuatro formas de la misma.

La primera podría denominarse *localismo globalizado*. Éste consiste en el proceso por el cual un fenómeno local dado es exitosamente globalizado, bien sea en la operación mundial de las corporaciones transnacionales, en la transformación del idioma inglés en *lingua franca*, en la globalización de la comida rápida o la música popular estadounidense o en la adopción mundial del derecho de propiedad intelectual estadounidense y la nueva *lex mercatoria*.

La segunda forma de globalización podría denominarse *globalismo localizado*. Éste consiste en el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales que son de ese modo desestructuradas y reestructuradas para responder a los imperativos transnacionales. Tales globalismos localizados incluyen: enclaves de libre comercio; deforestación y masivo agotamiento de los recursos naturales para pagar la deuda externa; el uso turístico de tesoros históricos, de los lugares religiosos o ceremonias, de los artes y oficios, y la vida salvaje; desechos ecológicos; la conversión de la agricultura orientada a la exportación como parte del “ajuste estructural”; la etnicización del lugar de trabajo.

La división internacional del globalismo asume el siguiente patrón: los países centrales se especializan en localismos globalizados, mientras que la opción de los globalismos localizados es impuesta a los países periféricos. El sistema mundial es una red de globalismos localizados y de localismos globalizados<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Se ha sostenido (Castells, 1996: 92, 112) que la nueva economía global, basada en el capital informativo, ha eliminado la distinción entre países centrales, periféricos y semiperiféricos. En mi opinión, la distinción se mantiene así como la jerarquía que contiene. Más que nunca yace en la combinación

No obstante, la intensificación de las interacciones globales conlleva otros dos procesos que no pueden ser adecuadamente caracterizados ni como localismos globalizados ni como globalismos localizados. Al primero podría denominarlo cosmopolitismo. Las formas predominantes de dominación no excluyen la posibilidad para Estados-nación, regiones, clases o grupos sociales y sus aliados de organizarse transnacionalmente en defensa de intereses que se perciben como comunes, y de usar en su beneficio las capacidades para la interacción transnacional creadas por el sistema mundial. Las actividades cosmopolitanas incluyen, entre otras, diálogos y organizaciones Sur-Sur, nuevas formas de internacionalismo laboral, redes transnacionales de grupos de mujeres, de pueblos indígenas y organizaciones de derechos humanos, servicios legales alternativos transfronterizos, solidaridad Norte/Sur anticapitalista, ONG de abogacía transformativa, redes de desarrollo alternativo y grupos de medio ambiente sostenible, movimientos literarios, artísticos y científicos en la periferia del sistema mundial en busca de valores culturales no imperialistas, y mucho más. A pesar de la heterogeneidad de las organizaciones involucradas, la contestación a la reunión de la Organización Mundial del Comercio en Seattle (noviembre 30 de 1999) fue un buen ejemplo de lo que llamo cosmopolitismo<sup>4</sup>.

El otro proceso que no puede ser descrito adecuadamente ni como un localismo globalizado ni tampoco como un globalismo localizado es la aparición de asuntos que, por su naturaleza, son tan globales como el globo mismo y que denominaría, redactando libremente desde el derecho internacional, la *herencia común de la humanidad*. Éstos son asuntos que sólo tienen sentido como referidos al globo en su totalidad: la sostenibilidad de la vida humana en la Tierra, por ejemplo, y asuntos semejantes como la protección de la capa de ozono, del Amazonas, de la Antártica, de la

---

específica de actividades, producciones, sectores, sistemas de empleo, etc., centrales y periféricas en cada país. La predominancia en la combinación de tratos centrales implica que el país se especializa en localismos globalizados; la preponderancia de los tratos periféricos, por el contrario, trae consigo la preponderancia de globalismos localizados. Los países semiperiféricos son aquellos con un balance inestable entre localismos globalizados y globalismos localizados.

<sup>4</sup> No utilizo cosmopolitismo en el sentido convencional moderno. En la modernidad occidental el cosmopolitismo es asociado con el universalismo sin raíces y con el individualismo, con la ciudadanía mundial, con la eliminación de las fronteras o límites territoriales y culturales. Esta idea es expresada en la "ley cósmica" de Pitágoras, en la *philalelia* de Demócrito, en la idea medieval de la *res publica christiana*, en la concepción renacentista de "humanitas", cuando Voltaire dice "para ser un buen patriota uno necesita convertirse en el enemigo del resto del mundo" y, finalmente, en el internacionalismo laboral de inicios del siglo XXI. Para mí, cosmopolitismo es la solidaridad transfronteriza entre grupos que son explotados, oprimidos o excluidos por la globalización hegemónica. Bien como poblaciones hiperlocalizadas (p. ej. los pueblos indígenas de la cordillera de Los Andes) o como poblaciones hipertransnacionalizadas (p. ej. los pueblos indígenas de Brasil, Colombia o la India, desplazados por "proyectos de desarrollo", y los inmigrantes ilegales de Europa y Norteamérica), estos grupos experimentan una comprensión del tiempo y del espacio sobre la que no tienen control.

biodiversidad del lecho marino profundo. Además, incluiría en esta categoría la exploración del espacio exterior, de la luna y de otros planetas, dado que las interacciones de estos últimos con la Tierra forman parte también de la herencia común de la humanidad. Todos estos asuntos se refieren a recursos que, por su misma naturaleza, deben ser administrados por fideicomisarios de la comunidad internacional en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

El interés por el cosmopolitismo y la herencia común de la humanidad ha sufrido un gran desarrollo en las últimas décadas; pero también ha generado una resistencia poderosa. En particular la herencia común de la humanidad ha estado bajo el ataque constante de los países hegemónicos, especialmente de Estados Unidos. Los conflictos, las resistencias, luchas y coaliciones que se agrupan alrededor del cosmopolitismo y de la herencia común de la humanidad muestran que lo que llamamos globalización es en realidad un conjunto de arenas de luchas transfronterizas.

Para mi propósito en este ensayo, resulta útil la distinción entre la globalización desde arriba y la globalización desde abajo, o entre la globalización hegemónica y la globalización contrahegemónica. Lo que denomino como localismo globalizado y como globalismos localizados son globalizaciones desde arriba; el cosmopolitismo y la herencia común de la humanidad son globalizaciones desde abajo.

## **Los derechos humanos como guión emancipatorio**

La complejidad de los derechos humanos radica en que pueden ser concebidos o bien como una forma de localismo globalizado o como una forma de cosmopolitanismo o, en otras palabras, como una globalización desde arriba o desde abajo. Mi propósito es especificar las condiciones bajo las cuales los derechos humanos pueden ser concebidos como globalizaciones del último tipo. En este ensayo no cubriré todas las condiciones necesarias sino sólo las culturales. Mi argumento es que mientras los derechos humanos sean concebidos como derechos humanos universales, tenderán a funcionar como un localismo globalizado, como una forma de globalización desde arriba. Concebidos, como lo han sido, como universales, los derechos humanos siempre serán un instrumento del “choque de civilizaciones” descrito por Samuel Huntington, es decir, de la lucha del Oeste contra los demás. Su competencia global será obtenida a costa de su legitimidad local. Por el contrario, el multiculturalismo progresista es una precondition para una relación balanceada y mutuamente reforzada entre competencia global y legitimidad local, los dos atributos de una política contrahegemónica de derechos humanos en nuestro tiempo.

Sabemos, por supuesto, que los derechos humanos no son universales en su aplicación. En nuestro tiempo son consensualmente distinguidos cuatro regímenes de derechos humanos en el mundo: el europeo, el

interamericano, el africano y el régimen asiático<sup>5</sup>. ¿Pero son universales como artefactos culturales, como una especie de invariable cultural, una cultura global? Mi respuesta es no. Aun cuando todas las culturas tienden a definir sus valores últimos como los más extendidos, sólo la cultura occidental tiende a concentrarse en la universalidad. La pregunta por la universalidad de los derechos humanos traiciona la universalidad de lo que interroga por la forma como lo pregunta. En otras palabras, la pregunta por la universalidad de los derechos humanos es particular, de la cultura occidental.

El concepto de derechos humanos descansa sobre un conjunto bien conocido de presuposiciones, todas las cuales son indistintamente occidentales, a saber: que existe una naturaleza humana universal que puede ser conocida por medios racionales; que la naturaleza humana es esencialmente diferente de y superior al resto de la realidad; que el individuo tiene una dignidad absoluta e irreducible que debe ser defendida de la sociedad o del Estado; que la autonomía del individuo requiere que la sociedad sea organizada de una forma no jerárquica, como una suma de individuos libres (Panikkar, 1984:30). Teniendo en cuenta que todas estas presuposiciones son claramente occidentales y liberales, y fácilmente distinguibles de otras concepciones de dignidad en otras culturas, uno podría preguntar por qué la cuestión de la universalidad de los derechos humanos ha llegado a ser tan calurosamente debatida, por qué, en otras palabras, la universalidad sociológica de esta pregunta ha superado su universalidad filosófica.

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 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. Actualmente, lo mismo se puede decir de los países de la Unión Europea, siendo el ejemplo más conmovedor el silencio que mantuvo escondido de los

---

<sup>5</sup> Para un análisis más extenso de los cuatro regímenes, ver Santos 1995:330-37, y la bibliografía que allí se cita.

Europeos por más de una década el genocidio del pueblo Maubere, facilitando de ese modo el próspero y silencioso comercio internacional con Indonesia.

El sello liberal occidental en el discurso dominante de los derechos humanos puede ser rastreado en muchas otras instancias: en la Declaración Universal de 1948, que fue preparada sin la participación de la mayoría de los pueblos del mundo; en el reconocimiento exclusivo de los derechos individuales, con la única excepción del derecho colectivo a la autodeterminación que, no obstante, fue restringido a los pueblos sometidos al colonialismo europeo; en la prioridad dada a los derechos civiles o políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y en el reconocimiento del derecho a la propiedad como el primero y, por mucho años, único derecho económico.

Pero ésta no es toda la historia. A lo largo del mundo, millones de personas y miles de organizaciones no gubernamentales han estado luchando por los derechos humanos, a menudo corriendo un gran riesgo, en defensa de las clases sociales oprimidas y de grupos que en muchos casos han sido victimizados por Estados capitalistas autoritarios. Las agendas políticas de tales luchas son usualmente implícita o explícitamente anticapitalistas. Se ha desarrollado un discurso y una práctica de derechos humanos contrahegemónica, han sido propuestas concepciones no occidentales de derechos humanos, se han organizado diálogos interculturales sobre derechos humanos. La tarea central de las políticas emancipadoras de nuestro tiempo, en este terreno, consiste en transformar la conceptualización y la práctica de los derechos humanos de un localismo globalizado a un proyecto cosmopolita.

¿Cuáles son las condiciones para semejante transformación? La primera premisa es que es imperativo trascender el debate sobre el universalismo y el relativismo cultural. Dicho debate es inherentemente falso, cuyos conceptos polares son conjunta e igualmente perjudiciales para una concepción emancipadora de los derechos humanos. Todas las culturas son relativas, pero el relativismo cultural, como postura filosófica, es erróneo. Todas las culturas aspiran a valores y asuntos últimos, pero el universalismo cultural, como postura filosófica, es erróneo. Contra el universalismo debemos proponer diálogos interculturales sobre preocupaciones isomórficas. Contra el relativismo, debemos desarrollar criterios procedimentales interculturales para distinguir las políticas progresistas de las reaccionarias, el apoderamiento del desapoderamiento, la emancipación de la regulación. Teniendo en cuenta que el debate provocado por los derechos humanos puede convertirse en un diálogo competitivo entre diferentes culturas sobre los principios de la dignidad humana, es imperativo que tal competencia incentive a las coaliciones transnacionales a correr hacia la cima y no hacia el fondo (¿cuáles son los estándares mínimos absolutos? ¿Cuáles son los derechos humanos más básicos? ¿Cuáles son los denominadores comunes más bajos?). El comentario cauteloso expresado con frecuencia contra la

sobrecarga de la política de los derechos humanos con derechos nuevos y más avanzados o con concepciones diferentes y más amplias de los derechos humanos (Donelly, 1989: 109-24), es una manifestación tardía de la reducción de los reclamos emancipadores de la modernidad occidental al nivel más bajo de emancipación hecho posible o tolerado por el capitalismo mundial. Los derechos humanos de baja intensidad, como la otra cara de la democracia de baja intensidad.

La segunda premisa es que todas las culturas tienen concepciones de dignidad humana pero no todas ellas la consideran como un derecho humano. En consecuencia, es importante buscar preocupaciones isomórficas entre diferentes culturas. Diferentes nombres, conceptos y *Weltanschauungen* pueden comunicar aspiraciones o preocupaciones similares o mutuamente inteligibles.

La tercera premisa es que todas las culturas son incompletas y problemáticas en su concepción de la dignidad humana. La incompletud se deriva del hecho mismo de que existe una pluralidad de culturas. Si cada cultura fuera tan completa como reclama ser, habría una única cultura. La idea de completud está en el origen de un exceso de significado que parece atormentar a todas las culturas. La incompletud, entonces, puede apreciarse mejor desde afuera, desde la perspectiva de otra cultura. Una de las tareas más cruciales en la construcción de una concepción multicultural de los derechos humanos es elevar la conciencia de la incompletud cultural a su máximo posible.

La cuarta premisa es que todas las culturas tienen versiones diferentes de la dignidad humana, algunas más amplias que otras, algunas con un círculo de reciprocidad más grande que otras, algunas más abiertas a otras culturas que otras. Por ejemplo, la modernidad occidental se ha desdoblado en dos concepciones y prácticas de derechos humanos altamente divergentes –la liberal o la socialdemócrata o marxista– la primera enfatizando los derechos civiles y políticos, la segunda priorizando los derechos económicos y sociales<sup>6</sup>.

Finalmente, la quinta premisa es que todas las culturas tienden a distribuir a las personas y grupos sociales de acuerdo con dos principios competitivos de pertenencia jerárquica. Una opera a través de jerarquías entre unidades homogéneas. La otra opera por medio de la separación entre identidades únicas y diferencias. Los dos principios no se traslapan necesariamente y por esta razón no todas las igualdades son idénticas y no todas las diferencias son desiguales.

Éstas son las premisas de un diálogo intercultural sobre la dignidad humana que eventualmente puede conducir a una concepción *mestiza* de los derechos humanos, una concepción que en lugar de recurrir a falsos

---

<sup>6</sup> Ver, por ejemplo, Pollis and Schwab (1979); Pollis (1982); An-na'im (1992).

universalismos, se organice como una constelación de significados locales mutuamente inteligibles, como redes de referencias normativas de apoderamiento.

### Hacia una hermenéutica diatópica

En el caso del diálogo intercultural, el intercambio no es únicamente entre conocimientos diferentes sino también entre culturas diferentes, es decir, entre diferentes, en un sentido fuerte, universos de sentido inconmensurables. Estos universos de sentido consisten en constelaciones de *topoi* fuertes. Estos son los lugares comunes preeminentes de una cultura dada. Funcionan como premisas de argumentación, haciendo posible de esta manera la producción e intercambio de argumentos. Los *topoi* fuertes se hacen altamente vulnerables y problemáticos cada vez que son “usados” en una cultura distinta<sup>7</sup>. Lo mejor que les puede pasar es que sean “bajados” de premisas de argumentación a argumentos. De esta manera puede resultar bastante difícil, sino completamente imposible, entender una cultura determinada desde el *topoi* de otra cultura. Quiero proponer en consecuencia una hermenéutica diatópica. En el campo de los derechos humanos y la dignidad, la movilización de apoyo social a las reivindicaciones emancipadoras que contienen potencialmente sólo es alcanzable si tales reivindicaciones han sido aprehendidas en el contexto cultural local. La aprehensión, en este sentido, no se puede obtener a través de la canabalización cultural. Ella requiere diálogo intercultural y hermenéutica diatópica.

La hermenéutica diatópica está basada en la idea de que los *topoi* de una cultura individual, sin importar qué tan fuertes puedan ser, son tan incompletos como la cultura misma. Dicha incompletud no es apreciable desde la cultura, dado que la aspiración a la incompletud induce a tomar *pars pro toto*. El objetivo de la hermenéutica diatópica no es, en consecuencia, alcanzar la completud –siendo éste un objetivo inalcanzable– sino, por el contrario, elevar la conciencia de la incompletud a su máximo posible participando en el diálogo, como si se estuviera con un pie en una cultura y el otro en la restante. Aquí yace su carácter diatópico<sup>8</sup>.

Una hermenéutica diatópica puede ser llevada a cabo entre el *topos* de los derechos humanos en la cultura occidental, el *topos* del *dharma* en la cultura hindú y el *topos* del *umma* en la cultura islámica. Puede ser argüido que es incorrecto e ilegítimo comparar o contrastar una concepción secular de la dignidad humana (la occidental) con concepciones religiosas

<sup>7</sup> En los intercambios interculturales uno puede sentir usualmente la necesidad de explicar y justificar ideas y cursos de acción que en la propia cultura son tan autoevidentes y de sentido común, que suministrar una explicación o una justificación de los mismos puede ser extraño, incómodo, sino completamente ridículo.

<sup>8</sup> Ver también Panikkar (1984: 28). Etimológicamente, diatópico evoca el lugar (Gr. *topos*), dos (Gr. *di*), y a través o a lo largo (Gr. *día*-).

(la islámica y la hindú)<sup>9</sup>. En contra de este argumento, tengo dos respuestas. Primero, la distinción secular/religioso es distintivamente occidental y en consecuencia lo que distingue cuando es aplicada a la cultura occidental no es equivalente a lo que distingue cuando es aplicada a una cultura no occidental. Por ejemplo, lo que se considera como secular en una sociedad en la que predominan una o varias culturas no occidentales es usualmente considerado, cuando es visto desde estas culturas, como una variedad de lo religioso. La segunda respuesta es que la secularización nunca ha sido completamente alcanzada en occidente. Lo que se considera como secular es el producto de un consenso, en el mejor de los casos democráticamente obtenido, sobre un compromiso con un anhelo religioso. Por esta razón, las concepciones del secularismo varían abiertamente dentro de los países europeos. En cualquier caso, las raíces judeocristianas de los derechos humanos – empezando con las tempranas escuelas del derecho natural moderno – son todas demasiado visibles<sup>10</sup>. Bajo tales condiciones, la propia distinción secular/religioso debe ser sometida también a la hermenéutica diatópica.

De acuerdo con Panikkar, el *dharma*

es lo que mantiene, da cohesión y, por tanto, da fuerza a cualquier cosa, a la realidad y, en últimas, a los tres mundos (*triloka*). La justicia conserva unidas las relaciones humanas; la moralidad lo conserva a uno mismo en armonía; el derecho es el principio vinculante de las relaciones humanas; la religión es lo que mantiene al universo en existencia; el destino es lo que nos une con nuestro futuro; la verdad es la cohesión interna de una cosa. Un mundo en el que la noción de *dharma* es central y casi omnipresente no se preocupa por encontrar el “derecho” de una persona contra otra o del individuo frente a la sociedad, sino más bien por estimar el carácter *dhármico* (correcto, verdadero, consistente) o *adhármico* de una cosa o una acción dentro de todo el complejo antropocósmico de la realidad (1984:39)<sup>11</sup>.

Vistos desde el *topos* del *dharma*, los derechos humanos son incompletos en cuanto no logran establecer el vínculo entre la parte (el indivi-

<sup>9</sup> Frecuentemente ha sido argüido que el hinduismo no es una religión bien definida, claramente identificable en el sentido del islam o el cristianismo, “sino más bien una conglomeración de ‘conjuntos’ o formaciones similares débilmente coordinadas y de alguna manera amorfas” (Halbfass, 1991: 51).

<sup>10</sup> Ashis Nandy ha sido uno de los críticos más influyentes y consistentes del secularismo occidental aplicado al contexto indio (1988;1998); él ha mostrado cómo el resiente resurgimiento de la ideología religiosa en la India (el partido Hindutva y el Bharatiya Janata Party) es parte y objeto de las políticas secularizadas. Bhargava (1995;1998) proporciona un análisis detallado e inteligente del concepto de secularismo. Resalta los temas complejos que el concepto suscita en el contexto indio, y ofrece una perspectiva nueva e innovadora sobre el secularismo en las sociedades occidentales. Ver además Chandhoke (1999) para una discusión acerca del secularismo y los derechos de las minorías religiosas.

<sup>11</sup> Ver además Halbfass (1991); K. Inada (1990); K. Mitra (1982); R. Thapar (1966). De acuerdo con Knipe (1991: 156), el *dharma* es “el deber espiritual conforme a la ley y orden cósmicos; posiblemente la palabra sánscrita más cercana para ‘religión’”.

duo) y el todo (la realidad), o aún más firmemente, en que se concentran en aquello que es meramente derivado, en los derechos, más que en el imperativo primordial, el deber de los individuos de encontrar su lugar en el orden de toda sociedad, y de todo el cosmos. Vista desde el *dharma* y, en verdad, también desde el *umma*, la concepción occidental de los derechos humanos está plagada de una simetría simplista y mecanicista entre deberes y derechos. Otorga derechos sólo a aquéllos a quienes puede exigir deberes. Esto explica por qué la naturaleza no tiene derechos de acuerdo con los derechos humanos occidentales: porque no se le puede imponer ningún deber. Por la misma razón es imposible otorgar derechos a las generaciones futuras: no tienen derechos porque no tienen deberes.

Por otra parte, visto desde el *topos* de los derechos humanos, el *dharma* es también incompleto debido a su fuerte prejuicio no dialéctico a favor de la armonía del statu quo social y religioso, ocultando de ese modo injusticias y descuidando totalmente el valor del conflicto como un camino que conduce hacia una armonía más rica. Además, el *dharma* no se preocupa por los principios del orden democrático, ni por la libertad individual y la autonomía, y niega el hecho de que, sin derechos primordiales, el individuo es una entidad demasiado frágil para evitar ser superado por cualquiera que lo/la trascienda. Además, el *dharma* tiende a olvidar que el sufrimiento humano tiene una dimensión individual irreducible: las sociedades no sufren, las personas sí.

En otro nivel conceptual, la misma hermenéutica puede ser intentada entre el *topos* de los derechos humanos y el *topos* del *umma* en la cultura islámica. Los pasajes del Corán en donde aparece la palabra *umma* son tan variados que su significado no puede ser definido con rigidez. Esto, no obstante, parece ser cierto: siempre se refiere a cuerpos de personas étnicos, religiosos o políticos que son objetos del plan divino de salvación. A medida que la actividad profética de Muhammad progresaba, las bases religiosas del *umma* se hicieron cada vez más aparentes y por consiguiente el *umma* de los árabes fue transformado en el *umma* de los musulmanes. Vistos desde el *topos* del *umma*, la incompletud de los derechos individuales reside en el hecho de que sobre su base es imposible fundamentar los vínculos individuales y colectivos sin los cuales ninguna sociedad puede sobrevivir, mucho menos florecer. Aquí yace la dificultad en la concepción occidental de los derechos humanos para aceptar los derechos colectivos de los pueblos o grupos sociales, sean las minorías étnicas, las mujeres o los pueblos indígenas. La anterior es de hecho una instancia específica de una dificultad más amplia: la dificultad de definir la sociedad como un escenario de solidaridad completa, y como una obligación política horizontal. Central para Rousseau, esta idea de comunidad fue desechada por la dicotomía liberal que coloca a la sociedad civil por debajo del Estado.

A la inversa, desde el *topos* de los derechos humanos individuales, el *umma* sobreenfatiza los deberes en detrimento de los derechos y, por esta

razón, está obligado a condonar lo que de otra manera serían iniquidades abominables, como la desigualdad entre hombres y mujeres y entre musulmanes y no musulmanes. Tal y como es develado por la hermenéutica diatópica, la debilidad fundamental de la cultura occidental consiste en que crea una dicotomía demasiado estricta entre el individuo y la sociedad, lo que la hace así vulnerable al individualismo posesivo, al narcisismo, a la alienación y a la anomia. De otro lado, la debilidad fundamental de las culturas hindú e islámica consiste en que ninguna de ellas logra reconocer que el sufrimiento humano tiene una dimensión individual irreducible que sólo puede ser tratada de manera adecuada en una sociedad organizada no jerárquicamente.

El reconocimiento de la incompletud y debilidad recíprocas es una condición *sine qua non* para un diálogo intercultural. La hermenéutica diatópica edifica sobre la identificación local de la incompletud y la debilidad, y sobre su inteligibilidad translocal. En el área de los derechos humanos y la dignidad, el apoyo social para las reivindicaciones emancipadoras que potencialmente contienen sólo es alcanzable si dichas reivindicaciones han sido apropiadas por el contexto cultural local. La apropiación, en este sentido, no puede ser obtenida a través de la canibalización cultural. Ésta requiere del diálogo intercultural y de la hermenéutica diatópica. Un buen ejemplo de la hermenéutica diatópica es dado por Abdullahi Ahmed An-na'im (1990;1992).

Existe un debate prolongado acerca de las relaciones entre el islamismo y los derechos humanos, y la posibilidad de una concepción islámica de los mismos<sup>12</sup>. Este debate abarca una amplia serie de posiciones, y su impacto se extiende mucho más allá del mundo islámico. Corriendo el riesgo de una excesiva simplificación, en este debate pueden ser identificadas dos posiciones extremas. La primera, absolutista o fundamentalista, es sostenida por aquéllos para quienes el islam, la Shari, debe ser aplicada totalmente como el derecho del Estado islámico. De acuerdo con esta posición, existen inconsistencias irreconciliables entre la Shari y la concepción occidental de los derechos humanos, pero la Shari debe prevalecer. Por ejemplo, en el caso del estatus de los no musulmanes, la Shari dictamina la creación de un Estado para los musulmanes como los únicos ciudadanos, mientras que los no musulmanes no tienen derechos políticos; la paz entre musulmanes y no musulmanes es siempre problemática y las confrontaciones pueden ser inevitables. En lo relativo a las mujeres, no existe la cuestión de la igualdad; la Shari ordena la segregación de las mujeres y, de acuerdo con algunas interpretaciones más estrictas, incluso las excluye completamente de la vida pública.

---

<sup>12</sup> Además de An-na'im (1990; 1992), ver Dwyer (1991); Mayer (1991); Leites (1991); Afkhami (1995). Ver también Hassan (1982); y Al Faruqi (1983). Sobre el asunto más amplio de las relaciones entre la modernidad y el resurgimiento islámico ver, por ejemplo, Sharabi (1992) y Shariati (1986).

En el otro extremo están los secularistas o modernistas, quienes creen que los Musulmanes deberían organizarse bajo la forma de Estados seculares. El islam es un movimiento espiritual y religioso, no político, y, como tal, las sociedades musulmanes modernas son libres para organizar su gobierno de la manera que estimen apropiada y acorde con las circunstancias. La aceptación de los derechos internacionales es un asunto de decisión política en el que no interfieren consideraciones religiosas. Sólo un ejemplo entre muchos: una ley tunecina de 1956 prohibió completamente la poligamia con base en el argumento de que ésta ya no era aceptable y que la exigencia coránica de justicia entre co-esposas era imposible de cumplir en la práctica por cualquier hombre, excepto para el Profeta.

An-na'im critica las dos posiciones extremas. La vía *per mezzo* que propone busca establecer una base *cross-cultural* para los derechos humanos, identificando las áreas de conflicto entre la Shari y "los estándares de derechos humanos", y buscando una relación y reconciliación positiva entre los dos sistemas. Por ejemplo, el problema de la Shari histórica es que excluye de este principio a las mujeres y a los no musulmanes. Entonces, es necesaria una reforma o reconstrucción de la Shari. El método propuesto para tal "reforma islámica" está basado en una aproximación evolucionista a las fuentes islámicas, que busca en ellas el contexto histórico específico dentro del cual la Shari fue creada a partir de las fuentes originales del Islam por los juristas fundadores de los siglos VIII y IX. A la luz de dicho contexto, una construcción restringida del otro fue probablemente justificada. Pero esto ya no es así. Por el contrario, en el contexto presente existen dentro del Islam justificaciones plenas para una lectura más ilustrada.

Siguiendo las enseñanzas de *Ustadh* Mahmoud, An-na'im muestra que un examen detenido del contenido del Corán y del Sunna revela dos etapas o niveles del mensaje del Islam, uno del periodo temprano de la Meca y el otro del periodo subsiguiente de Medina. El mensaje temprano de la Meca es el eterno y fundamental del Islam, y enfatiza la dignidad inherente de todos los seres humanos, sin importar su género, creencia religiosa o raza. Bajo las condiciones históricas del siglo XVII (el periodo de Medina) este mensaje fue considerado demasiado avanzado, fue suspendido, y su implementación fue pospuesta hasta que las circunstancias apropiadas emergieran en el futuro. El tiempo y el contexto, asegura An-na'im, están ahora maduros para ello.

No me corresponde evaluar la validez específica de esta propuesta dentro de la cultura islámica. Esto es precisamente lo que distingue a la hermenéutica diatópica del orientalismo. Lo que quiero resaltar en el enfoque de An-na'im es el intento de transformar la concepción occidental de los derechos humanos en una intercultural que vindique la legitimidad islámica en lugar de renunciar a ella. De manera abstracta y desde afuera, es difícil juzgar si un enfoque religioso o secularista tiene más probabilidad-

des de éxito en un diálogo intercultural sobre los derechos humanos basado en el Islam. No obstante, teniendo en mente que los derechos humanos occidentales son la expresión de un profundo, aunque incompleto, proceso de secularización que no es comparable con nada de la cultura islámica, me inclinaría por sugerir que, en el contexto musulmán, la energía necesitada para movilizar un proyecto cosmopolita de derechos humanos sería generada más fácilmente dentro de un marco religioso ilustrado. Si es así, la aproximación de An-na'im es bastante prometedora.

En la India se persigue una vía *per mezzo* similar por algunos grupos de derechos humanos y, particularmente, por reformadores sociales intocables. Ésta consiste en basar la lucha por la justicia y la igualdad de los intocables en las nociones hindúes de *dharma* y *kharma*, revisándolas y reinterpretándolas, o incluso subvirtiéndolas selectivamente de tal forma que las convierta en fuentes de legitimidad y fuerza para protestas y manifestaciones. Una ilustración de dichas revisiones es el creciente énfasis dado al “*dharma* común” (*sadharana dharma*) en oposición al “*dharma* especializado” (*visesa dharma*) de las reglas, rituales y deberes de casta. De acuerdo con Khare, el *dharma* común:

basado en la mismicidad espiritual de todas las criaturas, tradicionalmente promueve un sentido compartido de cuidado mutuo, el eludimiento de la violencia y el daño, y la búsqueda de la imparcialidad. Tradicionalmente promueve actividades de bienestar público y atrae a los reformadores progresistas. Los defensores de derechos humanos pueden localizar aquí un impulso indígena hindú convergente. La ética del *dharma* común ajusta además eminentemente a los reformadores sociales intocables (1998:204).

El “impulso hindú” del “*dharma* común” otorga a los derechos humanos arraigo cultural y legitimidad local, por lo cual dejan de ser un localismo globalizado. De esta manera la revisión de la tradición hindú para crear una abertura para las reivindicaciones de derechos humanos es otro buen ejemplo de la hermenéutica diatópica. El resultado es una reivindicación culturalmente híbrida de la dignidad humana, una concepción *mestiza* de los derechos humanos.

La hermenéutica diatópica no es una tarea de una sola persona que escribe dentro de una única cultura. La aproximación de An-na'im, aunque es un verdadero ejemplo de la hermenéutica diatópica, es conducida con consistencia desigual. En mi opinión, An-na'im acepta muy fácil y acríticamente la idea de los derechos humanos universales. Aunque se suscribe a una aproximación evolutiva y está atento al contexto cultural de la tradición islámica, se hace sorprendentemente ahistórico e ingenuamente universalista en relación con la Declaración Universal. La hermenéutica diatópica no sólo requiere un tipo de conocimiento diferente, sino también un proceso diferente de creación de conocimiento. Requiere la creación de un saber colectivo y participativo basado en intercambios cognitivos y

emotivos iguales, un conocimiento como emancipación, más que un conocimiento como regulación<sup>13</sup>.

La hermenéutica diatópica llevada a cabo por An-na'im, desde la perspectiva de la cultura islámica, y desde las luchas de derechos humanos organizadas por movimientos feministas islámicos populares siguiendo la idea de "reforma islámica" propuesta por él, debe ser confrontada por una hermenéutica diatópica realizada desde la perspectiva de otras culturas y podría decirse que desde la perspectiva de la cultura occidental.

Ésta es posiblemente la única forma de arraigar en la cultura occidental la idea de derechos colectivos, derechos de la naturaleza y de las generaciones futuras, y de los deberes y responsabilidades colectivas *vis-à-vis* entidades colectivas, bien sea la comunidad, el mundo, o incluso el cosmos.

### Las dificultades de un multiculturalismo progresista

La hermenéutica diatópica ofrece una amplia gama de posibilidades para los debates que tienen lugar en las diferentes regiones culturales del sistema mundial, sobre los temas generales del universalismo, del relativismo, del marco cultural de la transformación social, del tradicionalismo y del resurgimiento cultural<sup>14</sup>. No obstante, una concepción idealista del diálogo intercultural fácilmente olvidará que dicho diálogo sólo se hace posible por la simultaneidad temporal de dos o más contemporaneidades diferentes. Los compañeros en este diálogo son sólo superficialmente contemporáneos; cada uno de ellos se siente contemporáneo o contemporánea únicamente en relación con la tradición histórica de sus culturas respectivas. Éste es el caso más común cuando las diferentes culturas involucradas comparten un pasado de intercambios desiguales entrelazados. ¿Cuáles son las posibilidades de un diálogo intercultural cuando una de las culturas *presentes* ha sido moldeada por violaciones masivas y prolongadas de derechos humanos perpetradas en el nombre de otra cultura? Cuando las culturas comparten tal pasado, al momento de iniciar el diálogo el presente que comparten es, en el mejor de los casos, un *quid pro quo* y en el peor un fraude. El dilema cultural es el siguiente: desde que en el pasado la cultura dominante consideró como impronunciables algunas de las aspiraciones a la dignidad humana de la cultura subordinada, ¿es ahora posible pronunciarlas en el diálogo *cross-cultural* sin que de ese modo se justifique o fortalezca su impronunciabilidad?

<sup>13</sup> Ver Santos (1995:25) para la distinción entre estas dos formas de conocimiento, una que progresa del caos al orden (conocimiento como regulación), y otra que progresa del colonialismo a la solidaridad (conocimiento como emancipación).

<sup>14</sup> Para el debate africano, ver O. Oladipo (1989); Oruka (1990); K. Wiredu (1990); Wamba dia Wamba (1991a 1991b); H. Procee (1992); M. B. Ramose (1992). Un ejemplo del rico debate en la India se encuentra en A. Nandy (1987a, 1987b, 1988); P. Chatterjee (1984); T. Pantham (1988); Bhargava (1998); Bhargava, Bagchi and Sudarshan (1999). Para una mirada con ojo de pájaro ver Galtung (1981).

El imperialismo cultural y el epistemicidio son parte de la trayectoria histórica de la modernidad occidental. Tras siglos de intercambios culturales desiguales, ¿es justo el igual tratamiento de las culturas? ¿Es necesario considerar impronunciadas algunas de las aspiraciones de la cultura occidental para dar espacio a la pronunciabilidad de otras aspiraciones de otras culturas? De manera paradójica –y en oposición al discurso hegemónico– es precisamente en el campo de los derechos humanos en donde la cultura occidental debe aprender del Sur<sup>15</sup>, si la falsa universalidad que en el contexto imperial es atribuida a los derechos humanos quiere ser convertida en un diálogo intercultural en la nueva universalidad del cosmopolitismo. El carácter emancipador de la hermenéutica diatópica no está garantizado a priori, y el multiculturalismo puede ser la señal de una política reaccionaria. Basta con señalar el multiculturalismo del primer ministro de Malasia o la gerontocracia china, cuando hablan de la “concepción asiática de los derechos humanos”.

Una de las presuposiciones más problemáticas de la hermenéutica diatópica es la concepción de las culturas como entidades incompletas. Puede ser argüido que, por el contrario, únicamente las culturas completas pueden ingresar en el diálogo intercultural sin correr el riesgo de ser superadas por otras, o definitivamente disueltas dentro de otras culturas más poderosas. Una variación de este argumento señala que únicamente una cultura poderosa históricamente victoriosa, como la cultura occidental, puede permitirse el privilegio de proclamar su propia incompletud sin arriesgarse a la disolución. En verdad, la incompletud cultural puede ser, en este caso, la herramienta definitiva de la hegemonía cultural. Ninguna de las culturas no occidentales puede permitirse hoy tal privilegio. Esta línea de argumentación es particularmente convincente cuando es aplicada a aquellas culturas no occidentales que soportaron en el pasado los “encuentros” más destructivos con la cultura occidental. De hecho, fueron tan destructivos que en muchos casos ocasionaron la destrucción cultural absoluta. Éste es el caso de las culturas de los pueblos indígenas de América, Australia, Nueva Zelanda, India, etc. Estas culturas han sido tan agresivamente incompletadas por la cultura occidental, que la exigencia de incompletud, como una precondition para la hermenéutica diatópica es, por lo menos, un ejercicio absurdo<sup>16</sup>.

El problema con esta línea de argumentación es que conduce, lógicamente, a dos resultados alternativos, los dos igualmente inquietantes: al

---

<sup>15</sup> En otra parte trato con detalle la idea de “aprender del Sur” (Santos, 1995: 475-519).

<sup>16</sup> En este ensayo me concentro en la hermenéutica diatópica entre cultura occidental y las “grandes culturas orientales” (hinduismo e islamismo). Soy consciente de que una hermenéutica diatópica que involucre a la cultura de los pueblos indígenas suscita otras cuestiones analíticas y requiere condiciones específicas. Haciendo énfasis en los pueblos indígenas de Latinoamérica, abordé este tópico en Santos (1997) y Santos y García Villegas (2000).

cierre cultural o a la conquista como las únicas alternativas realistas para los diálogos interculturales. En una época de prácticas transnacionales sociales y culturales intensificadas, el cierre cultural es, en el mejor de los casos, una aspiración piadosa que oculta e implícitamente condona los procesos caóticos e incontrolables de destrucción, contaminación e hibridación. Tales procesos descansan en relaciones de poder desiguales y en intercambios culturales desiguales, tanto así que el cierre cultural se convierte en la otra cara de la conquista cultural. La cuestión entonces es si la conquista cultural puede ser reemplazada por diálogos interculturales basados en condiciones mutuamente acordadas, y si es así en cuáles condiciones.

El dilema de la completud cultural, como podría denominarlo, puede ser formulado de la siguiente forma: si una cultura dada se considera completa, no encuentra ningún interés en entrar en diálogos interculturales; si, por el contrario, entra en dicho diálogo sin el sentido de su propia incompletud, se hace vulnerable y, definitivamente, se ofrece a la conquista cultural. No hay una salida fácil para este dilema. Manteniendo en mente que el cierre cultural es autoderrotista, no veo otra forma de salir que no sea el elevar los estándares del diálogo intercultural a un umbral lo suficientemente alto para minimizar la posibilidad de la conquista cultural, pero no tan alto para disminuir del todo la posibilidad del diálogo (en cuyo caso se retornaría al cierre cultural y, por tanto, a la conquista cultural).

## **Las condiciones para un multiculturalismo progresista**

Las condiciones para un multiculturalismo progresista varían ampliamente a través del tiempo y del espacio y, principalmente, en función de las culturas específicas involucradas y de las relaciones de poder entre ellas. No obstante, me arriesgo a decir que las siguientes orientaciones procedimentales contextuales e imperativos transculturales deben ser aceptados por todos los grupos sociales interesados en diálogos interculturales.

### **1. De la completud a la incompletud**

La completud cultural es el punto de partida no el punto de llegada. La completud cultural es la condición prevalente antes de que el diálogo intercultural comience. El verdadero punto de partida de este diálogo es un momento de descontento con la propia cultura, una sensación difusa de que la propia cultura no proporciona respuestas satisfactorias a mis dudas, perplejidades o expectativas. Esta sensibilidad difusa está vinculada a un saber vago y a una curiosidad inarticulada acerca de otras culturas posibles y sus respuestas. El momento de descontento incluye un entendimiento previo de la existencia y posible relevancia de otras culturas, y se traduce a una conciencia reflexiva de la incompletud cultural. El impulso colectivo o individual para un diálogo intercultural y, de ese modo, para la hermenéutica diatópica, empieza aquí.

Lejos de convertir a la incompletud cultural en completud cultural, la hermenéutica diatópica afianza, en tanto progresa, la incompletud cultural, y transforma la conciencia de su existencia vaga, y en gran medida irreflexiva, en una conciencia autoreflexiva. El objetivo de la hermenéutica diatópica entonces es crear una conciencia autoreflexiva de la incompletud cultural. En este caso, autoreflexividad significa el reconocimiento en el diálogo de la incompletud cultural de la propia cultura como es vista en el espejo de la incompletud cultural de la otra.

## **2. De versiones estrechas de culturas a versiones amplias de culturas**

Lejos de ser entidades monolíticas, las culturas tienen una rica variedad interna. La conciencia de dicha variedad aumenta a medida que la hermenéutica diatópica progresa. De las diferentes versiones de una cultura dada, debe ser seleccionada aquella que dentro de esa cultura represente el círculo más amplio de reciprocidad, la versión que vaya más lejos en el reconocimiento del otro. Como hemos visto, de dos interpretaciones diferentes del Corán, An-na'im escoge aquella del círculo más amplio de reciprocidad, la que incluye como semejantes a los musulmanes y no-musulmanes, a los hombres y a las mujeres. De la misma manera y por la misma razón, los reformadores sociales intocables enfatizan el "*dharma* común" en detrimento del "*dharma* especializado". Lo mismo debe ser realizado dentro de la cultura occidental. De las dos versiones de derechos humanos que existen en nuestra cultura –la liberal o la social demócrata o marxista– la social demócrata o marxista debe ser adoptada pues extiende a las esferas económicas y sociales la igualdad que la versión liberal sólo considera legítima en la esfera pública.

## **3. De tiempos unilaterales a tiempos compartidos**

El momento para entablar los diálogos interculturales no puede ser establecido unilateralmente. Cada cultura y, en consecuencia, la comunidad o comunidades que la apoyan, deben decidir sí y cuándo están listas para el diálogo intercultural. A causa de la falacia de la completud, cuando una cultura determinada comienza a sentir la necesidad de un diálogo intercultural tiende a creer que las demás culturas sienten una necesidad semejante y que están igualmente entusiasmadas en entablar el diálogo. Éste es probablemente el caso de la cultura occidental que por siglos no sintió la necesidad de diálogos interculturales mutuamente aceptados. Ahora, como la conciencia irreflexiva de la incompletud se asienta en Occidente, la cultura occidental tiende a creer que las demás culturas deberían o en verdad deben reconocer su propia incompletud y estar listas y entusiasmadas para entrar en diálogos interculturales con Occidente.

Si el momento para entrar en un diálogo intercultural debe ser acordado por las culturas y grupos sociales involucrados, el momento para finalizarlo provisional o permanentemente debe ser dejado a la decisión unilateral de cada cultura o grupo social involucrado. No debería haber nada

irreversible en relación con la hermenéutica diatópica. Una cultura determinada podría necesitar una pausa antes de entrar en una nueva fase del diálogo, o sentir que el diálogo le ha ocasionado más daños que beneficios y, de acuerdo con esto, que debería ser finalizado indefinidamente. La reversibilidad del diálogo es en verdad crucial para defender a esta última de su perversión en un cierre cultural recíproco no asumido o en una conquista cultural unilateral. La posibilidad de dar marcha atrás es lo que hace del diálogo intercultural un proceso político abierto y explícito. El significado político de una decisión unilateral de dar por finalizado el diálogo intercultural es diferente cuando la decisión es tomada por una cultura dominante o por una cultura dominada. Mientras que en el segundo caso puede ser un acto de autodefensa, en el primero muy probablemente será un acto de chauvinismo agresivo. Depende de las fuerzas políticamente progresistas dentro de una cultura dada y a lo largo de las culturas –lo que denominé cosmopolitismo– defender las políticas emancipadoras de la hermenéutica diatópica de las desviaciones reaccionarias.

#### **4. De partes y asuntos impuestos unilateralmente, a partes y asuntos escogidos mutuamente**

Ninguna cultura posiblemente iniciará un diálogo con cualquier cultura sobre cualquier asunto. El diálogo intercultural es siempre selectivo tanto en términos de partes como de asuntos. El requisito de que tanto partes como asuntos no pueden ser impuestos de manera unilateral, y que en su lugar deben ser mutuamente acordados, es la condición más exigente de hermenéutica diatópica. El proceso específico histórico, cultural y político por el cual la otredad de una cultura determinada llega a ser significativa para otra cultura en un momento dado varía ampliamente. Pero, en general, el colonialismo, las luchas de liberación y el poscolonialismo, han sido los procesos más decisivos detrás de la aparición de la otredad significativa. En lo que se refiere a los asuntos, el acuerdo es inherentemente problemático no sólo porque los asuntos de una cultura dada no son traducibles con facilidad a otra cultura, sino también porque en toda cultura existen siempre asuntos que no se negocian o de los que no se habla, siendo los tabúes un ejemplo paradigmático. La hermenéutica diatópica tiene que concentrarse, más que en los asuntos “parecidos”, en las preocupaciones isomórficas, en las perplejidades e inquietudes comunes de las cuales emerge el sentimiento de incompletud.

#### **5. De la igualdad o la diferencia a la igualdad y la diferencia**

Probablemente todas las culturas tienden a distribuir a las personas y los grupos de acuerdo con dos principios competitivos de pertenencia jerárquica –intercambios desiguales entre iguales, como la explotación, y reconocimiento desigual de la diferencia como el racismo o el sexismo– y, de este modo, de acuerdo con concepciones competitivas de la igualdad y la diferencia. Bajo tales circunstancias, ni el reconocimiento de la diferencia

ni el reconocimiento de la igualdad serán suficientes para fundar una política multicultural emancipadora. El siguiente imperativo transcultural debe entonces ser aceptado por todas las partes en el diálogo si la hermenéutica diatópica quiere tener éxito: las personas tienen el derecho a ser iguales cuando la diferencia las haga inferiores, pero también tienen el derecho a ser diferentes cuando la igualdad ponga en peligro la identidad.

## Conclusión

Como son ahora predominantemente entendidos, los derechos humanos son una especie de esperanto que difícilmente puede convertirse en el lenguaje cotidiano de la dignidad humana a lo largo del globo. Dependiendo de la hermenéutica diatópica antes esbozada transformar los derechos humanos en una red de política cosmopolita mutuamente inteligible y traducible a los lenguajes nativos de la emancipación. Este proyecto puede sonar un tanto utópico. Pero, como lo dijo Sartre una vez, antes de ser realizada una idea tiene un extraño parecido con la utopía.

## Bibliografía

- AFKHAMI, Mahnaz (ed.) (1995), *Faith and Freedom. Women's Human Rights in the Muslim World*, Syracuse, Syracuse University Press.
- AL FARUQI, Isma'il R. (1983), "Islam and Human Rights", en *The Islamic Quarterly*, 27(1):12-30.
- AN-NA'IM, Abdullahi A. (ed.) (1992), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives. A Quest for Consensus*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.
- AN-NA'IM, Abdullahi A. (1990), *Toward an Islamic Reformation*, Syracuse, Syracuse University Press.
- BHARGAVA, Rajee, Amiya Bagchi and R. Sudarshan (eds.) (1999), *Multiculturalism, Liberalism and Democracy*, New Delhi, Oxford University Press.
- BHARGAVA, Rajee (ed.) (1998), *Secularism and Its Critics*, New Delhi, Oxford University Press.
- BHARGAVA, Rajee (1995), "Religious and Secular Identities", en Bhilkhu Parekh and Upendra Bakshi (eds.), *Crisis and Change in Contemporary India*, New Delhi, Sage.
- CASTELLS, Manuel (1996), *The Rise of the Network Society*, Oxford, Blackwell.
- CHANDHOKE, Neera (1999), *Beyond Secularism, The Rights of Religious Minorities*, New Delhi, Oxford University Press.
- CHATTERJEE, Partha (1984), "Gandhi and the Critique of Civil Society", en Guha (ed.).
- DONNELLY, Jack (1989), *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca, Cornell University Press.
- DWYER, Kevin (1991), *Arab Voices. The Human Rights Debate in the Middle East*, Berkeley, University of California Press.
- FALK, Richard (1981), *Human Rights and State Sovereignty*, New York, Holmes and Meier Publishers.

- GALTUNG, Johan (1981), "Western Civilization: Anatomy and Pathology", en *Alternatives*, 7:145-169.
- GUHA, Ranajit (ed.) (1984), *Subaltern Studies III: Writings on South Asian History and Society*, Delhi, Oxford University Press.
- HALBFASS, Wilhelm (1991), *Tradition and Reflection. Explorations in Indian Thought*, New York, State University of New York Press.
- HASSAN, Riffat (1982), "On Human Rights and the Qur'anic Perspective", en *Journal of Ecumenical Studies* 19(3):51-65.
- INADA, Kenneth K. (1990), "A Buddhist Response to the Nature of Human Rights", en Welch, Jr. and Leary (eds.).
- KHARE, R. S. (1998), "Elusive Social Justice, Distant Human Rights: Untouchable Women's Struggles and Dilemmas in Changing India", en Michael Anderson and Sumit Guha (eds.), *Changing Concepts of Rights and Justice in South Asia*, New Delhi, Oxford University Press.
- KNIPE, David M. (1991), *Hinduism. Experiments in the Sacred*, San Francisco, Harper.
- LEITES, Justin (1991), "Modernist Jurisprudence as a Vehicle for Gender Role Reform in the Islamic World", en *Columbia Human Rights Law Review*, 22:251-330.
- MAYER, Ann Elizabeth (1991), *Islam and Human Rights: Tradition and Politics*, Boulder, Westview Press.
- MITRA, Kana (1982), "Human Rights in Hinduism", en *Journal of Ecumenical Studies*, 19(3):77-84.
- NANDY, Ashis (1987a), "Cultural Frames for Social Transformation: A Credo", en *Alternatives* XII: 113-123.
- NANDY, Ashis (1987b), *Traditions, Tyranny and Utopias. Essays in the Politics of Awareness*, Oxford, Oxford University Press.
- NANDY, Ashis (1988), "The Politics of Secularism and the Recovery of Religious Tolerance", en *Alternatives*, XIII: 177-194.
- NANDY, Ashis (1998), "The Twilight of Certitudes: Secularism, Hindu Nationalism and Other Masks of Deculturation", en *Postcolonial Studies* 1(3), 283-298.
- OLADIPO, Olusegun (1989), "Towards a Philosophical Study of African Culture: A Critique of Traditionalism", en *Quest*, 3(2):31-50.
- ORUKA, H. Odera (1990), "Cultural Fundamentals in Philosophy", en *Quest*, 4(2):21-37.
- PANNIKAR, Raimundo (1984), "Is the Notion of Human Rights a Western Concept?", en *Cahier*, 81:28-47.
- PANTHAM, Thomas (1988), "On Modernity, Rationality and Morality: Habermas and Gandhi", en *The Indian Journal of Social Science* 1(2): 187-208.
- POLLIS, Adamantia, and P. Schwab (eds.) (1979), *Human Rights. Cultural and Ideological Perspectives*, New York, Praeger.
- POLLIS, Adamantia, and P. Schwab (1979), "Human Rights: A Western Construct with Limited Applicability", en Pollis and Schwab (eds.).
- POLLIS, Adamantia (1982), "Liberal, Socialist and Third World Perspectives of Human Rights", en Schwab and Pollis (eds.).

- PROCEE, Henk (1992), "Beyond Universalism and Relativism", en *Quest*, 6(1):45-55.
- RAMOSE, Mogobe B. (1992), "African Democratic Traditions: Oneness, Consensus and Openness", en *Quest* VI: 63-83.
- SANTOS, Boaventura de Sousa y Mauricio García Villegas (2000), *El caleidoscopio de justicias en Colombia*, Bogotá, Uniandes y Siglo del Hombre.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1995), *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1997), "Pluralismo jurídico y jurisdicción especial indígena", en VV.AA., *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas - La jurisdicción especial indígena*, Bogotá, Ministerio de Justicia y Derecho, Consejo Regional Indígena del Cauca y Ministerio del Interior, Dirección General de Asuntos Indígenas.
- SHARABI, Hisham (1992), "Modernity and Islamic Revival: The Critical Tasks of Arab Intellectuals", en *Contention* 2(1):127-147.
- SHARIATI, Ali (1986) *What Is To Be Done: the Enlightened Thinkers and an Islamic Renaissance*, Farhang Rajaee (ed.), Houston: The Institute for Research and Islamic Studies.
- THAPAR, Romila (1966), "The Hindu and Buddhist Traditions", en *International Social Science Journal*, 18(1):31-40.
- WAMBA DIA WAMBA, Ernest (1991a), "Some Remarks on Culture Development and Revolution in Africa", en *Journal of Historical Sociology*, 4:219-235.
- WAMBA DIA WAMBA, Ernest (1991b), "Beyond Elite Politics of Democracy in Africa", en *Quest*, VI: 28-42.
- WELSH, Jr., Claude, and Virginia Leary (eds.) (1990), *Asian Perspectives on Human Rights*, Boulder, Westview Press.
- WIREDU, Kwasi (1990), "Are There Cultural Universals?", en *Quest*, 4(2):5-19



# Con los lentes del género se ve otra justicia

ALDA FACIO\*



Este artículo busca avanzar una manera de repensar el derecho desde una perspectiva de género. A partir de las teorías de los movimientos feminista, sociolegal y social, examina diferentes campos de derecho y de práctica legal –notablemente el acceso a la justicia– que abogan por un nuevo entendimiento sobre los asuntos de género. Para América Latina, el artículo propone la creación de un nuevo campo de derecho y de práctica legal progresista que ya existe en otras partes del mundo –el Derecho de la Mujer–, que bien podría ser la semilla de una nueva justicia en la región: una justicia con perspectiva de género, que abarca las necesidades e intereses de los pueblos indígenas, de migrantes y grupos marginados a causa de su raza, clase, incapacidad, edad u opción sexual.



This article aims to further the rethinking of law from a gender perspective. Drawing on feminist, sociolegal and social movement theories, it examines different fields of law and legal practice –notably access to justice— that call for a new understanding of gender issues. With regards to Latin America, the article proposes the creation of a new field of law and progressive legal practice already in place in other parts of the world –i.e., Women’s Law- which could well be the seed that produces a new justice in the region: a justice with a gender perspective and, thereby, inclusive of the needs and interests of indigenous people, migrants, and groups otherwise excluded because of their race, class, disability, age, and sexual option.

La teoría de género, tan desarrollada en nuestro tiempo, nos ha enseñado que no se puede comprender ningún fenómeno social si no se lo analiza desde la perspectiva de género y que ésta generalmente implica

---

\* Jurista, directora del Programa Mujer, Justicia y Género del Ilanud, con sede en Costa Rica.  
Correo electrónico: [aldafa@sol.racsa.co.cr](mailto:aldafa@sol.racsa.co.cr)

reconceptualizar aquello que se está analizando. Así, para hablar del derecho desde la perspectiva de género, habría que reconceptualizar lo que entendemos por derecho. Esta reconceptualización tendría que ser de forma tal que nos permitiera ver los efectos de las diferentes manifestaciones del género en su definición, principios y práctica. Esto implica que hay que expandir aquello que se consideraba propiamente derecho para incluir en él, entre otros elementos, aquellos que determinan cuándo, cómo y quién accede a la administración de justicia, así como una redefinición de lo que es la justicia que el derecho debe buscar.

Desde esta nueva postura, el derecho se entiende como compuesto por las normas formalmente promulgadas (el componente formal normativo del derecho) (Facio, 1993), las surgidas del proceso de selección, interpretación y aplicación de las leyes (componente estructural o derecho judicial), y las reglas informales que determinan quién, cuándo y cómo se tiene acceso a la justicia y qué derechos tiene cada quien (componente político cultural).

Dicho en otras palabras, estas tres clases de normas podrían calificarse también como derecho legislativo, derecho judicial y derecho material o real. Lo importante aquí no es la nomenclatura sino tener claro que el derecho no se compone sólo de la norma agendi o de las normas formalmente promulgadas, sino que se compone también de normas creadas al administrar justicia, es decir, al seleccionar, interpretar y aplicar el derecho legislativo o normas formalmente promulgadas y de las normas derogadas pero vigentes en las mentes de la gente, de las normas creadas por la costumbre, la doctrina, las creencias y actitudes, así como del uso que se le da a las normas legislativas y a las judiciales.

Entendido así el sistema legal o derecho de un determinado país o comunidad, las feministas hemos concluido que tanto el derecho en sentido estricto como el derecho en sentido amplio, son fenómenos que excluyen las necesidades de las mujeres tanto de su práctica como de su teoría. Esto es importante entenderlo porque generalmente se cree que si no hay discriminación explícita en las leyes y los códigos de un determinado país, no hay discriminación legal y, por ende, las estrategias para eliminar la discriminación real son inefectivas porque parten de diagnósticos equivocados.

Una vez entendido que hay que redefinir el derecho para incluir en él al derecho judicial o justicia jurisdiccional (componente estructural), así como el acceso a la justicia, las normas creadas por la doctrina, las costumbres y otros elementos que conforman el componente político cultural, también hay que reconceptualizar tanto lo que entendemos por “acceso a la administración de justicia” como lo que entendemos por función judicial que en esta nueva postura se convierte en la creadora de una justicia jurisdiccional o “derecho judicial”.

En cuanto a la problemática del acceso a la justicia jurisdiccional – especialmente desde la Conferencia Mundial en Viena en 1993– éste se ha

analizando desde la óptica de los derechos humanos lo cual incluye, entre otros, el principio de que todo derecho fundamental debe interpretarse en forma progresiva. Así pues, el derecho humano establecido en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ya no se puede considerar como el simple deber del Estado de proveer en abstracto un recurso ante los tribunales, sino de proveer uno efectivo, como bien lo dice dicho artículo ARTÍCULO 8: toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Es así como el acceso a la justicia, aún cuando se analiza desde una perspectiva androcéntrica y no de género, no es ya entendido como una mera declaración de la posibilidad de toda persona de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada país. El acceso a la justicia se entiende ahora como un derecho humano fundamental que involucra tanto el deber estatal de proveer un servicio público, como el ejercicio de un derecho. Visto así, el acceso a la justicia debe ser un servicio público que el Estado debe garantizar a todos los habitantes de su territorio “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”<sup>1</sup>.

La intención al señalar lo anterior es enfatizar el hecho de que aun sin entender el acceso a la justicia desde una perspectiva de género, tenemos que concluir que este derecho humano debe ser garantizado a todas/os por igual, precisamente por ser eso, un derecho humano. Si conjugamos este derecho humano con el derecho a no ser discriminadas en razón de nuestro sexo, el goce del derecho humano al acceso a la justicia en igualdad, no quiere decir que la obligación del Estado reside en garantizar un servicio público exactamente igual para todas las personas, sino que el Estado debe, como lo establece el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw por sus siglas en inglés), dejar de hacer o no permitir todo aquello que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el ejercicio por la mujer del derecho humano al acceso a la justicia<sup>2</sup>.

También, según el artículo 2 de la Cedaw, el Estado no sólo está obligado a no hacer o a no permitir, sino que debe: “f) adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, USOS Y PRÁCTICAS que constituyan discrimina-

---

<sup>1</sup> Artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

<sup>2</sup> El Art. 1º de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, establece que: “...discriminación contra la mujer, denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer... de los derechos humanos y las libertades fundamentales...”

ción contra la mujer”<sup>3</sup>. Esto quiere decir que el Estado está obligado a eliminar todas las barreras físicas, económicas, culturales, lingüísticas, etc., que obstaculizan o impiden el acceso a la justicia de las mujeres en un plano de igualdad con los hombres.

Pero la Cedaw no se queda ahí, según la Recomendación General N° 22, este servicio público que el Estado debe proporcionar a hombres y mujeres según sus necesidades, debe también ser un servicio público integrado por hombres y mujeres y el Estado está obligado a velar porque no haya discriminación a la hora de integrar esos servicios o contra sus funcionarias:

En el artículo 7 de la Convención se compromete a los Estados Partes a que tomen todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública y a velar por que actúe en ella en igualdad de condiciones con el hombre. La obligación especificada en ese artículo abarca todas las esferas de la vida pública y política y no se limita a las indicadas en los incisos a), b) y c) del párrafo. La vida política y pública de un país es un concepto amplio. Se trata del ejercicio del poder político, en particular el ejercicio de los poderes legislativo, judicial, ejecutivo y administrativo...<sup>4</sup>

En resumen, el Estado no sólo está obligado a garantizar que el acceso a la justicia lo puedan gozar por igual hombres y mujeres, sino que debe velar porque las mujeres tengamos igual acceso a ejercer los más altos niveles de la judicatura y a no sufrir discriminación en el desempeño de nuestras funciones.

Ahora bien, ¿qué podría aportar la teoría de género que no aporta la de los derechos humanos? En realidad, bastante. La primera nos enseña que las mujeres no somos un sector de la población como pueden ser los indígenas o las personas con alguna discapacidad, entre otras, sino que estamos en todos o casi todos los sectores y que, por tanto, la implementación de una estrategia o política hacia las mujeres –vistas como un grupo homogéneo– para mejorar su acceso a la justicia siempre va a resultar insuficiente. Especialmente si el análisis de la situación del “sector” mujeres se hace por un lado, y el de sectores como el indígena, pobres, adolescentes, etc., por otro, como si en ellos no se dieran relaciones de poder entre hombres y mujeres o como si en ellos no pesara la construcción de la identidad de género o no les afectaran las estructuras de género.

Por supuesto que incluir en un diagnóstico o en una política un apartado sobre las mujeres es un avance respecto a aquellos que ni siquiera nos toman en cuenta. Pero lo que se quiere enfatizar es que la inclusión de la “categoría” mujer o del “sector” mujeres, no necesariamente indica que se utilizó la perspectiva de género y sin ella no podemos tener un cuadro claro

---

<sup>3</sup> Art. 2 de la Cedaw.

<sup>4</sup> Párrafo 5 de los Antecedentes de la Recomendación General N° 22 (14 periodo de sesiones 1994).

de cómo se ejerce un derecho, y sin esto no se puede implementar una política efectiva. Un análisis con perspectiva de género requiere que se parta de que toda acción humana impacta a hombres y mujeres de manera particular por la forma como se construyen los géneros y que, por ende, este tipo de análisis debe hacerse al estudiar cualquier fenómeno o grupo social, aunque en él no haya mujeres.

Es necesario hacer énfasis en algo que generalmente no se comprende en relación con la perspectiva de género. Ésta no es una perspectiva sesgada hacia el género femenino. Una perspectiva sesgada hacia el género femenino es la otra cara de la perspectiva androcéntrica y sería la perspectiva gynecéntrica. Pero como por siglos hemos visto y entendido el mundo desde la perspectiva androcéntrica, hemos llegado a creer que ésta es una no perspectiva o el punto de vista neutral y objetivo. Y por eso muchas personas –tanto hombres como mujeres– se sienten incómodas cuando se les dice que deben analizar los hechos desde una perspectiva de género. Se sienten incómodas porque piensan y sienten que la forma como han analizado los hechos es objetiva o “sin ninguna perspectiva”. Debido a esa creencia, cuando no hacemos un esfuerzo consciente por utilizar una perspectiva de género, es decir, una perspectiva que incluya a ambos géneros y a las desigualdades de poder que hay entre ellos y dentro de ellos, lo que hacemos es utilizar la perspectiva androcéntrica que es la que pasa por una no perspectiva. Por eso, cuando no se ha hecho un diagnóstico de género de cualquier situación humana, lo que se ha hecho es un diagnóstico androcéntrico. Es decir, uno que no nos muestra toda la realidad y que además está sesgado hacia los hombres.

Tampoco se hace un análisis con perspectiva de género cuando se incluye en un estudio por un lado un análisis sobre la problemática de las mujeres en relación con el acceso a la justicia, y por el otro, se analizan los factores económicos, geográficos, conceptuales, etc., que inciden en el pleno ejercicio de este derecho. La perspectiva de género nos permite entender cómo las relaciones de poder entre hombres y mujeres afectan ese ejercicio, tanto el de hombres como el de mujeres de todas las clases, edades, colores y habilidades. Un análisis con perspectiva de género del acceso de las personas a la justicia debe hacerse observando cómo los factores económicos, geográficos y simbólicos entre otros, afectan a mujeres y hombres de cada sector y no haciendo un análisis del “sector” mujer por un lado y por el otro uno de cómo esos factores afectan los sectores pobres, indígenas, etc., como si en ellos no hubiesen enormes diferencias de poder entre mujeres y hombres.

Con lo anterior no se está afirmando que no existe un grupo humano que se puede denominar “de mujeres” que tiene su identidad, sus problemas particulares y sus necesarias estrategias de sobrevivencia. Lo que se afirma es que cuando hablamos de mujeres, sólo lo podemos hacer en contraposición al grupo humano de “los hombres”. Porque si estamos ha-

ciendo un análisis del grupo humano “mujeres” lo único que podemos hacer es contrastarlo con el grupo humano “hombres” no con el sector pobre, o indígena, o negro, etc., ya que en todos los sectores hay hombres y mujeres, y entonces, es obvio que hay mujeres indígenas, negras, discapacitadas, lesbianas, migrantes, desplazadas, enfermas, etc. Por eso, si queremos saber cómo es la realidad de cada sector, tenemos que hacer un análisis de género de cada sector y estudiar las relaciones de poder que se dan entre sectores pero también al interior de los sectores.

Veamos dos ejemplos para aclarar este concepto:

Tomemos el factor económico: un análisis sin perspectiva de género nos llevaría a decir, como en realidad se dice, que las personas pobres tienen menos acceso a la justicia que las personas con mayor poder adquisitivo porque no pueden cubrir los gastos que éste incumbe, entre los que se encuentran el pago de honorarios a él o la abogada, timbres, fotocopias, transporte, etc. También se dice que las mujeres de clase alta generalmente tienen más poder económico que los hombres pobres y por ello se concluye que las personas pobres de ambos sexos tienen menos acceso a la justicia que las personas ricas de ambos sexos. Sin embargo, muchas veces, aun las mujeres de las clases más adineradas no tienen acceso a recursos económicos independientes de los de sus padres o esposos. Por tanto, no pueden entablar un juicio, especialmente si es contra ellos, porque no tienen los recursos para pagar un abogado sin el consentimiento de sus maridos o padres, recursos a los cuales tal vez sí podría acceder un hombre con menos poder adquisitivo pero con más independencia.

Es más, muchas veces hasta el hombre más pobre tiene más acceso a la justicia que algunas mujeres adineradas porque puede buscar ayuda legal gratuita contra su empleador, su colega, su víctima o contra cualquier persona que le haya violado sus derechos. Existen casos documentados de mujeres adineradas que no han podido salirse de un matrimonio violento porque no encuentran quién las represente en juicio o porque saben que sus maridos tendrán asesoría legal de mucho más calidad y por ende temen perderlo todo, incluyendo a sus hijos.

Además, aun las mujeres de clase alta tienen menos poder simbólico que los hombres pobres y, por supuesto, menos poder económico y de todo tipo que los hombres de su misma clase. Por eso un análisis del factor económico sin perspectiva de género no nos da un diagnóstico real de la incidencia de dicho factor en el acceso a la justicia porque nos hace deducir que las clases más adineradas tienen más acceso a la justicia y ya hemos visto que para el 50 por ciento de la clase adinerada esto no es necesariamente cierto. Un análisis así conduce a la implementación de políticas equivocadas tanto para hombres como para mujeres.

Ahora veamos el factor geográfico: si analizamos desde la perspectiva de género el papel que juega la lejanía física de los tribunales, vemos que ésta afecta más a las mujeres, no sólo por su menor acceso a recursos

económicos para pagar el transporte, sino por otros factores tales como la falta de tiempo o el no tener tiempo propio<sup>5</sup>, el no tener dónde o con quién dejar a los y las hijas menores, el no tener permiso de salir de la casa sola, el miedo a salir sola, etc. Por eso, si analizamos el factor geográfico sin perspectiva de género, caemos en el error de plantear que a mayor lejanía física de los tribunales menor acceso a éstos. Y eso no es del todo correcto porque bien puede ser que los hombres que viven lejos de un tribunal tengan más posibilidades de trasladarse a ellos que muchas mujeres que viven bastante más cerca.

Otro elemento que nos brinda la perspectiva de género que no nos da ni la androcéntrica ni la de los derechos humanos (porque también es androcéntrica), es que nos lleva a preguntarnos qué efectos tiene en el contenido de la justicia que se imparte el hecho de que los hombres tengan más acceso a ella que las mujeres. Una respuesta es que hay una gran gama de violaciones a los derechos humanos de las mujeres y hasta al propio derecho interno que jamás han sido el tema de una demanda o juicio con lo que no podemos saber qué contenido real tienen esos derechos. También sabemos que la percepción que la gente tiene de los delitos que se cometen es equivocada debido a que hay toda esa gama de delitos que no se denuncian. Podríamos además pensar que esto debe tener algún efecto en los delitos que cometen los hombres y también en las políticas que se implementan ya que responden a diagnósticos equivocados.

Por eso es tan importante que las políticas de los poderes judiciales y de otros para mejorar el acceso a la justicia de la población toda y no sólo el de los hombres –sean éstos blancos, indígenas, negros, pobres, ricos, etc.–, sean políticas con perspectiva de género que respondan a diagnósticos hechos con esta perspectiva.

Si el acceso a la justicia es un servicio público que debe brindar el Estado a través de su poder judicial principalmente, uno de los principios que deben regir este servicio es el de ser adaptable a los cambios que se producen en la sociedad. Pero si no se hace un diagnóstico de esa realidad desde una perspectiva de género, no se podrán detectar todos los cambios que se han producido en la misma y, por tanto, el servicio será defectuoso.

En muchos países de América Latina, después de años de implementar reformas a la administración de justicia que no mejoraron ni el acceso de la población a la justicia, ni la imagen que del poder judicial tiene la gente, ahora están implementando nuevas estrategias para mejorar ambas. Pero si sus estrategias son diseñadas de manera androcéntrica y parten de diagnósticos androcéntricos, es muy posible que también fracasen. Por ejemplo, en algunos países se han iniciado estrategias de incorporación de la sociedad civil en estas reformas para detectar sus necesidades y los cambios que se hayan producido en ella. Para lograrlo, altos funciona-

---

<sup>5</sup> Llamo tiempo propio al que cada persona tiene sin tener que rendir cuentas.

rios de los poderes judiciales se desplazan por todo el país para dialogar con las distintas comunidades. Pero si no toman en cuenta las estructuras de género distintas en cada comunidad regresarán con una idea parcial o falsa de la realidad de esa comunidad, y se implementarán reformas que no surgen de las necesidades reales de toda la comunidad.

Por ejemplo, es muy posible que ni las mismas mujeres que padecen cotidianamente la violencia intrafamiliar –incluido el horripilante crimen del abuso sexual incestuoso que sabemos es mucho más frecuente de lo que se cree–, van a hablar de estos crímenes con altos funcionarios de la corte. ¿Por qué?, porque muchas de las violaciones a los derechos de las mujeres suceden en la esfera privada y todas sabemos que “los trapos sucios se lavan en casa” y no se ventilan en público. También porque aun las víctimas de estos devastadores crímenes los clasifican como menos graves que la violencia delincencial, la inseguridad ciudadana, etc., porque esos son los valores que todas las sociedades patriarcales otorgan a unos y otros delitos. Y las mujeres compartimos esos valores.

Por eso, para saber qué preocupa a todas las personas de una comunidad en relación con la justicia, las preguntas deben hacerse tomando en cuenta la realidad de las estructuras de género o de lo contrario se tendrá un diagnóstico errado. ¿Cuáles son esas estructuras? Son tantas, entre las que están la división artificial entre lo público y lo privado, la división sexual del trabajo, la dicotomización del pensamiento, la jerarquización de los valores, entre otros. Todas estas estructuras de género han sido construidas de manera que favorecen a los hombres, pero especialmente a los hombres blancos, adinerados, padres de familia. La división entre lo público y lo privado, combinada con la sexualización del trabajo y la jerarquización de los valores que a su vez son dicotómicos, ha sido construida de manera que los hombres se desarrollan principalmente en la esfera pública, que es más valorada y protegida que la privada, y que a su vez se entiende como una esfera totalmente distinta a la privada. Y cuando no usamos la perspectiva de género, no vemos esas estructuras y pensamos que es normal que existan dos esferas sexualizadas, dicotómicas y jerarquizadas. Por eso nos parece correcto o normal que el derecho regule, por ejemplo, el trabajo que se realiza en la esfera pública, pero no el que se realiza en la esfera privada sin remuneración.

Algunos podrían decir que el hecho de que no se hable de incluir a la sociedad civil en la ampliación y el mejoramiento del acceso a la justicia, de la violencia intrafamiliar o la sexual, por ejemplo, no es tan grave porque si al menos se logra hablar de la violencia o la injusticia que preocupa a todos, algo se avanza, aunque la violencia intrafamiliar se siga presentando. Argumentan que la violencia intrafamiliar es un problema de un sector específico mientras la violencia callejera es un problema de toda la sociedad. No ven que la violencia intrafamiliar es a la vez causa y efecto de la descomposición social. La falta de credibilidad de la población hacia la ad-

ministración de justicia –que redundaría en menos democracia y menos desarrollo– también se incrementa cuando el poder que debe impartir justicia se hace el ciego ante un tipo de violencia mientras castiga a otro. ¿Qué pasa por la cabeza de niños y adolescentes que ven a sus padres humillar y golpear impunemente a sus madres durante toda su estancia en la familia? ¿Creen que un niño que varias veces durante su niñez ha visto a su padre enviar a su madre al hospital con la nariz quebrada y las costillas rotas, pueda tener respeto por “la familia”, “la verdad”, “la justicia”, etc.? Más cuando ve que a ese padre la gente lo respeta por su honestidad, su inteligencia o lo que sea.

Todavía hay gente que cree que la violencia intrafamiliar contra las mujeres sólo afecta a las mujeres y que nada tiene que ver con la descomposición social y la falta de fe en los valores éticos y en los derechos humanos, o con la falta de credibilidad en las instituciones políticas y sociales. Pero esto ocurre debido a que la mayoría de los análisis de la realidad se hacen sin perspectiva de género. ¿Por qué? Porque es lógico pensar que si una persona se explica el mundo desde un punto de vista androcéntrico o hasta gynecéntrico, no va a ver la realidad y por tanto no va a ver las conexiones que hay entre todas las cosas.

Por eso es importante entender que de poco sirve mejorar el acceso a la justicia si la justicia que se imparte es sesgada a favor de los hombres. Es obvio que el contenido que el derecho tiene responde en gran parte al que se va creando en los tribunales ya que es en ellos donde los y las ciudadanas pueden constatar si sus derechos son realmente tales. Es lógico pensar que un acceso sesgado hacia los hombres produce un derecho androcéntrico pero que también un derecho androcéntrico es una barrera más que impide a las mujeres un acceso igualitario a la justicia.

Por eso es tan importante reconceptualizar también lo que se entiende por justicia jurisdiccional o derecho judicial. Recordemos que hasta hace muy poco en el sistema legal de América Latina ni siquiera se hablaba de un derecho judicial. Se creía que las normas jurídicas eran sólo las que emanaban del poder legislativo o, en su caso, del poder ejecutivo. La interpretación y aplicación concreta, que de las leyes emanadas del poder legislativo hacia el poder judicial, no se veían como normas jurídicas. Esto nos demuestra lo importante que es el poder definir un fenómeno: si el derecho no incluía el derecho judicial, no podíamos enmendarlo porque las decisiones judiciales se entendían como individuales; y si no se lograba justicia, si no lográbamos la recuperación de algún derecho conculcado, no era por una falla del sistema, sino por una falla humana, la del juez, la fiscal o la abogada defensora. Afortunadamente, cada vez más se está aceptando que existe un derecho judicial que tiene sus reglas y, aunque no objetivo, este derecho judicial debe tender a la objetividad. Finalmente, al igual que el derecho legislado, este derecho debe enmarcarse en la ética de los derechos humanos desde una perspectiva de género.

Por esta razón se vuelve indispensable que las y los jueces no sólo sean autónomos/as e independientes en la interpretación de las normas legislativas para su correcta aplicación, sino que puedan interpretarlas a la luz de la teoría y práctica de los derechos humanos desde una perspectiva de género. Esto para garantizar que las normas judiciales que van creando sean normas que, al igual que las legislativas, estén inspiradas en el respeto por los derechos humanos y el principio de no discriminación que son los principios orientadores de todos los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

¿Cuál es ese derecho, cómo sería, quiénes lo crearían, interpretarían o aplicarían? No podríamos hacer una propuesta sino conocemos a fondo lo que está mal con el derecho. Por eso, debemos sintetizar algunas de las críticas que desde el feminismo se han hecho al derecho (Facio, 1999). Desde estas críticas nos será más fácil proponer un derecho más humano, que sirva para la convivencia pacífica en vez de ser un instrumento para la explotación de la mayoría de las personas por un grupo poderoso.

## **El derecho es justo, sólo necesita más mujeres**

Una primera crítica que se hace desde el feminismo al derecho, parte de una concepción de hombres y mujeres como esencialmente iguales, con las mismas capacidades y habilidades. Postula que el problema ha sido que las mujeres no hemos tenido la capacidad jurídica y la posibilidad material de demostrarlo. Desde este enfoque, las acusaciones de androcentrismo que se hacen al derecho son relativamente fáciles de corregir ya que no cuestionan sus postulados básicos. Es la exclusión de las mujeres de los espacios de poder, tradicional e históricamente masculinos, lo que hay que revertir.

En el fondo, esta crítica es una denuncia al derecho por prácticas masculinas injustas y que se expresan o reflejan en que casi todos los juristas de renombre, jueces y legisladores son hombres. No contradice las concepciones tradicionales del derecho, ni cuestiona su apuesta por la clase adinerada, su racismo, homofobia ni ninguna de sus exclusiones. Menos aún, cuestiona la contribución decisiva del derecho a la opresión de todas las mujeres y de tantos hombres. Apunta a suplir lo que hasta ahora ha sido una injusticia del hombre hacia la mujer sin preocuparse por las injusticias entre hombres o entre mujeres y por supuesto, menos aún, la opresión de la mayoría de la gente por unos pocos hombres.

Se trata de una crítica que se centra en el acceso de algunas mujeres al ámbito público en tanto es de allí donde, según esta corriente, las mujeres han sido excluidas. Parte además de que las mujeres, por el hecho de serlo, cuando estén en el poder querrán o podrán eliminar todas las normas discriminatorias. Si bien es cierto que todas las mujeres ocupamos una posición desde la cual se nos facilita distinguir algunas normas que nos discriminan, no todas sufrimos la discriminación de igual manera, ni

todas somos igualmente oprimidas; es más, algunas tenemos grandes privilegios económicos y educativos, entre otros, y a muchas nos cuesta vivir la discriminación sexual de forma consciente. Por eso no toda incorporación de las mujeres al poder garantiza la eliminación de todas las discriminaciones que sufrimos las distintas mujeres por ser mujeres.

La eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres es una tarea extremadamente compleja que no se reduce a la incorporación de algunas mujeres al poder. Se complica aún más cuando comprobamos que no es cierto que la mayoría de las mujeres quiere la eliminación de todas las manifestaciones del sexismo. Es más, muchas de las que han logrado acceder al poder político o de otra índole, incluyendo a mujeres negras e indígenas, insisten en que no existe la discriminación sexual y que ellas son prueba de ello. Por otro lado, no todos los hombres detentan el mismo poder, ni todos están imposibilitados de ver el sesgo androcéntrico en el derecho, ni todos quieren mantener sus privilegios de género. Es más, algunos hombres son víctimas de la violencia de género infligida por mujeres. Lo anterior nos demuestra que ni mujeres ni hombres constituimos grupos homogéneos, aunque el derecho pareciera partir de esa ficción.

Sin embargo, no hay que olvidar que, según Carol Gilligan (1982:174), un aumento considerable de mujeres en cualquiera de los ámbitos de la creación o aplicación del derecho lo transformaría eventualmente. Esto es así porque, según sus investigaciones, los hombres tienden a identificar lo jurídico con un sistema de derechos y deberes definidos por las normas. Las mujeres, por el contrario, tienden a adoptar una actitud menos dogmática y a buscar soluciones acordes con su concepción de justicia enmarcada en el respeto por los derechos humanos. Dejando de lado la discusión de si hombres y mujeres son moralmente diferentes por naturaleza, por socialización o por su condición existencial<sup>6</sup>, lo cierto es que, en general, las mujeres tenemos una concepción de la justicia distinta a la de los hombres. Esta diferencia se manifiesta con más contundencia cuando solucionamos un problema individual que cuando estamos creando leyes en abstracto. Pero aun en este último caso, se ha comprobado que un aumento significativo de mujeres en el Congreso, por ejemplo, sí transforma la naturaleza de las leyes que allí se promulgan.

## **La ley es justa, se aplica mal**

Otra crítica argumenta que el derecho –con la excepción de algunas normas discriminatorias– es neutral, objetivo y universal aunque ha sido injusto hacia las mujeres debido a que quienes lo aplican e interpretan son personas insensibles a las relaciones de poder entre los géneros. Desde

---

<sup>6</sup> Entiendo que la condición existencial incorpora elementos biológicos y sociales a la vez y por eso la distingo tanto de la condición fisiológica como de la condición culturalmente construida.

esta óptica se argumenta que la falta de una perspectiva de género en la administración de justicia ha causado un sesgo androcéntrico en la aplicación e interpretación de leyes que son neutrales y objetivas.

Este argumento se utiliza más fácil y frecuentemente con respecto a la impunidad de los violadores, incestuadores y agresores domésticos, las bajas pensiones alimenticias, etc. Se dice, por ejemplo, que las y los jueces no aplican bien la legislación que sí castiga esos delitos o que sí establece pensiones equitativas en abstracto. Desde esta crítica se argumenta que si las leyes fueran aplicadas por personas sensibles al género y con esa perspectiva, más violadores irían a la cárcel, las pensiones alimenticias serían más altas, etc. Aunque lo anterior pueda ser cierto, este tipo de crítica tampoco cuestiona la confianza en la neutralidad intrínseca de los principios básicos del derecho. Bajo esta crítica sólo se requeriría tener jueces y juezas sensibles al género interpretando y aplicando las leyes neutras desde una perspectiva de género para que el fenómeno jurídico fuera generalmente justo.

Pero, al igual que la primera, esta crítica no cuestiona el sesgo androcéntrico de los postulados básicos del derecho. De nuevo se recalca que aunque la crítica en sí no cuestiona el androcentrismo paradigmático del derecho, la solución sí erosionaría ese paradigma. Pensemos si no en los efectos que tendría en la concepción del sujeto paradigmático del derecho: el buen padre de familia, si todas las normas fueran aplicadas desde una perspectiva de género. Pasaría que poco a poco el derecho judicial habría transformado al sujeto paradigmático del derecho en un sujeto más inclusivo de las necesidades y diferencias entre los seres humanos lo que a su vez transformaría el contenido de las normas del derecho judicial.

## **Igualdad o diferencia**

Una crítica más radical, en cambio, parte de que mujeres y hombres somos diferentes (para algunas esencialmente diferentes y para otras cultural o socialmente diferentes) y que esas diferencias sólo han sido tomadas en cuenta por el derecho cuando hacerlo beneficia a los hombres. Esta corriente arguye que el problema no está en las diferencias sino en cómo éstas han sido asimiladas al concepto de desigualdad, a la vez que jerarquizadas de acuerdo con el término de mayor valor, el hombre, sus características, atributos y papeles.

Desde esta corriente no se busca la igualdad de hombres y mujeres ante la ley porque, al igual que con los otros conceptos creados por la cultura patriarcal, el de igualdad está sesgado por la experiencia y los intereses masculinos. Esta crítica pone en duda el que la igualdad jurídica logre la emancipación de las mujeres puesto que hasta ahora ello ha significado asimilación al varón. Más bien relativiza los conceptos totalizantes de la igualdad y la diferencia para asumir que en algunos campos las mujeres requerirán la igualdad y en otros la validación de su diferencia.

Esta crítica, aunque cuestiona el trato idéntico en todos los campos como androcéntrico, no cuestiona el contenido que se ha dado al principio de igualdad en general y, por tanto, no propone uno nuevo sino que se contenta con exigir que en algunos casos las mujeres deben ser tratadas como hombres y en otros como mujeres.

En su libro, *The Female Body and the Law*, Zillah Eisenstein plantea que hay que tener cuidado con cualquier planteamiento neutral de ambos géneros hecho por el derecho porque éste es un sistema social creado para la dominación de todas las mujeres y de muchos hombres. Plantea que las normas que tratan a mujeres y hombres como si no existiese una relación de poder entre los géneros, aunque reconozcan diferencias entre ellos y ellas, redundan siempre en el mantenimiento y reproducción de la subordinación de las mujeres. Advierte que las normas que tratan de hacer compatible el principio de igualdad con, por ejemplo, el dato fáctico de la división sexual del trabajo, tienden a perpetuar la desigualdad en otros campos. Por ejemplo, una norma que compensara a las mujeres amas de casa por sus diversas tareas domésticas, redundaría en la consolidación del estereotipo de que somos las mujeres las encargadas del trabajo doméstico lo cual tiene repercusiones importantes en otras áreas del derecho como lo es el de familia, por citar sólo una.

## **El androcentrismo en los principios básicos del derecho**

A partir de los planteamientos de Zillah Eisenstein, otro enfoque intenta encontrar sesgos androcéntricos, aun en los llamados derechos universales, principios fundamentales o garantías constitucionales y en los mecanismos por medio de los cuales se protegen; es más, en la lógica jurídica misma. Esta gama de críticas nos obliga a cuestionarnos las propias suposiciones de objetividad, racionalidad y universalidad que subyacen en la concepción liberal del fenómeno jurídico. Desde este enfoque se postula que se requiere un reexamen de los paradigmas y las hipótesis que subyacen en la teoría y metodología del derecho para detectar la presencia del sesgo androcéntrico. Más aún, este enfoque nos hace cuestionar las bases mismas de nuestras formas de convivencia durante los últimos cinco o seis mil años. Nos propone retar la universalidad de los llamados derechos fundamentales bajo la suposición de que ellos también reflejan los juicios o criterios masculinos, aunque sean exteriorizados por mujeres.

Quienes se adhieren a este enfoque nos recuerdan que retar no significa descartar. Estas críticas pretenden visibilizar que para que un interés o una necesidad sean universales, deben ser sentidas por todas las personas y no sólo por los hombres de las distintas razas, edades, clases, etc. Nos recuerdan que lo que se cuestiona es el contenido androcéntrico que se ha dado a los derechos humanos en general, no para desvalorizarlos,

sino para llenarlos de contenidos más inclusivos de las necesidades de la diversidad humana con el objetivo de hacerlos realmente universales.

Por ejemplo, cuando desde esta óptica se cuestiona el principio de *in dubio pro reo* no se pretende sustituirlo por “culpable hasta que no se pruebe su inocencia”, sino buscar la justicia y los beneficios de revertir la carga de la prueba en aquellos casos en que sea más razonable hacerlo por el tipo y las circunstancias del delito. Cuando se cuestiona la “libertad de expresión” no es para sustituirla por una censura, sino para balancearla con otros derechos humanos tan importantes y necesarios como podrían ser la integridad física, el derecho a una imagen digna, etc.

Como ya se dijo, desde este enfoque también se cuestiona la lógica jurídica como una lógica masculina. De nuevo sus adherentes nos advierten que esto no implica reemplazar la razón por la irracionalidad. Significa cuestionar la pretensión de reducir el razonamiento jurídico a un razonamiento lógico-matemático. Significa cuestionar el sistema dogmático deductivo propio de la lógica formal porque no es el procedimiento adecuado para conocer, interpretar y aplicar el derecho. Significa entender que la justicia está constituida por problemas que no tienen una solución unívoca, sino varias alternativas posibles de las que hay que escoger una. Significa saber qué es lo justo para cada caso concreto. Cuestionar la lógica jurídica significa abrirse a nuevas posibilidades de relaciones de convivencia entre los seres humanos sin reproducir las lógicas que hasta el día de hoy limitan el ejercicio y goce del potencial humano de mujeres y hombres.

Desde este enfoque se insiste en que el derecho es masculino porque son las necesidades y conflictos de los hombres los que están codificados en él. Esto no quiere decir que las mujeres no hayan sido tomadas en cuenta. Sí lo han sido pero desde el punto de vista masculino. Las que se adhieren a este enfoque insisten en que esto no significa que exista una conspiración por parte de los hombres que fomente este propósito. Sin embargo, señalan que los hombres continúan ocupando las posiciones más importantes y son los que determinan el modo de ver la realidad social haciéndola aparecer como normal aún por aquellas que están subordinadas. Y el derecho como institución contribuye a mantener una cultura patriarcal.

## Derecho como discurso

Una reciente crítica feminista al derecho<sup>7</sup> parte de entenderlo en el sentido foucaultiano de discurso como una amplia gama de discusión sobre un tema o temas que se realiza dentro de una determinada sociedad (Foucault, 1978:101). Pero también parte de entenderlo, en el sentido más concreto de lenguaje, como el conjunto de sonidos, unidades de significados y estructuras gramaticales, así como los contextos en que se desarrollan.

<sup>7</sup> Alda, Facio, “El Derecho habla y habla”, ponencia presentada en varios seminarios.

En este sentido se analiza el microdiscurso del derecho, es decir, se analizan lingüísticamente todos los eventos que constituyen derecho –hacer un testamento, dar un testimonio en un juicio, hacer un contrato, pedir un divorcio–, para entender su macrodiscurso como un fenómeno social abstracto.

Desde esta crítica, el derecho como micro y macrodiscurso es entendido como el lenguaje autorizado del Estado y, por ende, como un discurso impregnado con el poder del Estado. Desde esta perspectiva y analizando el lenguaje del derecho, las feministas parten de que el mismo no puede menos que ser un discurso patriarcal y androcéntrico por dos razones: la primera porque el lenguaje refleja la cultura dominante en cada Estado, y la cultura dominante en todos los Estados actuales es patriarcal; y la segunda, porque si el poder estatal es patriarcal, su discurso no puede menos que serlo también.

Como ya se explicó, el análisis del poder es central en la mayoría de las teorías feministas y también lo es en el análisis del derecho como discurso. Analizando simultáneamente el derecho, el lenguaje y el poder, esta gama de críticas nos señala que podemos entender mejor por qué la discriminación y opresión contra las mujeres se mantiene a pesar de que se han derogado la mayoría de las normas del componente formal sustantivo que expresamente nos discriminaban. Sugieren que oigamos la forma como los policías hablan a las mujeres que vienen a denunciar a sus maridos, que observemos la expresión de los y las juezas cuando una mujer víctima está dando testimonio en un caso de violación, que analicemos las palabras que usan las y los mediadores en casos de adulterio, etc. Nos insisten en que en ninguno de estos casos hay abuso de la ley por parte de los funcionarios/as y, sin embargo, en todos se reafirma la sensación de que no habrá justicia para las mujeres.

¿Por qué la mayoría de las mujeres sabe de antemano que la ley no las tratará con justicia a pesar de que la Constitución Política garantiza la igualdad de los sexos ante la ley? La respuesta no se encontrará en el estudio de la norma formal, nos dice esta crítica. La respuesta está en los detalles de la práctica legal cotidiana, detalles que consisten casi exclusivamente de lenguaje.

Por eso, desde esta crítica, se estudia el lenguaje del derecho para poder comprender el poder de la ley. La premisa es que el poder no es una abstracción sino una realidad cotidiana. Para la mayoría de la gente, el poder de la ley no se manifiesta tanto en su poder coercitivo o en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, sino en las miles de transacciones y minidramas legales que se llevan a cabo diariamente en los bufetes legales, comisarías, agencias policiales, fiscalías o juzgados así como en las noticias, telenovelas, charlas y conferencias que de algún modo tratan un problema legal. El elemento dominante en cada una de estas transacciones, minidramas o telenovelas, es el lenguaje. A través de éste el poder se abusa, se ejercita o se cuestiona.

Como se ha dicho, el discurso no sólo es una forma de hablar sobre un tema, sino que es la forma como se piensa y actúa sobre ese tema. El discurso del derecho es entonces una forma de hablar, pensar y actuar sobre las mujeres, los hombres y las relaciones entre ambos. Mientras el discurso sea patriarcal, las mujeres seremos discutidas, descritas y tratadas por el derecho de manera subordinada a los intereses de los hombres. Por esto es que aún en los Estados en donde se han hecho reformas legales para eliminar, por ejemplo, la revictimización de las mujeres en casos de violación sexual, prohibiendo preguntar a la víctima sobre su experiencia sexual previa, no se ha logrado un trato justo y equitativo para ellas. Según esta gama de críticas, esto se debe a que el discurso sigue siendo patriarcal porque sigue reflejando y reproduciendo la idea de que las mujeres valemos menos como seres humanos. Si valemos menos, lo que decimos en un juicio, por ejemplo, tiene menos valor que lo que diga un hombre. También lleva a pensar que lo que sucede a una mujer, por ejemplo una violación sexual, no es tan grave como cuando sucede a un hombre y definitivamente es menos grave que mandar a un hombre a prisión. Estas formas de hablar y pensar llevan a un trato por la ley, aun la protectora, que termina discriminando a las mujeres.

Reconocer que el derecho es un discurso del poder, tanto del poder estatal como de los múltiples poderes locales, nos dice esta crítica, nos llevará a poner atención, más que a la norma formal, al cómo ella establece reglas, pensamientos, actitudes y comportamientos que la norma presupone e incorpora, así como a poner atención a la forma como la norma institucionaliza lo que debe ser considerado como legítimo o ilegítimo, aceptable o inaceptable, natural o desnaturalizado. El estudio del derecho como discurso puede ser clave para las mujeres porque puede demostrar cómo el derecho es patriarcal más allá de la norma, aun la norma protectora de los derechos de las mujeres.

## **El derecho de la mujer, una propuesta feminista**

Debido a las enormes dificultades para “engenerar” el derecho, incluyendo en ello el mejoramiento del acceso a la justicia para ambos sexos, algunas feministas proponen que se debe desarrollar una rama o disciplina autónoma a la que se podría denominar Derecho de la Mujer (Dahl, 1987). Este derecho tiene que desarrollarse como disciplina legal al mismo tiempo que la discriminación sexual, presente tanto en las normas como en los principios y fundamentos del derecho masculino, se vaya reduciendo hasta ser completamente abolida. Como la igualdad ante la ley –de la cual parte el derecho masculino– no evita la práctica de la discriminación, es necesario desarrollar una disciplina que tenga como meta y no como supuesto de partida, la igualdad de hombres y mujeres.

En Noruega, donde el derecho de la mujer fue desarrollado antes que en ningún otro país, se explica el nacimiento de esta nueva rama del

derecho como una evolución lógica y necesaria. Una evolución que va desde un derecho centrado en la propiedad privada, el comercio y el Estado, a uno que incluye los problemas cotidianos de la gente y que tiene como objetivo a la persona humana en sus diferentes facetas y realidades. Es un derecho centrado en la persona humana en vez de en las cosas, como son o podrían ser el derecho sobre la niñez, del consumidor, del estudiantado, de la ancianidad, de las personas privadas de libertad, del magisterio, de las personas asalariadas, de las víctimas de crímenes, de las personas con discapacidad, de los pueblos indígenas, etc.

El derecho de la mujer se asemeja a todas las disciplinas que tienen por objetivo a la persona, ya que existe similitud en la aplicación del modelo dirigido a la persona a través de normas y en el deseo de mejorar el estatus del grupo al que va dirigida cada disciplina. Pero mientras que las disciplinas arriba mencionadas son más restringidas con respecto a la extensión y el carácter legal del grupo, el derecho de la mujer tiene una característica especial: el enorme, diverso y complejo segmento de la población que representa, es decir, las mujeres de todas las edades, clases, razas, etnias, capacidades, nacionalidades, estatus migratorio, preferencia u opciones sexuales, y otras más. Por eso el derecho de la mujer constituye una parte de todas las otras disciplinas a la vez que es conformado por ellas. Esto hace que el campo del derecho de la mujer sea mucho más amplio que el de las otras disciplinas que, como él, están dirigidas a la persona humana.

Este derecho de la mujer también exige una práctica alternativa del mismo. Esta disciplina no sólo es autocrítica y desmistificadora del derecho, sino que además, exige que las y los abogados lo practiquen en forma diferente a la tradicional. Se insiste en que las relaciones entre abogada/o y cliente, juez/a y abogado/a, administrador/a y administrada/o sean más horizontales y que el proceso sirva para el empoderamiento de las mujeres. Se insiste en que toda la actividad esté centrada en la persona y no en principios abstractos. Se busca la justicia más que la "seguridad jurídica".

Desde el derecho de la mujer se insiste en que el acceso a la justicia sea apropiado y efectivo. Esto quiere decir que el Estado tendrá que garantizar un servicio que esté siempre al alcance de todas las personas en términos espaciales y temporales, lingüísticos y culturales, simbólicos y psicológicos, económicos y políticos, así como en cualquier otro término. Un servicio igualitario tendrá que compensar las desigualdades entre hombres y mujeres con medidas correctivas que hagan más parejo el campo de juego. El servicio que pretende el derecho de la mujer ya se ha puesto en práctica en algunos países para ciertos temas como el de la violencia intrafamiliar contra las mujeres. Lo que se propone ahora es que esto se expanda a otros problemas jurídicos que enfrentan las mujeres para que ante cualquier violación a sus derechos humanos, tengan acceso a una justicia adaptable a su problema particular .

De esto se desprende que el derecho de la mujer deberá ser enseñado con pedagogías distintas. Los y las estudiantes de esta disciplina deberán aprender a pensar en vez de memorizar, a reconocer sus prejuicios en vez de ocultarlos, a involucrarse en el caso en vez de controlarlo, a solidarizarse con sus compañeros/as en vez de competir por el primer lugar. No será fácil aprender este derecho, pero seguramente será mucho más enriquecedor que repetir como grabadoras los artículos de un código.

En los últimos tiempos, debido a la fuerza del movimiento feminista por los derechos humanos de las mujeres, hubo un avance legislativo y doctrinario en relación con el estatus jurídico de las mujeres de América Latina. Sin embargo, no existe en esta región una disciplina denominada derecho de la mujer. Es importante que todas y todos empecemos a crear ese derecho de la mujer que bien podría ser la semilla que produzca una nueva justicia en América Latina. Una justicia con perspectiva de género y, por ende, inclusiva de las necesidades e intereses de los pueblos indígenas, los migrantes y los grupos marginados por raza, clase, discapacidad, edad, opción sexual o por cualquiera de las miles de excusas que los poderosos han dado para explotar y discriminar a las mayorías.

## Bibliografía

- FACIO, Alda (1993), *Cuando el género suena, cambios trae. Una metodología para el análisis del fenómeno jurídico desde la perspectiva de género*, Ilanud.
- \_\_\_\_\_ (1999), "Hacia una teoría crítica del derecho", en Facio y Fries, *Género y derecho*, Santiago de Chile, Ediciones Lom.
- GILLIGAN, Carol (1982), *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press.
- EISENSTEIN, Zillah, (1988), *The Female Body and the Law*, University of California Press.
- FOUCAULT, Michel, (1978), *The History of Sexuality*, Vol. 1, "An Introduction", New York, Random House.
- DAHL TOVE STANG, (1987), *El derecho de la mujer*, Madrid, Vindicación Feminista Publicaciones.

# Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial

RODOLFO ARANGO\*



La tesis central de este escrito sostiene que, hasta ahora, no hemos podido defender el concepto de derechos sociales constitucionales, porque carecemos de un concepto bien desarrollado de derechos subjetivos, el cual es presentado aquí. Se trata de un concepto evolucionado que ayuda a los jueces a reconocer cuándo un derecho social fundamental es vulnerado por la acción u omisión estatal y, por tanto, debe ser protegido judicialmente. Además, dicho concepto es sensible a la realización humana, ya que tiene en cuenta las diferentes capacidades y las condiciones de las personas, y evita concebir las desventajas naturales y sociales como limitaciones irrelevantes para el reconocimiento y el goce de los derechos, como sucede en la tradición liberal.



The central thesis of this paper is that we have not been able to argue adequately in favor of the concept of constitutional social rights, because a concept of rights had yet to be developed. Such a concept of rights will be presented here, in the aim to help judges to recognize when constitutional social rights have been violated through state inaction, and to give them judicial protection. This concept is sensitive to human realization, for it addresses the different capacities and conditions of individuals and avoids seeing natural or social disadvantages as objective limitations to the recognition and enjoyment of rights, as does the liberal tradition.

## Introducción

Este escrito es un aporte conceptual que contribuye a hacer posible la exigibilidad judicial de los derechos sociales constitucionales. Si bien

---

\* Profesor asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia. Ph.D. en filosofía del derecho y derecho constitucional de la Universidad Christian Albrechts, Kiel, Alemania. Correo electrónico: rodolfo\_arango@hotmail.com

el derecho constitucional y la exigibilidad judicial de los derechos sociales son sólo algunos de los medios para la realización de la justicia social, ellos no deben ser subestimados en la lucha por una mayor justicia social. Una concepción de la justicia sensible a las diferencias de capacidad y funcionamiento de las personas individuales, y que permita corregir las desigualdades sociales, es más defendible que las concepciones liberales progresistas que parten de una concepción idealizada de la persona humana, como ser autónomo, racional y razonable.

El concepto de derechos sociales constitucionales que presento aquí constituye una propuesta para concretar una concepción correctiva de la justicia, sensible a las diversas situaciones de los individuos. Dicho concepto suministra herramientas conceptuales y analíticas a los jueces constitucionales para reconocer vulneraciones a los derechos sociales constitucionales, sin desconocer con ello el régimen político democrático.

Este escrito se divide en dos partes: primero se presenta un concepto desarrollado de derechos adecuado para el reconocimiento tanto de derechos negativos como positivos; y, segundo, se muestra la relevancia de dicho concepto para la realización de los derechos sociales constitucionales en sociedades del Tercer Mundo como la colombiana. Las ideas expuestas aquí son un resumen de planteamientos presentados en 1) the 20<sup>th</sup> International Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, New York, July 1999; 2) the Constitutional Courts Conference, Institute for Legal and Global Studies, Washington University School of Law, St. Louis, November 2001 (Arango) y 3) al Foro “Derecho y Economía”, celebrado en la Universidad de los Andes, Bogotá, agosto 2001 (Arango, 2001).

Para algunos los derechos sociales constitucionales –entre ellos los derechos a la educación, a la salud o al trabajo– no son verdaderos derechos fundamentales, por lo que no deberían denominarse así. El campo semántico de los derechos fundamentales estaría limitado por los derechos liberales clásicos. Los derechos sociales serían, según esa tesis, meras aspiraciones o directivas políticas dirigidas al legislador, mas no derechos subjetivos directamente exigibles por sus titulares (Böckenförde, 1997). Para otros, dentro de los cuales se cuenta el autor de este texto, los derechos sociales constitucionales son verdaderos derechos fundamentales. El concepto de derechos fundamentales, así como el de derechos subjetivos que le es implícito, puede ser esclarecido por la filosofía analítica y abarca tanto los derechos liberales como los sociales, independientemente de sus diferencias lógico-estructurales. El siguiente aporte busca esclarecer el concepto de los derechos sociales constitucionales, liberándolo del lastre de la confusión terminológica e ideológica.

El concepto de los derechos sociales constitucionales ha quedado oscurecido por la discusión ideológica sobre los derechos económicos, sociales y culturales, a saber si ellos pueden ser catalogados como “verdaderos” derechos humanos (Raphael, 1967; Hayek, 1976; Nozick, 1974: ix; Koller,

1993: 253). Por su parte, desde la perspectiva filosófica, el tema de los derechos sociales constitucionales ha sido discutido principalmente en relación con las diferencias existentes entre derechos negativos y derechos positivos (Feinberg, 1973: 59; Fried, 1978: 110; Pincione, 1998: 40) y sus correlativos deberes de abstención y de prestación (Feinberg, 1985: 216; Shue, 2002; Raz, 1986: 170; O'Neill, 1996: 128). Algunos economistas, sociólogos y teóricos del Estado se han ocupado de los derechos sociales en relación con la función del Estado en la distribución de recursos, esto es, de bienes y servicios, en el contexto de una economía de libre mercado (Sustein, 1997: 3) o respecto del carácter (Campbell, 1983: 193, Kolowski y Føllesdal, 1997) y las funciones del Estado en un mundo globalizado (O'Neill, 1997: 276-304; Koller, 1998: 112). A nivel del derecho constitucional, el tema de los derechos sociales constitucionales ha sido discutido –entre otros– en el ámbito de la interpretación constitucional. Algunos constitucionalistas han sostenido, por ejemplo, que tales derechos pueden ser deducidos del principio de igualdad<sup>1</sup>. Todas estas perspectivas son, sin lugar a dudas, de gran importancia. Sin embargo, ellas son insuficientes. El tiempo está maduro para analizar el concepto de derechos sociales constitucionales desde la perspectiva de la teoría legal.

El concepto de derechos sociales constitucionales se refiere a los derechos a un mínimo social para el cubrimiento de las necesidades básicas<sup>2</sup>, las cuales están representadas por aquellos bienes básicos necesarios para llevar una vida con dignidad y autorrespeto. Ejemplos de dichos bienes básicos son la comida, el vestido, el techo, la asistencia médica mínima, la educación básica y secundaria, el trabajo y la seguridad social.

Los derechos sociales constitucionales por lo general no se encuentran incluidos de forma expresa en las constituciones escritas de Occidente (Diez-Picazo y Ponthoreau, 1991: 9, 10, 13, 17, 25). Pese a ello, no obstante, diversos tribunales constitucionales<sup>3</sup> y renombrados juristas (Hart, 1973: 194-195; Michelman 1979: 680; Alexi, 1991: 482; Nino, 1993: 295; Rawls, 1996: 265) han reconocido un derecho al mínimo existencial por vía de la interpretación de los textos constitucionales. Por esto se justifica el preguntarse si los derechos sociales constitucionales pueden entenderse como implícitos en las constituciones de las democracias modernas, pese al hecho de no gozar de una consagración expresa.

La tesis central que aquí se defiende es que la pregunta sobre si hay derechos sociales constitucionales en las constituciones democráticas

---

<sup>1</sup> En contra de esta tesis se pronuncia R. Dworkin y C.S. Sunstein (1993: 148-149). A favor de la tesis F.I. Michelman (1969: 7) y L. Tribe (1978: 1079).

<sup>2</sup> En el derecho constitucional alemán este concepto corresponde al concepto de "mínimo existencial". Ver al respecto, R. Alexy (1997: 281).

<sup>3</sup> En Alemania: BVerfGE 40, 121 (133, 134), BVerfGE 82, 60 I (85). In Suiza: Schweizerisches Bundesgericht (Bger) Lausanne, II. Öffentliche Abteilung, 29. September 1995, EuGH 1996, p. 208. En Colombia: ST-531 de 1992.

modernas no ha podido ser resuelta satisfactoriamente, porque carecíamos hasta hoy de un concepto suficientemente evolucionado de derechos subjetivos<sup>4</sup>. Dicho concepto será presentado a continuación, para luego mostrar su relevancia para el concepto de derechos sociales constitucionales.

## Un concepto evolucionado de derechos subjetivos

Un concepto evolucionado de derechos subjetivos<sup>5</sup> se compone de dos partes. En primer lugar, se trata de un concepto de tres niveles analíticamente discernibles, como bien lo afirma Robert Alexy al distinguir entre derechos como posiciones normativas, razones para derechos y su exigibilidad jurídica<sup>6</sup>. En segundo lugar, este concepto establece los criterios requeridos para garantizar su uso efectivo; esto es, ofrece parámetros que permiten el reconocimiento de la violación de los derechos en cada caso. El mencionado concepto puede enunciarse como sigue: “Un derecho subjetivo es una posición normativa basada en razones válidas y suficientes, cuyo no-reconocimiento injustificado amenaza causar un daño inminente a su titular”.

A continuación se describen las partes que componen un concepto evolucionado de derechos. Luego se mostrará su relevancia para comprender el concepto de derechos sociales constitucionales.

### a) La primera parte del concepto de derechos

De acuerdo con lo arriba propuesto, el concepto de derechos consiste en su primera parte de tres elementos: 1) una posición normativa, 2) razones válidas que sustentan dicha posición normativa, y 3) la suficiencia de dichas razones válidas.

**1) La posición normativa.** La identificación de los derechos como posiciones normativas dentro de un sistema normativo enfatiza tres aspectos de los derechos<sup>7</sup>: a) La posición en la que está situada una persona significa que ella o él está en una relación concreta respecto de otros<sup>8</sup>. Pero

<sup>4</sup> Esta insuficiencia fue ya señalada por H.L.A. Hart en su análisis del lenguaje de los derechos (nota 14, p. 201). Es de anotar que filósofos del derecho como Rawls y Habermas manejan aún un concepto no evolucionado de los derechos subjetivos. Éste es un defecto que afecta el sistema de derechos por ellos propuesto para regular la vida en sociedad bajo un sistema jurídico positivo legítimo.

<sup>5</sup> Un concepto evolucionado de derechos subjetivos es aquel que reproduce enteramente el lenguaje sobre los derechos, bien sean ellos negativos o positivos, y a la vez incorpora en su definición los criterios para determinar su violación.

<sup>6</sup> R. Alexy (nota 14), p. 164.

<sup>7</sup> Aquí se habla de posiciones normativas, no de posiciones jurídicas o morales. Aquéllas serían el género, ésta las especies. El concepto de derechos es así neutro frente a los derechos jurídicos y derechos morales.

<sup>8</sup> “Rights are relationships, not things” (Young, 1990: S. 25); “It [A right, R.A.] is a relationship and a social practice, and in both those essential aspects it is an expression of connectedness” (Michelman, 1987: S. 91).

ésta no es una mera relación fáctica. Se trata de una relación normativa o deóntica dentro de un sistema normativo que vincula a una o varias personas –titular(es) de la obligación(es)– ordenando una o varias acciones de hacer o de abstenerse de hacer algo. (b) Considerados como posiciones normativas, los derechos son el resultado de la imputación de un estatus deóntico a razones válidas. Esta conceptualización de los derechos resuelve el problema de su estatus ontológico, o sea el problema de si existen como existen los hechos empíricos o como entidades metafísicas. Ella asume que somos nosotros mismos, los seres humanos, quienes nos otorgamos mutuamente los derechos, no Dios o la naturaleza. (c) La pregunta fundamental no es, por tanto, *qué* son los derechos sino *cómo* pueden y deben ser justificadas las posiciones normativas. Esto se determina mediante el lleno de los criterios de validez de las razones para justificar la posición normativa.

**2) Razones válidas.** Las posiciones normativas se basan en razones que buscan reconocimiento. Las razones son diferentes a las emociones, los intereses o las necesidades (Habermans, 1999: 277). Si bien las emociones, los intereses o las necesidades son la base material de las razones, por sí solas ellas no son condición suficiente para justificar una posición normativa. Para este propósito se requieren argumentos válidos adicionales. La insuficiente diferenciación entre los niveles antropológico y axiológico, por un lado, y el nivel lingüístico por el otro, lleva a multiplicidad de errores en la fundamentación de los derechos. Las emociones, los intereses o las necesidades se convierten en posiciones normativas por vía del reconocimiento de razones válidas. Este cambio de niveles –de uno existencial o uno lingüístico– sólo puede ser garantizado por reglas constitutivas (Searle, 1997: 44, 61) que tornan los enunciados sobre emociones, intereses y necesidades (hechos brutos) en razones válidas (hechos institucionales)<sup>9</sup>. Pero, ¿cuándo es válida una razón? Un ejemplo ilustra este cuestionamiento. Un recién nacido llora cuando tiene hambre o dolor. Sus lloros son la expresión de emociones que nosotros interpretamos como demandas por protección. ¿Por qué no son esos lloros el ejercicio de un derecho? Para serlo tienen que cumplir con las reglas constitutivas que permiten leer en esos hechos brutos (en el sentido de Searle) hechos institucionales (el ejercicio de un derecho). Para ser válidas, las demandas –o las razones que las sustentan– requieren el ser reconocidas como derechos. Ellas tienen que llenar las reglas de validez para poder convertirse en hechos normativos.

En relación con la validez debemos distinguir entre validez moral y validez jurídica. El derecho y la moral tienen diferentes reglas constitutivas. Cada una de ellas conduce a diversas clases de derechos. En la filosofía y la teoría jurídica ha habido mucha especulación en el intento de clarificar la relación entre validez moral y validez jurídica (Habermas, 1998: 82). Lo que

---

<sup>9</sup> Las razones son un género de enunciados, a saber, enunciados “puente” entre enunciados empíricos y enunciados normativos.

queda claro es que ni los derechos morales y los derechos jurídicos, ni la validez moral y la validez jurídica deben ser confundidas, si deseamos conservar la fuerza crítica de la moral sobre el derecho (Hart, 1980: 68). Así, el llanto del bebé es visto como un hecho que mediante reglas constitutivas – como “los padres deben cuidar a sus hijos”– se torna en un hecho institucional. Reglas constitutivas otorgan validez a la demanda que es la base del derecho moral del bebé (MacCormick) a recibir la protección de sus padres. Por lo general, los ordenamientos jurídicos de países occidentales reconocen además en estas demandas un derecho legal, dando a los parientes o al Estado mismo la posibilidad de intervenir en defensa del niño. Pero las reglas constitutivas de carácter moral y las de carácter legal no son co-extensivas. Algunas demandas pueden ser transformadas en derechos morales, sin por ello tornarse en derechos jurídicos. En este respecto, los derechos humanos son una excepción. Con carácter moral y consagrados en declaraciones y convenios internacionales, los derechos humanos exigen y presionan su reconocimiento como derechos constitucionales (Alexy, manuscrito).

**3) Razones válidas y suficientes.** No podemos excluir posibles conflictos entre demandas válidas de diversos individuos. Las razones válidas para posiciones normativas fundamentan derechos *prima facie*, esto es, derechos no definitivos. Cuando diferentes razones entran en conflicto debe buscarse una solución razonable. Solamente razones válidas que puedan ser conocidas objetivamente como suficientemente justificadas pueden llevar al reconocimiento de derechos definitivos y ser exigibles. Por ello, el principio de proporcionalidad<sup>10</sup> (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) ha venido a convertirse en el corazón de la ponderación constitucional de razones válidas para derechos *prima facie* en conflicto. La suficiencia de razones válidas para justificar un derecho definitivo sólo puede determinarse balanceando las razones a favor y en contra en el caso concreto. Éste es el significado del carácter deontológico de los derechos: éstos pueden ser delimitados únicamente mediante la ponderación de razones válidas y por razones de conveniencia (Freeman, 1994: 313, 348, 349).

La primera parte del concepto de derechos propuesto no es suficiente para dar una descripción completa del lenguaje de los derechos, especialmente los positivos. Los derechos positivos plantean diferentes problemas cuya superación exige complementar el concepto mismo de derechos. Como Hart exhortó hace algún tiempo, una teoría de los derechos debía desarrollarse para dar cuenta del uso del lenguaje de los derechos, especialmente entre abogados constitucionalistas<sup>11</sup>. La segunda parte del concepto de derechos pretende contestar a dicha exhortación. Aquella consiste en un criterio para evaluar la ilegalidad de las consecuencias para una

<sup>10</sup> R. Alexy (nota 14), p. 100.

<sup>11</sup> H. L. A. Hart (nota 14), p. 201.

persona, a causa del injustificado no-reconocimiento de una posición normativa basada en razones válidas y suficientes. Esta segunda parte recobra el importante criterio del “detrimento individual directo”<sup>12</sup>, el cual fuese propuesto por Jeremías Bentham para el reconocimiento de derechos subjetivos.

## **b) La segunda parte del concepto de derechos**

La segunda parte del concepto de derechos consiste en un criterio dual que permite reconocer la violación del derecho. Esta segunda parte inmuniza los derechos en contra de su indeterminación y de esta forma también en contra del no-reconocimiento de su violación. Primero se explicará por qué es necesaria esta segunda parte. Luego se explicará su funcionamiento.

¿Es realmente necesaria la segunda parte del concepto de derechos? La primera parte –derechos como posiciones normativas basadas en razones válidas y suficientes– es incompleta porque no toma en cuenta la peculiaridad de los derechos positivos y trabaja con un concepto muy primitivo de causalidad (Arango, 2001).

Los derechos negativos tienen obligaciones de abstención como correlativas, esto es, la obligación de abstenerse de algo. Esta característica de los derechos negativos ha conducido a algunos autores a afirmar que sólo éstos son absolutos y universales, porque cuentan para toda persona en toda circunstancia. Esta estructura de los derechos negativos facilita el reconocimiento de su vulneración. La violación de un derecho parece ser causada por un acto concreto que simultáneamente infringe el deber de abstención. La ocurrencia del acto mismo puede ser reconocida y su legalidad establecida. La práctica del derecho constitucional muestra, sin embargo, que los conflictos entre derechos *prima facie* están a la orden del día y debe por ello tomarse en serio su resolución. Esto requiere aceptar que los derechos no son absolutos, sino relativos, y que su realización supone un proceso de ponderación más complejo del que se disponía anteriormente.

Los derechos positivos tienen obligaciones (prestacionales) correlativas de hacer algo. Ellos plantean el problema de saber *cómo* ha de cumplirse la obligación positiva y *quién* está obligado a su cumplimiento<sup>13</sup>. La indeterminación de su contenido y del titular se comunica al reconocimiento de su violación. Estas dificultades han conducido a algunos autores a la conclusión de que los derechos positivos no son realmente derechos subjetivos (*claim-rights*) (Feinberg, 1980: 140; Böckenförde, 1992: 154) antes de su determinación por parte del legislador. La violación de derechos (negati-

---

<sup>12</sup> “If the statement that a law intends to benefit an individual and so confers a right upon him is interpreted as meaning no more than that its breach constitutes a direct individual detriment, then we have a criterion for determining when laws confer individual rights which avoids difficult inquiries into ‘actual’ legislative intent”, H. L. A. Hart (nota 14), p. 188.

<sup>13</sup> H. Shue (nota 6), p. 688-689.

vos) por actuaciones es más fácilmente reconocible que la violación de derechos (positivos) por omisión. La omisión de obligaciones de hacer algo puede tener múltiples y diferentes causas. Por la indeterminación del titular de la obligación y del contenido del derecho, no es sencillo establecer la causa y el agente de la violación. Una causalidad directa entre el acto antijurídico y la violación no funciona para el establecimiento de la omisión en el cumplimiento de obligaciones positivas. Aquí nos encontramos frente al dilema de negar la posibilidad racional de reconocer la violación de un derecho positivo, o bien de construir una condición hipotética que haga posible dicho reconocimiento. Dado que una garantía máxima de todos los derechos posibles es preferible a una limitada o restringida, la construcción de un tal criterio o condición razonable debe intentarse. ¿Cómo funciona entonces la segunda parte del concepto evolucionado de derechos? El reconocimiento de la violación de derechos positivos depende de condiciones objetivas que eliminan la indeterminación del contenido del derecho (o de la obligación correlativa) y del titular de la obligación. Estas condiciones consisten en 1) el daño individual inminente y 2) el no-reconocimiento injustificado de una razón válida y suficiente para una posición normativa definitiva.

1) *El daño individual inminente.* La inminencia del daño individual es la clave para resolver el problema de la indeterminación del contenido del derecho positivo. Cuando un niño se está ahogando en una piscina es claro cuál es el contenido de la obligación del adulto que observa la situación desde la orilla. Lo requerido para la realización del derecho corresponde con lo que hay que hacer para evitar su violación. En una situación de urgencia es normalmente obvio lo que se debe hacer. Sólo en casos trágicos, cuando el actuar implica para el auxiliador asumir un elevado riesgo de sufrir por su parte un daño, puede decirse que la omisión de actuar no es condición suficiente de la consecuencia dañina.

Un concepto evolucionado de derechos exhibe una relación necesaria con la teoría de la responsabilidad<sup>14</sup>. Aquella muestra que no sólo actuaciones sino también omisiones pueden ser tomadas como causas suficientes de un daño (Hart, 1985: 33; Nino, 1991: 206) Cuando la madre no da de comer al recién nacido y nadie lo advierte, el bebé puede morir. Sin embargo, cuando el niño no recibe educación, la persona enferma no es atendida médicamente o el adulto está desempleado, la inminencia del daño puede ser cuestionada. Contra el criterio propuesto podría objetarse que la privación que sufren dichas personas es atribuible a su propia responsabilidad, incluso a un asunto de preferencias individuales que no puede ser resuelto de forma impersonal y objetiva, porque la aglomeración de preferencias individuales es relativa e inconmensurable (Arrow, 1963: 9). La clave para saber cuándo una omisión es condición suficiente de un daño

---

<sup>14</sup> La relación entre la teoría de los riesgos y los derechos sociales ha sido explorada por K.H. Ladeur (1994) y por W. Lübbe, (1998).

individual es la *urgency*<sup>15</sup> de la situación. Para determinarla debemos imaginarnos lo que podría suceder si la necesidad básica de la persona no es satisfecha pese a la inminencia de sufrir un daño.

El problema de la determinación del contenido del derecho subjetivo (y de las obligaciones correlativas) puede resolverse abandonando una teoría abstracta de los “bienes básicos” o una de la prioridad ideal de los derechos de libertad (Rawls, 1995). Estas teorías son siempre culturalmente relativas. Pero es importante notar que la urgencia de una situación en la que las necesidades básicas no están aseguradas, es un estado objetivo de cosas<sup>16</sup>. Este estado de cosas puede ser demostrado mediante argumentos contrafácticos, que muestran lo que sucedería a la persona en caso de que una de sus necesidades básicas no fuese atendida inmediatamente, esto es, en caso de no ser reconocida su posición normativa pese a existir razones válidas y suficientes<sup>17</sup>.

La tesis de la “urgencia de la situación” resuelve el problema de la indeterminación del contenido del derecho. ¿Pero es ella igualmente capaz de resolver el problema de la indeterminación de la titularidad de las obligaciones?

2) *No-reconocimiento injustificado de razones válidas y suficientes.* El no-reconocimiento de razones válidas y suficientes para posiciones normativas puede ser justificado o injustificado. Éste puede ser justificado si una persona diferente al demandado es la principal obligada a cumplir con la obligación correlativa. Pero el no-reconocimiento del derecho por el subsidiariamente obligado (por ejemplo, el Estado) es injustificado; si el principal obligado incumple con su obligación, ello impide la realización del derecho positivo y esta situación amenaza causar un daño inminente al titular del derecho<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> “Urgency is a two-faced notion. In moral arguments appeals to relative urgency seem to be appeals to a consensus about how much people care about certain benefits, protections, etc. The structure of such arguments is first to claim that everyone admits in his own case that, as, being protected against certain consequence is more important than enjoying some other benefit” (Scanlon, 1975: 667).

<sup>16</sup> “The claims of needs suggest a sense of urgency. [...] We can postpone listening to a piece of music or going to a party, but we can’t postpone the consumption of water when thirsty, or food when hungry, or medical attention when ill” (Dasgupta, 1993: 39-40).

<sup>17</sup> T. M. Scanlon explica la importancia de argumentos empíricos y argumentos contrafácticos en el reconocimiento de derechos: “[T]he view that there is a moral right of a certain sort is generally backed by something like the following: (i) An empirical claim about how individuals would behave or how institutions would work in the absence of this particular assignment of rights (claim-rights, liberties, etc). (ii) A claim that the result would be unacceptable. This claim will be based on valuation of consequences [...], taking into account also considerations of fairness and equality. (iii) A further empirical claim about how the envisaged assignment of rights will produce a different outcome” (1995: S. 146).

<sup>18</sup> Desde la perspectiva del derecho privado la persona lesionada puede ser compensada por la violación de su derecho. Pero, en el ámbito constitucional resulta irrazonable tener que esperar hasta que el

H. Shue ha argüido convincentemente que múltiples obligaciones y varios obligados pueden corresponder con un derecho singular (Shue, 1980: 60). En el caso del derecho moral a la vida, es claro que éste no sólo implica la obligación moral correlativa de no matar, sino además una obligación moral de asistir a la persona cuya vida peligra. Esta multiplicidad de obligaciones complica el reconocimiento de la violación del derecho como consecuencia de la omisión de una obligación. La pluralidad de obligados cuestiona la existencia del derecho, o hace por lo menos más difícil el reconocimiento de su violación.

El derecho moderno parte de una premisa: la autonomía de la persona. Este principio implica dos más: el principio de responsabilidad personal y el principio de subsidiaridad. De acuerdo con el primero, el individuo es responsable de su propio destino. Según el segundo, una persona debe ser asistida cuando aún o ya no puede tomar su destino en sus manos. La familia, la comunidad nacional o la comunidad humana son posibles obligados subsidiarios en casos de que el peso de las cargas sea tan grande para el individuo o para un grupo pequeño de personas (deberes supererogatorios), que no sea razonable exigirle o exigirles soportarlo.

Los problemas surgidos por la existencia de multiplicidad de obligados –posibles vulneradores del derecho subjetivo– pueden igualmente ser resueltos a la luz de la urgencia de la situación. La urgencia de la situación activa el principio de subsidiariedad. Si un principal obligado –la familia de acuerdo con la ley o el Estado de acuerdo con la constitución nacional– no puede cumplir con sus obligaciones positivas, el reconocimiento del derecho no puede simplemente ser denegado por parte del juez. Esto plantea la pregunta de si su no-reconocimiento está o no justificado.

Como se mencionó, el no-reconocimiento de una razón válida y suficiente para una posición normativa puede estar justificado si el demandado no es el principal obligado. Por ejemplo, son los padres los principales obligados en brindar educación escolar a sus hijos. Éste es incluso el caso cuando la comunidad nacional –representada en el Estado, de conformidad con las declaraciones y los pactos internacionales de derechos humanos– está obligada a garantizar los derechos sociales constitucionales. Pero si el principal obligado –en este caso la familia– no está en la capacidad fáctica de cumplir con sus obligaciones positivas, la negativa a reconocer la posición jurídica debidamente fundamentada es, en principio, injustificada. La persistencia en la omisión por parte del obligado subsidiariamente es condición suficiente para declarar la violación de un derecho subjetivo de la persona amenazada por la inminencia del daño.

La conjunción de estas dos condiciones, la inminencia del daño y el no-reconocimiento injustificado de razones válidas y suficientes, resuelve

---

derecho haya sido violado para luego solicitar su protección. Es por ello que en situación de daño inminente injustificado se tiene un derecho subjetivo a impedirlo.

el problema de la indeterminación del derecho subjetivo. Éste puede ser llamado un criterio consecuencialista de la violación de derechos subjetivos. Dicho criterio viene a complementar la primera parte de un concepto evolucionado de los derechos.

El criterio consecuencialista aquí presentado –en el cual consiste la segunda parte del concepto de derechos– se refiere a la urgencia de la situación y a la necesidad de actuar inmediatamente para evitar el daño evitable. Éste es un hecho objetivo que, de acuerdo con las reglas constitutivas subyacentes al orden constitucional (por ejemplo los principios de igualdad y de seguridad personal), se convierte en un hecho jurídico institucional (derecho constitucional fundamental). La cualidad objetiva que activa la obligación potencial del Estado de actuar está determinada por la urgencia de las circunstancias.

Un ejemplo nos sirve para explicar el caso de la urgencia. Si las demandas elevadas por el niño no son atendidas por sus padres o por las personas que lo rodean, éste sufrirá de seguro un daño. Éste es igualmente el caso para personas demasiado viejas, enfermas o discapacitadas, como acertadamente lo ha anotado E. Tugendhat (1997: 346). ¿Deberían ser ellas dejadas solas en circunstancias en las que no pueden enfrentar los peligros y retos de la existencia? Para Kant (Wildt, 1997: 159) como para Habermas (Habermas, 1999: 197, 202) estos deberes representan cargas morales (supererogatorias), no obligaciones legales, al menos no mientras no sean incorporadas en una ley por el órgano democráticamente elegido. Habermas –al igual que Kant– desestiman el recurso del Estado social porque temen los efectos negativos de un paternalismo de Estado para la autonomía individual. Si bien esto es comprensible, al insistir en su posición sacrifican al bebé, al enfermo, al discapacitado y a los grupos tradicionalmente marginados o discriminados, quienes están temporal o definitivamente impedidos de tomar parte en la política. Más problemática es la negativa de Habermas en aceptar el papel activo del derecho constitucional (especialmente a través del control de constitucionalidad) en la realización progresiva de la igualdad fáctica.

## **Relevancia de un concepto evolucionado de derechos para el concepto de los derechos social-constitucionales**

La complementación de la primera parte del concepto de derechos se percibe como innecesaria desde la perspectiva del derecho privado o en sociedades sin constituciones democráticas modernas. Pero con la aceptación de la propiedad privada sobre el suelo y sobre los medios de producción, con la existencia de la democracia constitucional moderna (Dreier, 1988: 87; Alexy, 1993; Dahl, 1998: 178, 180) y con la interdependencia económica del orden mundial<sup>19</sup>, un concepto anacrónico de derechos no es ya más

---

<sup>19</sup> H. Shue (nota 6), p. 694.

aceptable. Los argumentos dados hasta ahora para rechazar un concepto no evolucionado de los derechos han sido de orden moral. Pero cuando el principio de igualdad de trato es introducido en la constitución, dichos argumentos morales adquieren relevancia constitucional<sup>20</sup>.

De esta manera, podemos formular y justificar un nuevo concepto de derechos sociales constitucionales, basado en un concepto evolucionado de derechos, el cual está inmunizado en contra de la objeción de que dichos derechos son indeterminados y, por tanto, no propiamente derechos sino directrices políticas. Aquél tiene la virtualidad de mostrar qué razones válidas y suficientes para sustentar un mínimo social para satisfacer las necesidades básicas pueden ser objetivamente reconocidas, no desde la perspectiva rawlsiana de la teoría de la justicia<sup>21</sup>, sino desde la perspectiva de un consecuencialismo de regla moderado<sup>22</sup> (Sen, 1985: 130; 1996: 23). Baste aquí sólo enunciar el concepto de derechos sociales constitucionales: “Una persona tiene un derecho fundamental a un mínimo social para satisfacer sus necesidades básicas, si pese a su situación de urgencia el Estado omite actuar, de forma que lesiona sin justificación constitucional a la persona”.

Éste es un concepto abstracto de los derechos positivos que ilustra la estructura lógica<sup>23</sup> de todos los derechos sociales constitucionales, por

<sup>20</sup> “(O)nce it is allowed that there are some –any– constitutional rights beyond those literally spelled out in the constitutional text or rigorously deducible from it, then importance just has to become a crucial constitutional variable. This is true partly because interests and claims often conflict or, in other words, rights entail costs, and the significant must take precedence over the petty. It is true also because some rights presuppose others, and some rights, even if not all, presuppose one’s having passed beyond the struggle for existence and for the marks of minimum social respect” (Michelman, (nota 14), pp. 679-680).

<sup>21</sup> Para Rawls en *Teoría de la justicia*, la distribución de riqueza e ingreso –la cual está presupuesta en el reconocimiento de los derechos sociales constitucionales– es un asunto librado al segundo principio de justicia (nota 38, p. 68). Los asuntos regulados bajo el segundo principio de justicia (incluyendo el mínimo social) son de competencia del legislador (258). Ellos no forman parte del texto constitucional. Pero en 1993 Rawls modifica su posición. En *Liberalismo político* escribe: “[...] así como un mínimo social que cubra las necesidades básicas de los ciudadanos, cuentan como esencias constitucionales” (nota 14, p. 265). Con la aceptación de un “mínimo social que cubra las necesidades básicas”, Rawls acoge la tesis de Frank I. Michelman, según la cual los “derechos sociales constitucionales” son parte de una constitución democrática (272). Pese a todo esto, Rawls no hace claridad sobre si dicho mínimo social debe ser tomado como un derecho constitucional fundamental (ver la acertada crítica de R. Alexy a ese respecto en nota 11, p. 303). Esta irresolución de Rawls al momento de caracterizar las esencias constitucionales puede explicarse porque él nunca ofreció un teoría desarrollada de los derechos. Este vacío fue igualmente anotado por H. L. A. Hart cuando sostiene en forma correcta que Rawls ofreció una teoría controvertida e incompleta de los derechos (Hart, 1983: 194).

<sup>22</sup> T. M. Scanlon (nota 37 y 40).

<sup>23</sup> La estructura lógica reza:  $U \wedge P \rightarrow DieH(1)$ , esto es, cuando se da una situación de urgencia (U) así como posibilidades jurídicas y fácticas para actuar (P), entonces la persona (i) tiene un derecho (D) contra el Estado (e) para que éste haga (H) lo necesario para evitar una consecuencia inconstitucional. Al nivel de la teoría de los principios, la estructura lógica del concepto de los derechos sociales cons-

ejemplo el derecho a la comida, a la atención médica, a la educación, a la vivienda, al trabajo y a la seguridad social. La definición de los derechos subjetivos planteada es central para la definición de los derechos fundamentales y los derechos humanos (Arango, 2001: 135-165), al igual que para hacer efectivos los derechos sociales constitucionales en sociedades no bien ordenadas<sup>24</sup>. La teoría defendida aquí es sensible a la realización humana porque parte de las diferencias de capacidades y condiciones de las personas y evita que las desventajas naturales o sociales se conviertan en limitaciones irrelevantes para el reconocimiento y goce de los derechos. En esto esta tesis de los derechos se acerca a la “tesis integrada de los derechos” defendida por Amartya Sen (2002), con la ventaja de no caer en el problemático aspecto de definir lo que Sen entiende por *capabilities* (Cohen, 1998: 27-53).

Un ejemplo de la aplicación de la teoría bien desarrollada de derechos puede ilustrarse con el derecho a la educación. Para algunos teóricos, este derecho es una mera aspiración política, no un verdadero derecho subjetivo, judicialmente exigible<sup>25</sup>. Miles de niños, guiados por sus padres, piden monedas en las calles de las grandes ciudades colombianas. A dichos niños se les priva de toda protección en materia de alimentación, abrigo, salud y educación. Esto resulta paradójico si se observa que la Constitución establece que la educación es obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y gratuita en las instituciones del Estado. No obstante, este precepto constitucional se ha quedado escrito por razones pragmáticas: no existen en la actualidad los cupos educativos necesarios para dar educación a todos los niños entre cinco y quince años; tampoco existen recursos económicos destinados a cubrir los costos adicionales (materiales, uniformes, alimentación, etc.) que permitan al niño ir a la escuela; además, en muchos casos, los padres de dichos niños viven en la miseria y requieren de las entradas económicas provenientes de la práctica de la mendicidad por parte de sus hijos para cubrir las necesidades básicas de la familia, lo que de facto excluye a estos niños de la educación. Se genera así un círculo vicioso en el que los niños de escasos recursos están condenados a vivir en la pobreza por carecer de educación formal y por ser ínfimas las probabilidades

---

titucionales puede ser expresada de la siguiente manera: (P1...Pm P Pn ... Px) U DieH (2), o sea, cuando los principios P1 a Pm tienen prioridad sobre los principios Pn a Px en la situación de urgencia U, entonces la persona (i) tiene un derecho (D) contra el Estado (e) para que se haga (H) todo lo necesario a fin de evitar una consecuencia inconstitucional.

<sup>24</sup> En Colombia de las cerca de 1.200 sentencias proferidas anualmente por la Corte Constitucional, el 60% versan sobre derechos sociales fundamentales, y las tutelas sobre derecho al mínimo vital son concedidas aproximadamente en un 80%. A diferencia de sociedades “bien ordenadas”, donde las libertades se tienen como prioritarias frente a la igualdad, ya que las necesidades básicas de la población están aseguradas legislativamente, en los países del Tercer Mundo dicha relación se invierte: los derechos sociales son tenidos como más importantes que las libertades públicas.

<sup>25</sup> Ernst Wolfgang Böckenförde (nota 33), p. 154.

de conseguir un empleo que los saque de esta situación. La pregunta entonces es si dichos niños tienen un derecho fundamental a exigir del Estado no sólo un cupo en una institución educativa sino además una subvención que les permita efectivamente asistir a la escuela. Las mejores razones constitucionales hablan a favor de que los jueces constitucionales obliguen a la autoridad administrativa a garantizar no sólo cupos educativos sino los recursos materiales necesarios para hacer efectivo tal derecho. Las razones en contra –p. ej. falta de presupuesto o de capacidad instalada y la responsabilidad de los padres–, no justifican el no reconocimiento de dicha posición constitucional, ya que su no reconocimiento por parte del Estado ocasiona un daño inminente a la persona, consistente en su exclusión de los beneficios del progreso y en la condena a la marginalidad social.

La principal reserva en contra del reconocimiento de derechos sociales constitucionales –p. ej. el derecho a una alimentación adecuada, a la atención médica, a la educación, etc.– es que su realización depende del grado de desarrollo económico de la sociedad, así como de la autodeterminación política del pueblo en materia de distribución de recursos y fijación de prioridades. Se afirma que si un juez reconoce el derecho a la educación y ordena un subsidio alimentario a la autoridad pública correspondiente, estaría imponiendo su decisión a la voluntad de la mayoría. Mientras un tal subsidio no estuviere consagrado en la ley, el juez no podría proceder a reconocerlo. En el caso que nos interesa, los niños de familias pobres no podrían de hecho acceder a la educación por no contar con lo necesario y no poder sus familias prescindir de las entradas producto de la mendicidad.

La anterior objeción parte de una visión materialista de las relaciones sociales y voluntarista de la acción estatal. Se considera que el acceso efectivo a la educación para los niños en la miseria depende de un traslado de recursos económicos de quienes tienen recursos a quienes carecen de ellos, así como de la decisión mayoritaria que voluntariamente aprueba dicho traslado. Tal visión de la vida social es reduccionista y no compatible con la Constitución. Las relaciones sociales van más allá del intercambio material. Exigen, presuponen y necesitan otras dimensiones culturales como la ética y la estética. Una sociedad sin dignidad humana, acostumbrada e impasible frente al dolor humano, a la degradación de la vida, desconocedora de la belleza y la alegría, ciega a la marginación y a la discriminación de miles de personas, no es una sociedad que pueda pretender constituirse e identificarse políticamente como un Estado social, constitucional y democrático de derecho. Precisamente, la forma de vida que protege, por la cual propugna la Constitución, y a cuyo aseguramiento deben propender todas las actuaciones del Estado, es la de una sociedad donde es posible la realización plena de las capacidades humanas.

En un Estado constitucional y democrático de derecho la justicia constitucional no puede pretender reemplazar los órganos de expresión política. Ella debe velar por corregir los excesos y omisiones contrarios a una

preceptiva superior que, en su contenido, guía las actuaciones de todas las autoridades. Esta orientación también vale en materia de la realización de los derechos sociales en general. Por su parte, la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales parte de una tesis en teoría de la justicia que aquí sólo puede ser esbozada, ya que su desarrollo ameritaría un tratamiento propio. Me refiero a la tesis según la cual los derechos sociales fundamentales corresponden más al ámbito de la justicia compensatoria que al ámbito de la justicia distributiva<sup>26</sup>. Esto es compatible con la función correctora del control constitucional.

En la filosofía política de la segunda mitad del siglo veinte, especialmente bajo la influencia de John Rawls, el tema del mínimo social necesario para la satisfacción de las necesidades básicas –que corresponde a los derechos sociales mínimos– siempre se entendió como un tema de justicia distributiva. La razón es simple. Cualquier reconocimiento de derechos sociales constitucionales implicaba una redistribución económica. Este enfoque explica que se entendiera que la instancia por excelencia para el reconocimiento de dichos derechos era el parlamento mismo, según el principio de “no tributación sin representación”. No obstante, las críticas al modelo liberal progresista, procedentes de sectores republicanos (Michelman, Shue, Tugendhat), feministas (Gilligan, O’Neill), comunitaristas (Walzer, Sandel, MacIntyre, Williams), neomarxistas (Cohen, Elster, Pogge) y nearistotélicos (Sen, Nussbaum) mostraron cómo el enfoque distributivo en materia de derechos es demasiado estrecho. La razón es obvia. No es razonable hacer una distribución nominalmente igualitaria, cuando los destinatarios de tal distribución están en condiciones relevantemente desiguales. Amartya Sen, el premio nóbel en economía y responsable del cambio en los índices para la medición de la pobreza en el mundo, ha mostrado con acierto que no es lo mismo repartir iguales recursos a todos, cuando la diferencias en capacidades entre las personas, para efectos de convertir dichos recursos en libertad efectiva, son tan disímiles (Sen, 2000). No recibe el mismo kilo de arroz quien quema el doble de calorías dado su metabolismo que la persona que recibe dicho kilo pero necesita únicamente la mitad de calorías. Este simple ejemplo muestra que una distribución realmente igualitaria tiene que tener en cuenta las condiciones de cada persona en particular, por ejemplo, si proviene de un sector que ha sido históricamente marginado o discriminado, o si ha sido desfavorecido por la naturaleza y requiere por ello de compensación. Es precisamente este último concepto el que da la clave de la relación entre justicia y derechos sociales constitucionales. A toda distribución de recursos debe anteceder una corrección por vía de compensación de las desventajas objetivas de las personas. De no ser así, cualquier distribución, por igualitaria que parezca, no se haría cargo de

---

<sup>26</sup> Esta tesis es desarrollada en mi libro *Der Begriff der sozialen Grundrechte* (ver arriba nota 31), p. 247 s.

los factores relevantes para asignar derechos y distribuir cargas públicas. Esta tesis, que coloca el reconocimiento de los derechos sociales constitucionales como parte de la justicia compensatoria, se funda en últimas en una idea de la persona humana que es más realista que aquella adoptada por la generalidad de los filósofos liberales.

Para terminar, deseo recordar un caso resuelto por la Corte Constitucional Colombiana en 1992 en el que reconoció y protegió el derecho social constitucional a la salud. Un hombre de 63 años de edad solicitó mediante acción de tutela que se le ordenara al Estado financiarle una operación de los ojos para recuperar la vista y así poder trabajar. El hombre afirmó que su familia estaba en imposibilidad económica de ayudarlo. El juez de primera instancia rechazó la solicitud. Adujo que la vía procesal precedente era la acción penal por el delito de inasistencia y que, además, no existía omisión alguna por parte de la autoridad local. La Corte Constitucional, luego de revisar dicha sentencia, concedió la tutela y ordenó establecer si el solicitante se encontraba en condiciones de indigencia que lo hicieran acreedor a la protección especial del Estado ordenada por el artículo 13 de la Constitución Política para las personas en condiciones de debilidad manifiesta.

El anterior caso nos sirve para ilustrar cómo la Corte Constitucional ha construido el supuesto de hecho que activa el deber positivo del Estado frente a personas en situaciones de urgencia manifiesta. Se trata de un supuesto construido a partir de una Constitución democrática, social y de derecho mediante una interpretación sistemática. Si el derecho fundamental a la salud del solicitante no fuese protegido en este caso, tendría éste que aceptar indefectiblemente su nueva condición de invidente a consecuencia exclusiva de la pobreza de sus familiares. Esta conclusión no es exigible de una persona que vive bajo una Constitución como la nuestra. La argumentación de la Corte puede reconstruirse de la siguiente manera:

- (i) El Estado tiene la competencia de determinar prestaciones públicas a favor de las personas, p. ej. gr. decidir democráticamente cómo distribuye los recursos de la sociedad.
- (ii) En principio, el derecho a la salud no es exigible del Estado por una persona sino hasta tanto y de conformidad la ley así lo establezca.
- (iii) Pero cuando (a) la persona (y su familia) se encuentra en una situación de necesidad que amenaza en forma inminente sus derechos fundamentales (en este caso el derecho a la integridad corporal y al trabajo), (b) el legislador no ha tomado las medidas requeridas para enfrentar estas situaciones, y (c) la actuación positiva del Estado puede evitar tal situación (d) mientras que su omisión de actuar es condición suficiente para que se concrete la lesión de los derechos fundamentales del afectado.

(iv) Entonces el Estado está *prima facie* obligado a brindar la prestación positiva a favor de la persona en dichas circunstancias.

Con base en la anterior argumentación, la Corte Constitucional ha construido el supuesto de hecho de la protección judicial de los derechos sociales constitucionales según las condiciones concretas del caso. Ulteriormente, la Corte ha procedido a invertir la carga de la prueba a favor de la persona que busca protección, debiendo el Estado, en consecuencia, probar por qué razón la prestación positiva no sería exigible en el caso. El argumento de oro a favor de esta construcción radica en que la grave omisión legislativa o administrativa no puede tener más fuerza que el principio de inmunidad de los derechos constitucionales, cuya realización es condición de estabilidad de un régimen político libre y democrático.

## Conclusiones

En la filosofía política y económica no existe claridad sobre el concepto de derechos. Ello contribuye a la ideologización del tema. Mucho menos existe claridad sobre el concepto de los derechos sociales constitucionales y la manera de su reconocimiento por parte de los jueces constitucionales.

Para una mejor y mayor comprensión de la protección judicial de los derechos sociales constitucionales se requiere un concepto evolucionado de derechos, que no sólo tome en cuenta (la práctica del reconocimiento de) los derechos sino, por sobre todo, a la persona humana en su particularidad.

En este sentido, la teoría integrada de los derechos esbozada por Amartya Sen parece ser más adecuada y comprensiva que las teorías liberales de autores como Rawls o Habermas.

El ejercicio y la protección tanto de los derechos liberales como de los derechos sociales implican costos económicos. Sus diferencias estructurales y de contenido no impiden que ambos tipos de derechos puedan ser protegidos por los jueces.

Los costos económicos del reconocimiento de los derechos sociales constitucionales no obedecen a la arbitrariedad judicial, sino a la realización práctica del principio de Estado social de derecho con ayuda de un concepto evolucionado de derechos. Esta forma de Estado ha sido considerada por el constituyente colombiano como la más adecuada para enfrentar las situaciones de pobreza extrema, desigualdad y confrontación armada que vive la sociedad colombiana.

## Bibliografía

- ALEXY, Robert (1992), "Individual Rights and Collective Goods", en C. S. Nino, *Rights*, Aldershot.
- ALEXY R. (1993), Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat (manuscript).
- ALEXY, Robert (1997), "John Rawls' Theorie der Grundfreiheiten", en *Philosophische*

*Gesellschaft Bad*, Homburg y Wilfried Hinsch (eds.), *Zum politischen Liberalismus*, Frankfurt a.M.

- ALEXY, Robert, "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional y democrático de derecho" (manuscrito).
- ALEXY, Robert (1991), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ARANGO, Rodolfo (2001), *Der Begriff der sozialen Grundrechte (El concepto de derechos sociales fundamentales)*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2001 (traducción al español próxima a aparecer).
- ARANGO, Rodolfo (2001), "La protección nacional e internacional de los derechos humanos sociales", en M. A. Alonso Giraldo Ramírez (eds.), *Ciudadanía y derechos humanos sociales*, Bogotá, Ediciones Escuela Nacional Sindical
- ARANGO, Rodolfo, "Basic Social Rights, Constitutional Justice and Democracy, Constitutional", en *Ratio Juris* (en prensa)
- ARANGO, Rodolfo (2001), La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales, en *Revista de Derecho Público* N° 12, Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.
- ARROW, Kenneth J. (1963), *Social Choice and Individual Values*, 2<sup>nd</sup> ed., London, New Haven.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang (1992), "Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge", en E. W. Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2<sup>nd</sup> ed., Frankfurt a.M.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang (1999), *Escritos de derecho constitucional*, Berlin, Ed. Nomos.
- CAMPBELL, T. (1983), *The Left and Rights*, London.
- COHEN, Gerald (1998), "¿Igualdad de qué? Sobre el bienestar, los bienes y las capacidades", en M. Nussbaum y A. Sen (comp.), *La calidad de la vida*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- DAHL, Robert (1998), *On Democracy*, London, New Haven.
- DASGRUPTA, Partha (1993), *An Inquiry into Well-Being and Destitution*, Oxford.
- DIEZ-PICAZO, Luis María y María Clara Ponthoreau (1991), *The Constitutional Protection of Social Rights: Some Comparative Remarks*, Florence, European University Institute.
- DREIER, Ralf (1988), "Konstitutionalismus und Legalismus", en *Rechtsstaat und Menschenwürde*, A. Kaufmann, E. J. Mestmäcker y H. F. Zacher (eds.), Frankfurt a.M.
- DWORKIN, Ronald (1996), *Freedom's Law*, Cambridge, Mass.
- FEINBERG, Joel (1980), *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*, N. J., Princeton.
- FEINBERG, Joel (1985), *Social Philosophy*, N. J., Englewood Cliffs.
- FEINBERG, Joel (1985), *The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan*, ARSP Bh. 23.
- FREEMAN, Samuel (1994), "Utilitarianism, Deontology, and the Priority of Right", en *Philosophy & Public Affairs* 23.
- FRIED, Charles (1978), *Right and Wrong*, Cambridge, Mass./London.

- HABERMAS, Jürgen (1998), *Facticidad y validez*, Madrid 1998.
- HABERMAS, Jürgen (1999), *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós.
- HABERMAS, Jürgen (1999), *Wahrheit und Rechtfertigung* (Verdad y justificación), Frankfurt a.M.
- HART, H.L.A. (1973), "Bentham On Legal Rights", en *Oxford Essays in Jurisprudence*, A. W. B. Simpson (ed.), Oxford.
- HART, H.L.A. (1980), "El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral", en R. Dworkin (ed.), *La filosofía del derecho*, México.
- HART, H. L. A. (1983), "Utilitarianism and Natural Rights" en H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford.
- HART, H.L.A. y Tony Honoré (1985), *Causation in The Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford.
- HAYEK, Friedrich A. (1976), *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 2, *The Mirage of Social Justice*, London, Henley 1976.
- KOLLER, Peter (1998), "Der Geltungsbereich der Menschenrechte", en S. Gosepath y G. Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt a.M.
- KOLLER, Peter (1993), *The Scope of Human Rights*, Rechtstheorie, Bh.
- KOŁOWSKI, P. y A. Føllesdal (eds.) (1997), *Restructuring the Welfare State*, Berlin/Heidelberg.
- LADEUR, Karl Heinz (1994), "Social Risks, Welfare Rights and the Paradigm of Proceduralisation", *San Domenico*, European University Institute, Florence (Working Paper Law No. 95/2).
- LÜBBE, W. (1998), *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Freiburg/München
- MACCORMICK, Neil D., "Children's Rights: A Test for Theories of Right", en C. S. Nino (nota 15).
- MICHELMAN, Frank I. (1969), "On Protecting The Poor Through The Fourteenth Amendment", *Law Review*, 83, Harvard.
- MICHELMAN, Franz I. (1987), *Justification and the Justifiability of Law in a Contradictory World*, Nomos, Vol. XVIII.
- MICHELMAN, Franz I. (1979), *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, Washington University Law Quarterly, 3.
- NINO, Carlos Santiago (1993), "On Social Rights", en A. Aarnio, S. L. Paulson, O. Weinberger, G. H. v. Wright y D. Wyduckel (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlin.
- NINO, Carlos Santiago (1991), *The Ethics of Human Rights*, Oxford.
- NOZICK, Robert (1974), *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford.
- O'NEILL, Onora (1991), *Towards Justice and Virtue*, Cambridge.
- O'NEILL, Onora (1991), "Transnational Justice", en D. Held (ed.), *Political Theory Today*, Oxford.
- PINCIONE, G. (1998), *On The Relative Stringency of Negative and Positive Moral Duties*, ARSP Bh. 68.
- RAPHAEL, David D. (ed.) (1967), *Political Philosophy and the Rights of Man*, London.
- RAWLS, John (1996), *Liberalismo Político*, Barcelona, Critica.

- RAWLS, John (1995), *Teoría de la Justicia*, 2ª Ed., México, Fondo de Cultura Económica.
- RAZ, Joseph (1986), *The Morality of Freedom*, Oxford.
- SCANLON, Thomas M. (1995), "Rights, Goals, and Fairness", en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, 6<sup>th</sup>. ed., Oxford.
- SCANLON, Thomas M. (1975), "Preference and Urgency", en *The Journal of Philosophy*, 19.
- SEARLE, John (1997), *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós.
- SEN, Amartya (1985), "Rights and Capabilities", en T. Honderich (ed.), *Morality and Objectivity*, London.
- SEN, Amartya (2000), *Desarrollo como libertad*, Bogotá, Planeta.
- SEN, Amartya (2002), "Economía de bienestar y dos aproximaciones a los derechos", en *Estudios de filosofía y derecho*, N° 2, Bogotá, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, trad. por Everaldo Lamprea M., (originalmente publicado en inglés bajo el título "Welfare Economics and Two Approaches to Rights", en J. Casas y F. Schneider (eds.), *Current Issues in Public Choice*, Cheltenham/Brookfield 1996).
- SHUE, Henry (1980), *Basic Rights*, N. J., Princeton.
- SHUE, Henry (2002), "Mediando deberes", en *Estudios de filosofía y derecho*, N° 4, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, trad. por Everaldo Lamprea M. (originalmente publicado en inglés bajo el título "Mediating Duties", *Ethics*, 98, 1988).
- SUNSTEIN, Cass R. (1997), *Free Markets and Social Justice*, Oxford.
- SUNSTEIN, Cass R. (1993), *The Partial Constitution*, Cambridge, Mass./London.
- TRIBE, Laurence (1978), *American Constitutional Law*.
- TUGENDHAT, Ernst (1998), "Die Kontroverse um die Menschenrechte", en S. Gosepath y G. Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt a.M.
- TUGENDHAT, Ernst (1997), *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa.
- WILDT, Andreas (1997), *Zum Verhältnis von Recht und Moral bei Kant*, ARSP 83.
- YOUNG, Iris M. (1990), *Justice and the Politics of Difference*, Princeton.

# Justicia por conveniencia: emergencia y selección de reglas de distribución justa\*

ALEJANDRA ARMESTO\*\*



Este ensayo ofrece una aproximación analítica a los problemas de justicia distributiva. El trabajo intenta responder a dos preguntas: (1) ¿bajo qué condiciones unos individuos racionales demandarían unos arreglos distributivos justos? y (2) dada una pluralidad de arreglos distributivos justos posibles ¿cómo son seleccionados? El artículo desarrolla un modelo que da cuenta de las condiciones para la emergencia y selección de reglas de distribución justa, considerando que la justicia distributiva regula la distribución de los beneficios y las cargas de la cooperación social, y que constituye un atributo de las instituciones. Las condiciones para la emergencia de reglas de distribución justa están definidas por la naturaleza de los bienes a distribuir –bienes producidos colectivamente y consumidos de manera privada– y por las reglas de juego que regulan su producción –reglas del dilema del prisionero–, como también por las tres circunstancias de la justicia –escasez de los bienes, individuos moderadamente autointeresados e igualdad en las posiciones relativas de los individuos–. La selección de reglas de distribución justa es explicada por los beneficios colectivos e individuales esperados de su funcionamiento, y por dos mecanismos de selección de reglas entre individuos con intereses en conflicto –negociación y competencia–.



This essay develops an analytical approach to problems of distributive justice. It attempts to answer two questions: (1) under which circumstances would rational

---

\* Por valiosos comentarios sobre versiones previas de este trabajo, estoy en deuda con Paulette Dieterlen, Ruth Zimmerling, Elisabetta di Castro, Mónica Gómez y Ramón Tejada.

\*\* Universidad de Notre Dame, Facultad de Ciencia Política, programa de doctorado. Maestra en ciencias sociales, Flacso, México. Este ensayo es una revisión parcial de la tesis de maestría titulada "Justicia por conveniencia. Demanda, selección, provisión y sistemas de incentivos de reglas de distribución justa", que obtuvo el Premio a las Mejores Tesis de Posgrado en Ciencias Sociales 1998 de la Academia Mexicana de Ciencias. Correo electrónico: armesto.1@nd.edu.

individuals demand just distributive arrangements? and (2) given the number of possible distributive arrangements, how is one selected? The article develops a model that accounts for the conditions for the emergence and selection of rules of just distribution. The essay considers that distributive justice governs the distribution of the benefits and the burdens of social cooperation, and that it constitutes an attribute of institutions. The conditions for the emergence of rules for just distribution are defined by the nature of the goods to be distributed –collectively produced and privately consumed goods– and the rules that regulate their production –rules of an iterated prisoner’s dilemma–, as well as the three circumstances of justice: scarce goods, moderately self-interested individuals, and equal status among individuals. The selection of rules for just distribution is explained by the collective and individual advantages and disadvantages expected from their operation, and the two mechanisms of rule selection available to individuals with conflicting interests: bargaining and competition.

## Justicia distributiva como un problema analítico

La justicia distributiva inquiera sobre la forma como se distribuyen los beneficios y las cargas de la cooperación social. Las perspectivas normativas en problemas de justicia distributiva diseñan principios que regulan las instituciones básicas de la sociedad y criterios de distribución de los beneficios y las cargas de la cooperación. Estudios empíricos sobre justicia distributiva evalúan arreglos distributivos reales, y las aproximaciones desde una perspectiva analítica a cuestiones de dicha justicia ofrecen explicaciones para la emergencia o el diseño de criterios distributivos alternativos<sup>1</sup>.

Este trabajo asume una mirada analítica para abordar problemas de justicia distributiva e intenta responder a dos preguntas. La primera refiere a las condiciones para la emergencia de reglas de distribución justa: ¿bajo qué condiciones puede esperarse la emergencia de arreglos distributivos justos? La segunda pregunta alude a la emergencia de arreglos específicos: ¿qué factores explican la selección de ciertos arreglos y no otros? Para responder estos interrogantes desarrollo un modelo que: 1) identifica las situaciones en las que emergerían arreglos distributivos justos, y 2) delimita las condiciones y los mecanismos que explicarían la selección de uno u otro

---

<sup>1</sup> En este marco, los estudios empíricos evalúan el nivel de equidad/inequidad alcanzado por programas sociales, y en algunos casos exploran los factores que explican la variación observada (Lum, 1995; Fitzgerald y Patton, 1994; Keskimäki, Salinto y Aro, 1996; Glazer y Shmueli, 1995). Entre los estudios con objetivos analíticos, los trabajos incluidos en el proyecto de Justicia Local dan cuenta de la selección de mecanismos de distribución atendiendo a los procesos de formación de preferencias, construcción de coaliciones, negociación y suma de criterios (Elster, 1990 y 1992; Herpin, 1990; Duffy Toft y McIntyre, 1992).

arreglo distributivo<sup>2</sup>. Este trabajo, a diferencia de otros estudios sobre justicia distributiva desde una perspectiva analítica, no desarrolla una instancia empírica. En este sentido, en la medida en que los objetivos de este trabajo no se refieren a ningún arreglo distributivo socio-históricamente situado, el modelo no se aplica a contexto alguno. En contraste, la atención está puesta en los aspectos formales que puedan ser comunes a circunstancias históricas diferentes.

La aproximación analítica a problemas de justicia distributiva obliga a un trabajo de articulación entre el plano normativo, para identificar esquemas de distribución justa, y el plano de la teoría positiva, para explicarlos. Considerando a la justicia distributiva como un atributo de las instituciones, en el nivel positivo me apoyo en las teorías de elección racional sobre cambio institucional para desarrollar un modelo explicativo de la emergencia y la selección de arreglos distributivos. Y en el nivel normativo descanso en teorías de la justicia para elaborar una tipología de criterios de distribución justa desde donde evaluar las instituciones<sup>3</sup>. En síntesis, la tipología normativa permite evaluar arreglos distributivos y determinar qué concepto de justicia está plasmado, y el modelo positivo permite responder las preguntas por la emergencia y la selección de arreglos distributivos justos.

En el nivel analítico, en este trabajo las instituciones son conceptualizadas como reglas<sup>4</sup>. La idea de las instituciones como reglas fue introducida por Shepsle (1979) y Shepsle y Weingast (1984, 1987) y definida más específicamente por Elinor Ostrom (1986). Ostrom concibe las reglas como “prescripciones de conocimiento común y utilizadas por un conjunto de participantes para ordenar relaciones repetitivas interdependientes. Estas prescripciones se refieren a qué acciones (o Estados del mundo) son *requeridos, prohibidos o permitidos*” (1986: 5). Las reglas constituyen res-

---

<sup>2</sup> Edgar Kiser y Michael Hechter sostienen que “una explicación adecuada debe especificar las relaciones causales entre las variables (incluyendo modelos que indiquen cómo están interrelacionados los factores causales) y los mecanismos responsables de la producción de esas relaciones” (Kiser y Hechter, 1991: 4).

<sup>3</sup> En *Theories of Justice* (1989) Brian Barry defiende la concepción según la cual la justicia distributiva es un atributo de las instituciones. Sin embargo, otras concepciones sostienen que la justicia es un atributo de las personas o las acciones.

<sup>4</sup> En la teoría de la elección racional, la idea de institución ha sido trabajada también bajo otros dos conceptos: equilibrios y normas. La concepción de las instituciones como equilibrios, elaborada por Schotter (1981) y Calvert (1995 a y b), atiende a la estabilidad emergente de las preferencias de los actores mutuamente conocidas y del comportamiento optimizador. Supone que los individuos racionales cuando interactúan entre sí van cambiando sus respuestas respecto de las acciones de los demás hasta que no puede obtenerse ninguna mejora con los resultados de acciones independientes. El concepto de instituciones como normas corresponde a Ullmann-Margalit (1977) y a Coleman (1990), pero quedaría incluido bajo el de reglas que se ofrece. Sin embargo, en algunos trabajos se distinguen normas de reglas para enfatizar el carácter intencional del diseño de las últimas (Crawford y Ostrom, 1995).

tricciones –habladas, escritas o entendidas tácitamente– que influyen sobre la interacción y estructuran los incentivos en los intercambios sociales, económicos y políticos. Un tratamiento más estilizado asimila las instituciones a las reglas de un juego –como se entienden en la teoría de los juegos–, de modo que las instituciones establecen el conjunto de jugadores y de movimientos permitidos, las secuencias y la información disponible (Tsebelis, 1990). El lenguaje abstracto de la teoría de los juegos permite identificar aquellos rasgos comunes a situaciones que en concreto resultarían disímiles. De esta manera se podrán indicar las reglas correspondientes a las situaciones que dan lugar a la emergencia de unos arreglos distributivos justos, y los cambios en las reglas del juego que estos arreglos implican.

En el nivel normativo se diseña una tipología de criterios de distribución sobre la base de tres respuestas a la pregunta por la sociedad justa. Éstas son: el principio utilitarista de maximización de la utilidad social, el principio igualitarista de compensación de las desigualdades moralmente arbitrarias, y el criterio meritocrático de recompensar los comportamientos meritorios<sup>5</sup>.

La consistencia interna entre el modelo explicativo de la emergencia y selección de instituciones, y la tipología normativa de criterios de distribución justa, se funda en dos supuestos teóricos-metodológicos compartidos por las teorías de elección racional sobre instituciones y las teorías liberales de la justicia, el individualismo metodológico y el supuesto de racionalidad. En este trabajo, en el plano explicativo, el individualismo metodológico a las unidades de análisis del modelo, la emergencia y selección de instituciones son explicadas en términos de las acciones de los individuos. En el nivel normativo –en la tipología de criterios de distribución el individualismo los refiere a las unidades de asignación de los beneficios y las cargas a distribuir– los receptores son individuos. De acuerdo con la noción de racionalidad se asume que las acciones de los individuos están motivadas por fines autointerésados<sup>6</sup>. En el nivel analítico, el supuesto de racionalidad contribuye a explicar fenómenos sociales, y en el normativo, da cuenta de una de las circunstancias de la justicia<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> El debate contemporáneo sobre justicia distributiva es inconmensurable y no es pretensión de este trabajo abordarlo.

<sup>6</sup> Una versión de *racionalidad delgada* sólo requiere dos condiciones: el principio de maximización de la utilidad y la consistencia de un orden de preferencias débil. Este concepto de racionalidad basado sólo en la estructura formal de las preferencias introduce en riesgo de tautología. Contra esta versión *desnuda*, Green y Shapiro (1994) defienden lo que llaman de *racionalidad gruesa*, que incluye alguna descripción del contenido de las preferencias de los actores. Bajo esta concepción, los supuestos acerca de los ordenamientos de preferencias y los fines perseguidos descansan en información sobre el conjunto de oportunidad real en un contexto específico.

<sup>7</sup> Como se explicita más adelante, una de las circunstancias de la justicia es el autointerés individual.

En primer lugar, se argumentará que las condiciones para que unos individuos se dispongan a diseñar unas reglas de distribución justa estarán definidas por los tres factores clásicamente concebidos como las circunstancias de la justicia –escasez, autointerés e igualdad–, pero además por la naturaleza de los bienes a distribuir –unos bienes producidos colectivamente y consumidos de manera individual– y las reglas que regulan la producción de tales bienes –reglas del dilema del prisionero repetido–. En una segunda instancia, se afirma que la selección de reglas de distribución justa está condicionada por los flujos de ventajas y desventajas colectivas e individuales esperados de su operación y dos mecanismos de selección de reglas entre individuos con intereses en conflicto: la negociación y la competencia.

El trabajo está dividido en dos partes, cada una de las cuales responde a los dos interrogantes que le dan lugar. La primera parte presenta las circunstancias para la emergencia de reglas de distribución justa, revisa la versión clásica de las circunstancias de la justicia y, ligando la justicia distributiva a los problemas de producción de bienes, establece el conjunto de condiciones para la emergencia de estas reglas. Para ello se elabora una tipología de bienes, entre los cuales se identifica aquel tipo cuya asignación es susceptible de ser regulada por reglas de distribución justa. Luego se discuten las reglas de juego que describirían los problemas de producción de este tipo de bienes, y abrirían la oportunidad para la demanda de unas reglas de distribución justa. La segunda parte aborda los problemas de selección de reglas de distribución justa. Defino tres reglas de distribución justa: utilitarista, igualitarista y meritocrática, y a partir de tres criterios de distribución justa examino las posibilidades de selección de una u otra regla bajo distintos mecanismos de selección de instituciones.

## **Emergencia de reglas de distribución justa**

### **Circunstancias para la justicia**

La justicia distributiva regula la distribución de las cargas y los beneficios de la cooperación social. Sin embargo, no siempre un conflicto distributivo se presenta como un problema de justicia. Para que ello ocurra deben darse un conjunto de condiciones. Estas condiciones, que desde Hume se han dado en llamar circunstancias de la justicia, son el resultado de la conjunción de tres factores: la escasez, que caracteriza nuestras circunstancias exteriores; el autointerés, que da cuenta de nuestro temperamento natural, y la igualdad de las partes (Barry, 1989).

La *escasez moderada* reconoce unos límites –superior e inferior– a la prodigalidad de la naturaleza. En el límite superior los bienes que desean los hombres están disponibles de un modo que oblitera la necesidad de la justicia. Como el tema central de la justicia es la distribución de los bienes, si todo estuviera a disposición sin restricciones, aquélla sería irrelevante. El límite inferior aparece cuando la escasez se hace tan extrema que la única

respuesta es la búsqueda de la autopreservación a toda costa. La segunda circunstancia de la justicia, el *egoísmo moderado*, también es concebida con límites que la alejan de los extremos, porque si los hombres sólo persiguieran el interés público no necesitarían restricciones y si no tuvieran otro miramiento más que su interés individual no se plantearían la exigencia de limitarse (Barry, 1989: 173). La tercera circunstancia será la *igualdad*. Ésta ya no se rige por el equilibrio entre los extremos sino que, a mayor igualdad mayor probabilidad de acuerdo sobre unos principios de justicia. Con esto se introduce explícitamente la idea de la ventaja mutua como condición de la justicia. Bajo esta concepción de la justicia, las reglas para limitar el autointerés sólo pueden adoptarse cuando traen ventajas para todos, porque sin ellas, cada una de las partes puede constituir una amenaza para las demás.

Este recorrido por la discusión clásica sobre las circunstancias de la justicia permite reconocer tres componentes en juego: bienes a distribuir moderadamente escasos, individuos moderadamente autointeresados y relaciones simétricas entre los individuos. Sin embargo, si recuperamos el ámbito de la justicia como la regulación de la distribución de los beneficios y las cargas de la cooperación social, estos tres elementos no son suficientes para construir un modelo explicativo de las condiciones para la emergencia de arreglos distributivos justos. Tal modelo debe incluir problemas de producción cooperativa. Las secciones siguientes abordan problemas de producción cooperativa; exploran la naturaleza de los bienes susceptibles de ser asignados según reglas de distribución justa, e identifican las reglas de juego que regulan la producción de tales bienes, con sus dilemas de cooperación específicos.

## Los bienes

Pensemos en una tipología a partir de dos ejes: la unidad de producción y la unidad de consumo. Considerando la unidad de producción de los bienes a distribuir –individual o colectiva– se pueden distinguir los bienes cuya producción requiere de la acción cooperativa de aquéllos otros que pueden ser producidos individualmente. En segundo lugar, clasificaré los bienes de acuerdo con su unidad básica de consumo para identificar los que se consumen individual o privadamente, y aquellos que una vez producidos no admiten exclusión de su consumo. La posibilidad de exclusión depende de la capacidad de control que los productores potenciales tengan sobre el bien en cuestión (Hechter, 1990: 16-17). En esta clasificación, la primera dimensión distingue la presencia o ausencia de acción cooperativa y la segunda, la posibilidad de racionamiento o de distribución del bien. Con estos dos ejes de clasificación –unidad de producción y unidad de consumo– se obtienen cuatro tipos de bienes: bienes privados, bienes de consumo privado producidos colectivamente o bienes privados conjuntos y bienes públicos producidos privada o colectivamente (Hechter, 1990).

## Tipos de bienes según la unidad de producción y de distribución

	Consumo	Privado	Colectivo
Producción			
Individual		1. Bienes privados	2. Bienes públicos (producidos privadamente)
Colectiva		3. Bienes de consumo privado consumidos colectivamente o bienes privados-conjuntos ( <i>joint-goods</i> )	4. Bienes públicos (producidos colectivamente)

La producción y el consumo de bienes privados se resuelven a través de estrategias individuales. Su producción no requiere acción cooperativa y esto los deja fuera del ámbito de competencia de la justicia. Por esa misma razón difícilmente presentan problemas de subproducción (problemas de producción por *free-riding*) o de sobreconsumo (problemas de distribución). Las condiciones para la aparición de problemas de subproducción vienen dadas por la posibilidad de consumir el bien aun cuando no se contribuya a su producción, así los individuos encontrarán incentivos para evitar los costos de participar en la producción porque igualmente podrán obtener los beneficios en juego. Los problemas de sobreconsumo surgen cuando no existen mecanismos de control sobre el acceso a los bienes, y su obtención no implica costos para los interesados en su consumo.

En el caso de los bienes de consumo privado producidos colectivamente, o bienes privados conjuntos, la producción colectiva indica que estos bienes no pueden obtenerse a través de estrategias individuales, por lo que la cooperación es condición *sine qua non* de su producción. Las estrategias cooperativas son inducidas por la posibilidad de aprovechar las ventajas de externalidades positivas como retornos crecientes, y riesgos y costos compartidos. La naturaleza privada de su consumo es función de las posibilidades de exclusión de consumidores potenciales. Así, estos bienes son colectivos respecto de sus productores, pero privados con relación a sus consumidores porque éstos, bajo ciertas circunstancias, pueden ser excluidos del consumo.

Los bienes públicos tienen dos propiedades fundamentales: la oferta conjunta y la imposibilidad de exclusión<sup>8</sup>. Los bienes públicos a los que alude el numeral 2 del cuadro implican la producción individual de unos bienes que quedan a disposición de todos de manera irrestricta. Los bienes del numeral 4 corresponden al tipo que se produce y se consume de manera colectiva.

<sup>8</sup> Cullity (1995) recoge siete atributos presentes conjunta o alternativamente en la literatura sobre bienes públicos: oferta conjunta, imposibilidad de exclusión, consumo conjunto, no rivalidad en el consumo, carácter compulsivo, igualdad e indivisibilidad.

De estos cuatro tipos de bienes, dos son producidos cooperativamente: los bienes privados conjuntos y los bienes públicos de producción colectiva. Los bienes públicos no admiten exclusión del consumo, es decir, que están a disposición de todos, y por ello no son posibles de ser administrados por una regla de distribución que los asigne a unos individuos y no a otros. De este modo, sólo los bienes privados conjuntos satisfacen los requerimientos para ser objeto de una distribución justa: son producidos de manera cooperativa y admiten exclusión del consumo, es decir, que es factible la operación de una regla que establezca distinciones entre receptores y no receptores. A partir de este análisis, las condiciones para la demanda de unas reglas de distribución justa corresponden a las situaciones de producción de bienes privados conjuntos bajo las circunstancias clásicas de la justicia, esto es escasez de los bienes, autointerés individual y relaciones simétricas. La pregunta será ahora por las reglas de juego que gobiernan la interacción entre los agentes que producen este tipo de bienes en un ambiente preinstitucional.

### **Los juegos de producción de bienes privados-conjuntos**

Las reglas de un juego establecen el conjunto de jugadores y de movimientos permitidos, la secuencia de estos movimientos y la información disponible antes de cada movimiento. En otras palabras, las reglas de un juego deben decirnos quién puede hacer qué y cuándo puede hacerlo; así como cuánto obtiene cada jugador cuando el juego ha terminado (Binmore, 1992: 25).

La literatura sobre instituciones en la teoría de elección racional sugiere que las instituciones tienen probabilidades de emerger en dos tipos de situaciones: problemas de coordinación y dilemas del prisionero (Hardin, 1987). Con el fin de describir el universo de situaciones posibles se deben incluir tres dimensiones: 1) coincidencia o no de intereses, que alude a la presencia o no de conflicto entre los jugadores; 2) la cooperación o no, que viene dada por la posibilidad de comunicarse y comprometerse en contratos, y 3) la repetición de las jugadas (Rasmusen, 1994: 34).

Los problemas de coordinación pura se definen por dos características: 1) existen varios estados igualmente beneficiosos, y 2) estos resultados son igualmente beneficiosos para todos. Bajo estas circunstancias, los intereses de las partes convergen, y el problema se resuelve a través de la coordinación en uno de los estados posibles en un equilibrio del cual nadie desea que ningún otro –ni siquiera él mismo– se mueva. Los beneficios de la coordinación están disponibles en cuanto ésta se alcanza en una convención a través de interacciones repetidas. En la situación que se presenta en la tabla 1, los jugadores A y B optan entre las estrategias 1 y 2. La opción conjunta por 1 ó 2 (A1, B1) o (A2, B2), conlleva unos resultados de coordinación igualmente beneficiosos entre sí y para ambos jugadores. Mientras, la elección de las estrategias descoordinadas (A1, B2) o (A2, B1), tiene por consecuencia la pérdida de esos beneficios.

**Tabla 1: Problema de coordinación pura**

		B	
		1	2
A	1	1,1	0,0
	2	0,0	1,1

En los problemas de coordinación impura habría algunas diferencias de grado; los estados no son igualmente beneficiosos o no lo son en igual medida para todos, es decir, que los agentes no coinciden en sus ordenamientos de preferencias respecto de los estados disponibles, aunque efectivamente prefieren alguno de esos equilibrios antes que la no-coordinación (Ullmann-Margalit, 1977: 10)<sup>9</sup>.

En el dilema del prisionero los jugadores eligen entre dos estrategias alternativas: cooperar o defecionar (no cooperar). Este juego tiene dos características: 1) la estrategia dominante –es decir la estrategia conveniente independientemente de lo que haga la otra parte– es defecionar; y 2) la elección de la estrategia dominante por ambos jugadores conduce a todos a unos resultados subóptimos, es decir, que de haber seguido la estrategia cooperativa habrían alcanzado una situación mejor. El resultado colectivamente beneficioso es inestable e inalcanzable en la práctica.

Veamos qué pasa con las dos dimensiones restantes. Las posibilidades de comunicación permiten el establecimiento de convenciones en las situaciones de coordinación, pero no garantizan el cumplimiento de los contratos en las de dilema del prisionero<sup>10</sup>. Por su parte, la coordinación en alguna convención puede alcanzarse aun sin comunicación, sobre la base de la experiencia anterior de interacción entre las partes. Así las cosas, la comunicación parece ser prescindible; mientras la repetición de las jugadas aparece como condición necesaria.

La producción de bienes privados-conjuntos en un contexto preinstitucional tiene lugar bajo unas reglas que establecerían, en principio, dos jugadores que optan entre dos estrategias: cooperar en la produc-

<sup>9</sup> En ambas situaciones los problemas serán: 1) ¿cómo alcanzar la coordinación? y 2) ¿cómo reconocer la convención a elegir? La coordinación en una regla –o norma– se alcanza por dos vías: 1) la identificación de puntos focales que se destacan por cualidades del contexto o de los participantes (no de los pagos que implican los equilibrios alternativos); y 2) la promulgación de una regla por parte de alguna autoridad (Ullmann-Margalit, 1977).

<sup>10</sup> En dilemas del prisionero, los contratos constituyen bienes públicos de segundo orden y están sujetos a la misma lógica de la acción colectiva.

ción o no cooperar. Sin embargo, se participe o no en la producción, el bien está disponible para todos. Ello hace que los jugadores prefieran no cooperar porque de esa manera se ahorran los costos de contribuir sin que ello los obligue a renunciar al disfrute del bien producido. Las estrategias disponibles hablan de opciones que no ofrecen los mismos costos y beneficios para los agentes, y los estados finales resultantes de las distintas combinaciones de estrategias tampoco son igualmente beneficiosos para todos. Por eso, la producción de bienes privados-conjuntos no correspondería a situaciones de coordinación, pero sí admite ser modelada como un dilema del prisionero, ya que cada uno de los participantes en los beneficios de la acción cooperativa preferirá evadir su contribución y, no obstante ello, obtener su parte de los bienes en la medida en que las posibilidades de exclusión lo permitan, pero ello conduce a la subproducción de los bienes a distribuir. En esta situación, representada en la tabla 2, los jugadores A y B optan entre las estrategias cooperativa y no cooperativa. La opción conjunta por la cooperación (A1, B1) conlleva unos beneficios para ambos jugadores; mientras la elección conjunta de la estrategia dominante, no cooperativa (A2, B2) conduce a una situación subóptima donde todos pierden.

**Tabla 2: Producción de bienes privados conjuntos. Dilema del prisionero**

		B	
		1 Cooperar	2 No cooperar
A	1 Cooperar	1,1	10,0
	2 No cooperar	0,10	5,5

Para poder disfrutar de unos bienes privados conjuntos, estos individuos deben resolver el dilema de su producción, porque la naturaleza colectiva de este proceso admite las estrategias de *free riding* que conducen a problemas de subprovisión. El camino hacia una solución está abierto por el carácter privado del consumo, que habilita el diseño y la instrumentación de unas reglas que especifiquen mecanismos para excluir del consumo a los *free-riders*.

En conclusión, las condiciones para la emergencia de reglas de distribución justa serían situaciones de producción de bienes privados conjuntos, bajo las circunstancias de la justicia. En estas situaciones harían posible la demanda de reglas de distribución justa y ofrecerían la oportunidad para que unos individuos autointeresados busquen los arreglos necesarios para superar los resultados del dilema del prisionero. Sin embargo, hasta ahora nada se ha dicho de las formas que pueden adoptar las distribuciones. Existe una variedad de reglas de distribución justa entre cuyos

tipos los individuos pueden elegir, razón por la cual la selección de un arreglo distributivo se ofrece como un segundo problema a dilucidar. Los interrogantes ahora apuntan a las formas alternativas que pueden adoptar estas distribuciones y a los factores que explican la selección de uno u otro arreglo distributivo.

## La selección de reglas de distribución justa

Los arreglos distributivos pueden ser justos o injustos, pero la idea de justicia no es unívoca, sino que una pluralidad de reglas distributivas pueden ser evaluadas como justas, desde distintas concepciones de la justicia.

La elección entre dos reglas de distribución puede ser considerada como una decisión entre dos fuentes de flujos de beneficios y cargas en el tiempo (Tsebelis, 1990). Los flujos de ventajas-desventajas que deparan las reglas de distribución son de dos tipos: colectivos e individuales. Los primeros se derivan de la cooperación. Las instituciones propician la cooperación, modificando los pagos de las estrategias cooperativas y no-cooperativas, abriendo el camino hacia la obtención de los beneficios de la cooperación. Estos productos de la cooperación pueden distribuirse de manera equivalente entre las partes o con impactos redistributivos diferenciados, que consoliden coaliciones ya existentes o creen grupos privilegiados nuevos (Tsebelis, 1990). Las ventajas individuales dependen de la relación de correspondencia entre los atributos considerados por cada regla para prescribir la asignación de bienes y las características individuales de los postulantes. Cada regla de distribución prescribe la asignación de beneficios y cargas de acuerdo con dimensiones específicas, las cuales pueden corresponder o no con características de los individuos. De este modo cada regla de distribución beneficiaría a distintos individuos según la relación de correspondencia entre las dimensiones atendidas por la regla de distribución para prescribir la asignación y las características de los individuos<sup>11</sup>.

A continuación se revisarán las discusiones normativas en torno a tres principios de justicia distributiva: la maximización de la utilidad social, la compensación de las desventajas moralmente arbitrarias y la recompensa del mérito. En esta revisión se identificarán las dimensiones que cada principio considera para prescribir las asignaciones con el objetivo de definir tres reglas de distribución justa: utilitarista, igualitarista y meritocrática. A partir de estas definiciones se inferirán los dos tipos de flujos de ventajas-desventajas que se derivan de cada regla; las ventajas colectivas, resultantes de la introducción de incentivos para propiciar la cooperación, y las ventajas individuales, según las correspondencias entre las dimensiones

---

<sup>11</sup> Además de estos dos tipos de beneficios, las instituciones permiten gozar de las ventajas de la coordinación, porque proporcionan la información necesaria para formarse expectativas acerca de los comportamientos esperables de los demás. Pero por su carácter inherente a todas las reglas, este tipo de ventaja no será utilizada en el análisis.

consideradas por cada regla para indicar la distribución de los beneficios y los atributos individuales.

Dado el supuesto de racionalidad y las diferencias en los beneficios esperados de cada regla, los individuos bajo las condiciones para la emergencia de reglas de distribución justa no son indiferentes respecto de las opciones disponibles. La selección de reglas de distribución justa no carece de problemas y requiere ser explicada.

En las secciones siguientes se abordan tres objetivos. Primero se desarrolla una tipología de criterios de distribución. Una breve revisión de la discusión normativa en torno a tres criterios de distribución justa indica los atributos considerados por cada criterio para prescribir la asignación de los beneficios y las cargas de la cooperación social. Con base en esta revisión se definen tres reglas de distribución justa: utilitarista, igualitaria y meritocrática. Segundo, sobre la base de las dimensiones consideradas por cada regla para prescribir la asignación de beneficios, se infieren las ventajas y desventajas posibles de cada regla. Las ventajas colectivas dependen de los incentivos para inducir la cooperación y las ventajas individuales dependen del grado de correspondencia entre los atributos individuales y las dimensiones consideradas por las reglas para prescribir las asignaciones<sup>12</sup>. Finalmente, se identifican los factores que explicarían la selección de reglas de distribución justa sobre la base de los mecanismos explicativos de selección y cambio institucional.

## **Reglas de distribución justa**

### **a) Reglas de distribución utilitarista**

El utilitarismo postula como principio de justicia la maximización de la utilidad social. Asumiendo que el bien se corresponde con el placer, el utilitarismo propone una fórmula según la cual, así como el bien de una persona resulta de la suma de sus placeres, también el bien de cualquier grupo de personas puede ser entendido como la suma de los placeres de sus miembros. El utilitarismo es una combinación de bienestarismo y consecuencialismo. El bienestarismo consiste en la evaluación de los estados sociales atendiendo al bienestar, la satisfacción o la obtención de aquello que las personas prefieren, de modo que toda la información relevante para la toma de una decisión social se reduce a la utilidad que las personas involucradas en un estado social dado obtienen. El consecuencialismo reclama que los cursos de acción a tomar deben elegirse sobre la base de los estados que de ellos resultarían como consecuencia. De esta intersección, “el utilitarismo, en su versión primaria, recomienda la elección de una acción en función de sus consecuencias y una valoración de las consecuencias en términos de bienestar” (Sen y Williams, 1982: 4).

---

<sup>12</sup> La ausencia de estas ventajas será entendida como presencia de desventajas.

Las reglas de distribución que responden a criterios utilitaristas consideran la contribución al incremento del bienestar total que puedan hacer distintos esquemas de asignación, pero esta prescripción puede plasmarse en tres mecanismos. El primero indica la asignación de beneficios a gente en los niveles más bajos de bienestar, quienes por estar en la peor situación derivan de ellos el mayor bienestar. El segundo se decide por una concentración de las asignaciones en los casos que por registrar un nivel intermedio de gravedad en la dimensión que el beneficio tendería a solucionar estarían en condiciones de garantizar un mejor aprovechamiento del bien. El tercero conduce a la asignación de los beneficios a los individuos que tengan mayores probabilidades de hacer un uso productivo de ellos, y así contribuir al aumento del bienestar no sólo por la utilidad individual que derivan del bien, sino por los beneficios que pueden producir para otros (Elster, 1992).

### **b) Reglas de distribución igualitarista**

Los igualitaristas discuten en torno a dos variables: 1) el *equalisandum*, la dimensión que amerita ser igualada, por ejemplo los bienes primarios (Rawls, 1971), los recursos (Dworkin, 1981), las oportunidades (Arneson, 1989), el acceso a las ventajas (Cohen, 1989); y 2) el punto de corte entre los resultados imputables a la responsabilidad de una persona y aquéllos atribuibles a circunstancias fuera de su control (Fleurbaey, 1995)<sup>13</sup>.

Una regla igualitarista se aplica cuando el grupo prescribe la asignación de bienes a los individuos que ocupan una posición de desventaja en la sociedad, a quienes no se puede responsabilizar de tales resultados, según el concepto de responsabilidad de la sociedad en cuestión.

### **c) Reglas de distribución meritocrática**

El criterio del mérito supone que si un individuo es acreedor de algún tipo de tratamiento, ello es en virtud de la posesión de alguna característica o de alguna actividad previa. Estas características o acciones constituyen las bases del mérito y son objeto de discusión (Feinberg, 1979)<sup>14</sup>.

Los diferentes puntos de vista en el debate sobre las bases del mérito varían desde la idea de que los talentos tanto como acciones pasadas deben ser recompensados, a otras versiones más restringidas que sólo justifican las acciones pasadas, en una variedad de versiones de acuerdo con

---

<sup>13</sup> En el modelo pragmático para una ética igualitarista de Roemer (1993), la sociedad debe indemnizar a la gente cuando sus resultados magros son consecuencia de causas que están fuera de su control, pero no cuando éstos sean consecuencia de causas que son de su responsabilidad.

<sup>14</sup> Taylor (1985) sugiere que los miembros de la sociedad reconocen que unas personas *merecen* más que otras porque su contribución al bien común es mayor que la del resto. Si bien todos los que participan de ese bien común están en deuda unos con otros, el balance no es equivalente para todas las partes, por lo cual unos resultan acreedores de mayores recompensas por el mayor nivel de *contribución* demostrado.

el concepto de responsabilidad individual (Rachels, 1978). Las bases del mérito en distintas perspectivas incluyen el nivel de *contribución al producto social* (Miller, 1989) o el nivel de esfuerzo desplegado (Slote, 1973)<sup>15</sup>.

Las reglas de distribución meritocráticas prescriben la asignación de beneficios y cargas considerando las acciones pasadas, discriminando entre merecedores y no merecedores de acuerdo con el nivel de esfuerzo, la contribución o el logro alcanzados.

### **Flujos de ventajas-desventajas de las reglas de distribución justa**

Se han definido tres reglas de distribución inscritas en tres concepciones de la justicia. Estas definiciones, por una parte, permiten la distinción entre ellas, y por la otra, facilitan la identificación de los flujos de ventajas-desventajas colectivas e individuales que cada una de ellas proporcionaría en situaciones repetidas de producción y distribución de bienes. Las ventajas colectivas resultan de la cooperación, la cual es inducida a través de incentivos que derivan de los patrones de asignación de las reglas. Las ventajas individuales dependen de la relación entre los atributos individuales y las dimensiones que la regla tome en consideración para la prescripción de la asignación de cargas y beneficios.

Veamos qué ocurre con los flujos de ventajas colectivas de cada regla. Las reglas de distribución utilitarista recompensan las capacidades para el uso productivo del bien, ligando la asignación del bien a la utilidad que se derive de su uso, una vez recibido, sin considerar la participación en la producción del mismo. Por ello, no incentivan la cooperación, pero sí propician el uso productivo de los bienes recibidos, para tener posibilidades de resultar beneficiario en una repetición del juego. Las medidas igualitaristas no introducen incentivos a la cooperación, porque la asignación de los beneficios no queda ligada a la situación de producción sino a circunstancias previas que, además, escapan al control de los individuos<sup>16</sup>. Las reglas meritocráticas, que recompensan el esfuerzo o la contribución, ofrecen incentivos a la participación en la producción del bien, y así aseguran la producción de los bienes a distribuir.

Analicemos los resultados posibles a partir de la introducción de estas normas para la emergencia de reglas de distribución justa, la situación de producción de bienes conjuntos y el dilema del prisionero. Considerando los incentivos que cada una de estas reglas introduce respecto de la

<sup>15</sup> El nivel de esfuerzo como base de mérito también resulta problemático. La *disposición al esfuerzo* estaría ampliamente condicionada por las loterías natural y social, no habría igual capacidad de esfuerzo por parte de todos los individuos como consecuencia de discapacidades -físicas o psicológicas- infligidas por la naturaleza o por la sociedad (Zaitchik, 1977; Young, 1992).

<sup>16</sup> Tampoco introducen incentivos para generar o mantener la posición de desventaja en las dimensiones consideradas relevantes, porque éstas escapan al control voluntario de los individuos.

producción de bienes, los obstáculos para la cooperación en la producción de bienes conjuntos sólo pueden ser superados a través de reglas meritocráticas. Éstas modifican las reglas de juego del dilema del prisionero dando lugar a un juego de la seguridad. Como se observa en la tabla 3, en el juego de la seguridad los jugadores optan entre las estrategias cooperativas y no cooperativas, y los resultados del juego se ordenan como sigue: contribución conjunta (A1, B1), oportunismo conjunto (A2, B2), y las estrategias no coordinadas en último lugar. En el juego de la seguridad los resultados dependen fundamentalmente de las expectativas y la preferencia por coordinar las acciones con los otros. Los equilibrios posibles se sitúan en las estrategias coordinadas de cooperación o no cooperación, porque las decisiones de cada jugador están condicionadas por las de los otros.

**Tabla 3: Juego de la producción de bienes privados conjuntos bajo reglas meritocráticas. Juego de la seguridad.**

		B	
		1 Cooperar	2 No cooperar
A	1 Cooperar	1,1	-1,2
	2 No cooperar	2,-1	0,0

Las reglas meritocráticas, que recompensan el esfuerzo o la contribución, cumplen una función crucial en la formación de esas expectativas, porque proporcionan información previa acerca de los probables cursos de acción de los demás, creando los incentivos para la contribución de cada uno. Estas reglas ofrecen la seguridad de que el esfuerzo será aportado por los demás participantes en los niveles necesarios para la producción del bien, y de esta manera hacen de las contribuciones voluntarias un comportamiento maximizador de utilidad individual (Runge, 1984:155). Las reglas igualitaristas, en cambio, propiciarían los equilibrios en la estrategia coordinada de no cooperación. Cuando se instauran reglas igualitaristas, que compensan desventajas que escapan a la responsabilidad individual, los individuos resultan acreedores de los beneficios por sus circunstancias pasadas y nada de lo que hagan modifica su calidad de beneficiario potencial. Así no hay incentivos a la cooperación de los desaventajados. Del otro lado, como los aventajados quedan excluidos de los beneficios –por encontrarse en una posición relativamente mejor– independientemente de la estrategia que escojan, encontrarán racional una estrategia de defección (Nagel, 1973). Por su parte, las reglas utilitaristas, que tampoco condicionan el acceso a los beneficios a la participación en su producción, no permiten formarse expectativas de cooperación de la contraparte y por ello no incentivarían la participación de los individuos.

Con respecto a los flujos de ventajas-desventajas individuales, las reglas utilitaristas favorecen a los individuos con una mayor capacidad para el uso eficiente de los recursos. Las reglas igualitaristas implican beneficios para las personas en posiciones de desventaja en las dimensiones consideradas –talentos, recursos, capacidades, etc.–<sup>17</sup>. Por último, las reglas meritocráticas benefician fundamentalmente a los individuos más talentosos, o con mayor capacidad para ejercer esfuerzo o para transformar su esfuerzo en contribución o logro.

En síntesis, las reglas de distribución justa prescriben la asignación de cargas y de beneficios sobre la base de ciertas dimensiones que se corresponden con atributos de los individuos. Por tal razón, la puesta en operación de cada regla tendría consecuencias diversas para los agentes implicados según las relaciones de correspondencia entre unas y otros. Si analizamos los flujos de ventajas de las distintas reglas de distribución justa nos encontramos con el siguiente panorama. Respecto a los flujos de ventajas-desventajas colectivas, esto es, en lo que se refiere a los incentivos para la cooperación, sólo las reglas de distribución meritocráticas están en condiciones de introducir los incentivos necesarios para la participación en la producción y así asegurar la provisión de los bienes. En cuanto a las ventajas individuales, las reglas utilitaristas, igualitaristas y meritocráticas serán preferidas, respectivamente, por individuos con: 1) mayor capacidad de uso productivo de los bienes, 2) mayores desventajas moralmente arbitrarias o 3) mayor capacidad de ejercer esfuerzo o de transformar el esfuerzo en contribución o logro.

Habiendo reconocido los flujos de ventajas-desventajas individuales y colectivas de cada regla de distribución podemos preguntarnos por los mecanismos que den cuenta de la selección de una u otra opción bajo las distintas formas de distribución de los atributos individuales relevantes entre los implicados en el proceso.

### **Mecanismos de selección de reglas**

Desde la teoría de la elección racional, el problema de la selección de instituciones ha encontrado tres tipos de respuestas (Knight, 1995). Estas tres respuestas están basadas en un mismo supuesto de racionalidad, y las diferencias radican en los mecanismos que explican la emergencia y el cambio institucional: la coordinación, la negociación y la competencia entre contratos. El primero de estos mecanismos, la coordinación en puntos focales, explica la selección de reglas desde la lógica de las convenciones sociales. La explicación da cuenta de cómo son reconocidos los puntos focales y cómo se logra la coordinación en alguna convención. La coordinación se

---

<sup>17</sup> Esto tendría como contrapartida la desventaja de producir: 1) resentimiento de los excluidos del beneficio, y 2) un impacto negativo sobre la autoestima de los beneficiarios de la medida compensatoria (Nagel, 1973: 359).

logra a través de la interacción repetida para converger en algún punto focal –por características del medio ambiente, la naturaleza de la actividad, etc.– (Schelling, 1960). Las opciones disponibles son igualmente beneficiosas, de modo tal que una vez que los individuos se coordinan y sus estrategias conducen coincidentemente a una de las convenciones, ésta se hace auto-obligatoria porque introduce un equilibrio del cual nadie desea moverse a condición de que ningún otro lo haga. Las consecuencias distributivas diversas de las reglas de distribución justa hacen que las opciones no sean equivalentes, y que su selección no pueda ser explicada por el mecanismo de coordinación.

La lógica de la negociación inspira el segundo grupo de explicaciones del cambio institucional. Esta aproximación pone énfasis en los diferentes resultados inducidos por las alternativas institucionales disponibles, atendiendo a las ventajas que cada una de aquéllas trae para los individuos implicados en el diseño institucional. El mecanismo de selección de una regla es la negociación entre los actores, quienes difieren en sus preferencias sobre las alternativas –porque las diferentes reglas ofrecen distintas ventajas– y en su poder de negociación (Knight, 1992).

El tercer grupo de explicaciones se apoya en la lógica de la competencia. Los individuos establecerían contratos con el objetivo de reducir costos de transacción y así lograr unos resultados socialmente beneficiosos que no estarían disponibles sin tales acuerdos. El mecanismo para seleccionar una institución es el acuerdo voluntario, pero éste tendría lugar en el contexto de las presiones competitivas que inducen la elección del arreglo más eficiente, dentro de las restricciones impuestas por la ideología, el conocimiento o las capacidades (North, 1990). La competencia debe ser analizada en los dos niveles en que opera: intragrupal, donde la presión competitiva tiene por consecuencia la reducción de las asimetrías de poder entre los miembros, e intergrupala, donde la competencia reduce las opciones institucionales elegibles (Ensminger y Knight, 1997: 4).

Analicemos cómo cada uno de estos mecanismos explicaría la selección de reglas de distribución justa. Bajo la lógica de la coordinación, las opciones disponibles son igualmente beneficiosas; sin embargo, como en el caso de las reglas de distribución cada opción tiene consecuencias distributivas diferentes para los individuos, la selección de este tipo de reglas no podría ser explicada a través de mecanismos de coordinación. Considerando los otros dos mecanismos –negociación y competencia– y el contenido sustantivo de cada regla de distribución, las variables explicativas de la selección de reglas de distribución justa serían: 1) la distribución de los atributos individuales relevantes para las reglas de distribución, tales como capacidad de uso productivo de los bienes, desventajas moralmente arbitrarias y capacidad de ejercer esfuerzo o hacer contribuciones, entre los individuos; 2) el nivel de asimetría en el poder de negociación entre los implicados en el proceso de selección, y 3) el nivel de presión competitiva sobre el grupo

que selecciona las reglas –cantidad de competidores, nivel de información acerca de la disponibilidad de alternativas y costos de transacción–.

Los atributos individuales relevantes para la selección de reglas de distribución pueden distribuirse de manera que los individuos coincidan en sus características o no, y así se pongan en juego intereses convergentes o divergentes sobre las reglas disponibles. Además, los individuos pueden también divergir en su poder de negociación o interactuar desde posiciones simétricas. Cuando los individuos convergen en sus preferencias respecto de las reglas de distribución, e interactúan en pie de igualdad, no seleccionan la regla que se corresponde con ellos de manera inequívoca. He argumentado que de las tres reglas de distribución justa analizadas, sólo las de carácter meritocrático introducen los incentivos necesarios para asegurar la producción de los bienes a distribuir. Por ello, si los individuos coinciden en sus capacidades para desplegar esfuerzos o para transformar estos esfuerzos en contribución, y en su poder de negociación, podríamos conjeturar que preferirán una regla meritocrática que introduzca los incentivos para la cooperación y así propicie la percepción de trato justo para todos los participantes en la producción y distribución de los bienes. Cuando los atributos distribuidos de manera homogénea entre los individuos son los otros dos: la capacidad para el uso productivo de los bienes o las desventajas, la selección de las reglas correspondientes –utilitaristas o igualitaristas– trae la desventaja de no introducir los incentivos necesarios para inducir la cooperación, lo cual puede conducir eventualmente a una situación de subprovisión. Esto es, si el grupo opta por recompensar las capacidades de uso productivo, o se decide por compensar las desventajas moralmente arbitrarias, los individuos no encontrarán los incentivos para cooperar ya que confían en resultar receptores del bien por sus capacidades –a demostrar en el futuro–, o por sus desventajas –adquiridas en el pasado–; con ello se corre el riesgo de enfrentar una situación de carencia de bienes a distribuir. Sin embargo, si a iguales condiciones en cuanto a capacidades de uso productivo o de desventajas moralmente arbitrarias, los individuos optaran por las reglas de distribución meritocráticas –que sí introducen los incentivos en cuestión–, se aseguraría la cooperación en la producción y se garantizaría la producción de los bienes, pero en su distribución los beneficios serían proporcionales a la disposición de las cualidades recompensadas por estas reglas, es decir, que los más aptos para desplegar esfuerzos obtendrán mayores beneficios<sup>18</sup>.

Cuando la distribución de los atributos relevantes entre los individuos hace que no todos coincidan en sus cualidades<sup>19</sup>, aunque sí en su

---

<sup>18</sup> En este último caso, el conocimiento de las diferencias en cuanto a capacidades podría generar la percepción de un trato viciado de injusticia, a menos que los individuos prefieran la recompensa del esfuerzo individual (Rosanvallon, 1995).

<sup>19</sup> Cuando los individuos no coinciden en sus atributos, las posibles combinaciones dan lugar a tres

poder de negociación, se podría conjeturar que elegirán las reglas más eficaces en cuanto a la producción de los bienes a distribuir porque ninguna de las partes lograría inducir la selección de su regla preferida, por la correspondencia con sus cualidades particulares. La situación cambia cuando los individuos difieren en el poder de negociación. En estas condiciones se debe atender a la distribución de los atributos relevantes entre los individuos aventajados en esta dimensión porque su interés individual y la posibilidad de imponer su preferencia sobre los demás puede conducir a la selección de reglas ineficientes en términos colectivos.

Por último, los mecanismos de competencia inducirían la selección de las reglas más eficientes y contribuirían a reducir el impacto de las asimetrías de poder dentro de los grupos siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones: 1) haya otros grupos de individuos dispuestos a producir los mismos bienes, 2) la información acerca de su existencia esté disponible para los interesados, y 3) los costos de incorporación a esos grupos no sean más elevados que los de participar en el grupo actual.

En resumen, los mecanismos de selección de reglas que darían cuenta de la opción entre una u otra regla de distribución justa serán la negociación y la competencia. El primero toma en cuenta las asimetrías relativas en el poder de negociación de los individuos y condiciona la opción entre reglas a la distribución de las preferencias por una regla u otra. El segundo mecanismo entra en operación –en el sentido de la selección de las reglas más eficientes– siempre que existan y se conozcan otros grupos que produzcan los mismos bienes privados conjuntos, con acceso abierto y a bajo costo.

## Conclusiones

Este trabajo constituye una aproximación analítica a los problemas de justicia distributiva, para responder a dos problemas: ¿bajo qué circunstancias unos individuos racionales demandarían reglas de distribución justa?, y ¿cómo puede ser explicada la selección de diferentes reglas de distribución justa? Desde una mirada positiva al problema de la justicia no se supone imparcialidad en los móviles de los individuos que diseñen los arreglos distributivos ni en las reglas que finalmente seleccionen.

Para responder al primer interrogante se parte de la noción de la justicia distributiva como reguladora de la distribución de los beneficios y las cargas de la cooperación social, y se dilucidan las circunstancias en las cuales se demandarían reglas de distribución justa. Se parte de establecer

---

situaciones: 1) unos con capacidades para el uso productivo de los bienes y otros con desventajas moralmente arbitrarias; 2) unos con capacidades para el uso productivo de los bienes y otros con capacidades para ejercer esfuerzo o contribución y 3) unos con desventajas moralmente arbitrarias y otros con capacidades para ejercer esfuerzo o contribución.

la naturaleza de los bienes susceptibles de ser distribuidos por reglas justas. De acuerdo con el concepto de justicia distributiva, estos bienes deben satisfacer dos requerimientos: producción cooperativa y divisibilidad. Después se examinan las reglas de juego de la producción de tales bienes.

Los bienes susceptibles de ser distribuidos individualmente y cuya producción demanda de la acción cooperativa serán los bienes privados conjuntos, bienes de consumo privado producidos colectivamente. La producción de estos bienes ubica a los individuos implicados en ella en una situación que responde a las reglas de juego de un dilema del prisionero, porque a menos que se introduzcan mecanismos preventivos, los individuos tienen la alternativa de no cooperar en la producción y, sin embargo, pretender disfrutar de su consumo. En este contexto, unos individuos maximizadores interesados en el consumo de unos bienes privados conjuntos percibirán las eventuales ventajas de unas reglas de distribución que introduzcan incentivos para la participación en la producción de tales bienes, con el fin de propiciar su provisión, y con ello se abrirá la ocasión para el diseño de esas reglas.

En la explicación de la selección de reglas de distribución entre diferentes alternativas, se asume la concepción de las instituciones como fuentes de flujos de ventajas y desventajas para los individuos según las dimensiones que tomen en consideración para prescribir la asignación de cargas y beneficios. Desde esta perspectiva, en primer lugar, se recupera la discusión normativa sobre justicia distributiva para definir tres reglas de distribución justa –utilitaristas, igualitaristas y meritocráticas– estableciendo las bases de asignación de cada una. Como estas bases de asignación se corresponden con atributos de los individuos, la operación de cada regla de distribución tendrá consecuencias –en términos de flujos de ventajas-desventajas– diferentes para los individuos implicados de acuerdo con sus cualidades. El establecimiento de las bases de asignación de cada regla permite, entonces, identificar los atributos individuales relevantes para cada una de ellas y los incentivos que introducen, así como sugerir los flujos de ventajas-desventajas colectivas e individuales que proporcionaría la operación de cada una de aquéllas. En una segunda instancia, introduciendo los desarrollos teóricos sobre los mecanismos de selección de reglas, se proponen otras dos variables explicativas de este proceso: el nivel de asimetría en el poder de negociación entre los involucrados y la presión competitiva.

Las hipótesis desarrolladas en este trabajo se restringen a situaciones definidas por tres rasgos: 1) situaciones de bienes privados conjuntos, 2) situaciones en las que la producción y distribución del bien se resuelven endógenamente, es decir, que la producción del bien depende de la cooperación de los individuos que se postulan para ser beneficiarios de ese mismo bien (la regla de distribución de un bien debe también incentivar la participación en su producción), y 3) los mecanismos de selección de reglas asumen las preferencias de los individuos como dadas.

Estudios futuros podrían abordar el mismo tipo de problemas: las condiciones para la emergencia de y los mecanismos de selección de reglas de distribución justa para situaciones que difieran de las aquí presentadas respecto de la naturaleza de los bienes, las reglas de juego y el estatus de las preferencias. Por ejemplo, las situaciones a modelar podrían considerar la producción de bienes mixtos –bienes privados conjuntos con externalidades positivas–. Más aún, estas situaciones podrían modelarse como juegos repetidos y paralelos de producción y distribución de bienes que admitan intercambios entre sí. También podrían considerarse las consecuencias de los cambios de preferencias sobre el desarrollo institucional. Bajo estas miradas alternativas, los individuos podrían seleccionar reglas de distribución de ciertos bienes que no incentiven la cooperación para la producción de los mismos, siempre que recompensen la participación en la producción de otros. Se podría pensar en los resultados de situaciones donde la regla de distribución de un bien A incentiva la participación en el juego de producción de un bien B. Así, los flujos de ventajas-desventajas percibidos en cada regla derivarían de las externalidades positivas de bienes privados conjuntos consumidos por los demás, o del intercambio entre juegos de producción y distribución de bienes alternativos, o de las preferencias socialmente compartidas sobre reglas de distribución. Con estas percepciones en juego, los mecanismos de selección de reglas podrían conducir a optar por otras reglas de distribución justa.

## Bibliografía

- ARNESON, Richard (1989), "Equality and Equal Opportunity for Welfare", en *Philosophical Studies*, 56.
- BARRY, Brian (1989), *Theories of Justice*, University of California Press. (Traducción al castellano, *Teorías de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1995).
- BINMORE, Ken (1992), *Fun and Games. A text on Game Theory*, Heath and Co. (Traducción al castellano, *Teoría de juegos*, Madrid, McGraw Hill, 1994).
- CALVERT, Randall (1995a), "The Rational Choice Theory of Social Institutions", en Jeffrey Banks y Eric Hanushek (eds.), *Modern Political Economy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- \_\_\_\_\_ (1995b), "Rational Actors, Equilibrium, and Social Institutions", en Jack Knight e Itai Sened (eds.), *Explaining Social Institutions*, Ann Arbor, The University of Michigan Press.
- COHEN, Gerald (1989) "On the Currency of Egalitarian Justice", en *Ethics*, 99.
- CRAWFORD, Sue y E. Ostrom (1995), "A Grammar of Institutions", en *American Political Science Review*, 89.
- CULLITY, Robert (1995), "Moral Free Riding", en *Philosophy and Public Affairs*, 24.
- DUFFY TOFT, Monica y D. McINTYRE (1992), "Adoption as an Issue of Local Justice", en *Archives Européennes de Sociologie*, 23.
- DWORKIN, Ronald (1981a), "What is Equality: Part 1: Equality of Welfare", en *Philosophy and Public Affairs*, 10.

- \_\_\_\_\_ (1981b), "What is Equality: Part 2: Equality of Resources", en *Philosophy and Public Affairs*, 10.
- ELSTER, Jon (1990), "Local Justice", en *Archives Européennes de Sociologie*, 21.
- \_\_\_\_\_ (1992), *Local Justice*, New York, Basic Books. (Traducción al castellano, *Justicia local*, Barcelona, Gedisa, 1994.)
- ENSMINGER, Jean y Jack KNIGHT (1997), "Changing Social Norms", en *Current Anthropology*, 38. (1).
- FEINBERG, Joel (1979), "Justice and Personal Desert", en *Doing and Deserving*, New Jersey, Princeton University Press.
- FITZGERALD, Joan y W. PATTON (1994), "Race, Job Training, and Economic Development: Barriers to Racial Equity in Program Planning", en *The Review of Black Political Economy*.
- FLEURBAEY, Marc (1995) "Equal opportunity or equal social outcome?", en *Economics and Philosophy*, 11.
- GLAZER, Jacob y A. SHMUELI (1995), "The Physicians Behavior and Equity under Fundholding Contract", en *European Economic Review*, 39.
- HARDIN, Russel (1987), "Why a Constitution?"
- HARSANYI, John (1982), "Morality and the Theory of Rational Behaviour", en Amartya Sen y B. Williams (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge; Cambridge University Press.
- HECHTER, Michael (1990), "The Emergence of Cooperative Social Institutions", en M. Hechter, K. D. Opp y R. Wippler, (eds.), *Social Institutions. Their Emergence, Maintenance and Effects*, New York, Aldine de Gruyter.
- HERPIN, Nicolas (1990) "Le Don de Sperme", en *Archives Européennes de Sociologie*, 21.
- KESKIMÄKI, Ilmo, M. SALINTO y S. ARO (1996) "Private Medicine and Socioeconomic Differences in the Rates of Common Surgical Procedures in Finland", en *Health Policy*.
- KISER, Edgar y Michael HECHTER (1991), "The Role of General Theory in Comparative-historical Sociology", en *American Journal of Sociology*, 97 (1).
- KNIGHT, Jack (1992), *Institutions and Social Conflict*, Cambridge University Press.
- \_\_\_\_\_ (1995), "Models, Interpretations, and Theories: Constructing Explanations of Institutional Emergence and Change", en Jack Knight y Itai Sened (eds.), *Explaining Social Institutions*, Ann Arbor; The University of Michigan Press.
- LUM, Janet (1995), "The Federal Employment Equity Act: Goals vs. Implementation", en *Canadian Public Administration*, 38.
- MILLER, David (1989), *Market, State and Community*, Oxford, Clarendon Press.
- NAGEL, Thomas (1973), "Equal Treatment and Compensatory Discrimination", en *Philosophy and Public Affairs*, 2.
- NORTH, Douglass (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge. Cambridge University Press. (Traducción al castellano, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1993).

- OLSON, Mancur. (1965). *The Logic of Collective Action*, Cambridge: Harvard University Press.
- OSTROM, Elinor (1986), "An Agenda for the Study of Institutions," en *Public Choice*, 48.
- RACHELS, James (1978), "What People Deserve", en John Arthur y W. Shaw (eds), *Justice and Economic Distribution*, New Jersey, Prentice Hall.
- RASMUSEN, Eric (1994), *Games and Information. An Introduction to Game Theory*, Cambridge, Mass., Basil Blackwell. (Traducción al castellano, *Juegos e información. Una introducción a la teoría de juegos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996).
- ROEMER, John (1993), "A Pragmatic Theory of Responsibility for the Egalitarian Planner", en *Philosophy and Public Affairs*, 22.
- ROSANVALLON, Pierre (1995), *La Nouvelle Question Sociale. Repenser l'État providence*, Paris, Éditions du Seuil. (Traducción al castellano *La nueva cuestión social. Repensar el Estado providencia*, Buenos Aires, Manantial, 1995).
- RUNGE, Carslile (1984), "Institutions and the Free Rider: The Assurance Problem in Collective Action", en *Journal of Politics*, 46.
- SCHELLING, Thomas (1960), *The Strategy of Conflict*, Cambridge, Harvard University Press.
- SCHOTTER, Andrew (1981), *The Economic Theory of Social Institutions*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SEN, Amartya y Bernard WILLIAMS (1982), "Introduction: Utilitarianism and Beyond", en A. Sen y B. Williams (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SHEPSLE, Kenneth (1979), "Institutional Arrangements and Equilibrium in Multidimensional Voting Models," en *American Journal of Political Science*, 23.
- SHEPSLE, Kenneth y Barry WEINGAST (1984), "When do Rules of Procedure Matter?," en *Journal of Politics*, 46.
- \_\_\_\_\_ (1987), "The Institutional Foundations of Committee Power," en *American Political Science Review*, 83.
- SLOTE, Michael (1973), "Desert, Consent and Justice," en *Philosophy and Public Affairs*, 2.
- TAYLOR, Charles (1985), "The Nature and Scope of Distributive Justice," en *Philosophy and Human Sciences, Philosophical Papers II*, Cambridge, Cambridge University Press.
- TSEBELIS, George (1990), *Nested Games*, Los Angeles, University of California Press.
- ULLMANN-MARGALIT, Edna (1977), *The Emergence of Norms*, Oxford, Oxford University Press.
- YOUNG, ROBERT, (1992), "Egalitarianism and Personal Desert," en *Ethics*, 102.
- ZAITCHIK, Alan (1977), "On Deserving to Deserve," en *Philosophy and Public Affairs*, 6.

# La Constitución de 1991 como proyecto inacabado

ÓSCAR MEJÍA QUINTANA\*



El presente ensayo pone en cuestión el carácter emancipatorio que ha pretendido endilgársele a la Constitución de 1991 mostrando, desde el marco normativo de la filosofía política y jurídica, sus debilidades e incongruencias. Igualmente, pone en evidencia las limitaciones que la Corte Constitucional tiene, en ese marco, para lograr una interpretación proyectiva de la Carta. Pese a ello, el escrito defiende el proyecto utópico que quiso simbolizar la Constitución, y propone concebirla como un proyecto inacabado que tiene que cerrarse, no en términos de un pacto de guerra –como las elites pretenden imponerlo–, sino como pacto de reconciliación y paz nacionales.



The following essay calls into question the emancipatory character supposedly attributed to the 1991 Constitution. From the normative perspective of political and judicial philosophy, the essay points out its weaknesses and incongruencies. At the same time, and from this same perspective, the limitations of the Constitutional Court to achieve a projective interpretation of the 1991 Constitution are brought to light. Despite these doubts, the essay defends the utopical project it intended to symbolize, and proposes to accept it as work in progress still to be concluded, not in terms of a pact of war- as the elites would wish to impose- but rather as a pact of national reconciliation and peace.

---

\* Profesor asociado de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, filósofo (U. Nacional), especialista en filosofía contemporánea (Georgetown University, Washington D.C.), maestría y doctorado en filosofía política y filosofía del derecho (Pacific University, Los Angeles). Autor de *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho* (Bogotá, Unibiblos, 2001), *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa* (Santafé de Bogotá, Temis, 1998), *Justicia y democracia consensual* (Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre, 1997) y *El humanismo crítico latinoamericano* (Santafé de Bogotá, M&T Editores, 1993), entre otros. Correo electrónico: omejia@uniandes.edu.co

## Introducción

La Constitución de 1991 se nos ha presentado, no sin justas razones, como una Constitución progresista, antiformalista, el origen del nuevo derecho, de textura abierta, garantista, vanguardista, tanto por los derechos fundamentales que consagró, por la figura del Estado social de derecho que los respalda y por el esquema de democracia participativa que propiciaba. Todos esos elementos le han servido, sobre todo al espíritu jurídico, para defender la idea de una Constitución altamente emancipatoria – los más optimistas incluso la definen como contra-hegemónica –, sin duda el producto más acabado de la conciencia jurídica latinoamericana, que nuestros jurisconsultos, además, desprecian –a buena parte del resto de esa conciencia jurídica en América Latina– por considerar que Colombia es potencia jurídico-teórica en el continente.

Obviamente, esa conciencia jurídica asume la Constitución como un producto acabado y le es indiferente el proceso previo que le dio origen. Preguntas sobre su legitimidad, el contexto político que la generó, las tensiones internas que se dieron a su interior, son factores que el jurisconsulto considera menores frente al resultado final que él no puede reconocer sino como bloque, sin consideración de fisuras, aristas o contradicciones previas.

Pero no es sólo por deformación profesional que se da esta hipóstasis del texto constitucional (Negri utiliza el término “hipóstasis jurídica” en un sentido idéntico) (Negri, 1994: 276) en el espíritu jurídico colombiano. También hay que reconocer que en un país tan conservador como Colombia en sus estructuras jurídico-políticas, la Constitución de 1991 permitió a una nueva generación de científicos sociales (incluidos, por supuesto, los profesionales del derecho) y, en general, de sectores progresistas, lograr por fin un instrumento de «oposición democrática» dentro del sistema que les posibilitara ampliar espacios y reivindicar expectativas económicas, sociales y políticas que el bipartidismo había cerrado desde su pacto excluyente en la década del 50 (Valencia, 1997).

Pero fue el corazón y las ansias reprimidas de una Colombia mejor lo que no le permitieron, precisamente, a todos esos sectores tanto tiempo esperanzados en alguna salida que no fuera violenta –opción que la realidad también mostraba implausible– ver la trampa que se escondía tras la Constitución de 1991. Las elites colombianas (económicas, políticas e intelectuales), una vez más, habían logrado constitucionalizar la mentira y disfrazar su esquema histórico de dominación hegemónica con los ropajes seductores de un Estado social de derecho y una democracia participativa. Con esos anzuelos nos tragamos la carnada de un ordenamiento que, de hecho, era la constitucionalización política de la exclusión y que, en lo profundo de su texto, escondía la simiente de la guerra y la periferización y deslegitimación del conflicto.

Es necesario comenzar por reconocer que la Constitución de 1991 no cumplió la principal expectativa para la que fue convocada: el logro de la paz y, a través de ella, la garantía de la vida. Y, sin duda, como ya se ha reconocido por varios comentaristas, más allá de sus aciertos y fortalezas en la defensa de derechos fundamentales, tampoco logró concretar lo que era otra de sus grandes aspiraciones: la de una auténtica y eficaz democracia participativa. La Constitución no logró consolidar las condiciones de posibilidad de la reconciliación nacional, como era la paz, ni de respeto a los derechos humanos mínimos, como podía ser el respeto a la vida. Ese fue el gran fracaso y eso es lo que constituye su gran debilidad, que hoy en día nos coloca de nuevo en la necesidad de replantear un proceso constituyente.

La Constitución de 1991 es un pacto que nace muerto, tanto en términos del contractualismo más ortodoxo, como el hobbesiano por ejemplo, para el que la paz es básicamente un principio fundamental del orden social, como del liberalismo clásico en términos de una auténtica participación popular. Nace muerto porque el día en que se vota la conformación de la Asamblea Nacional Constitucional (el 9 de diciembre de 1990), se desata la ofensiva contra Casa Verde, que había sido el símbolo de los diálogos de paz durante más de diez años, lo cual no puede ser tomado como un hecho irrelevante, pues simbólicamente signó el nacimiento de la Constitución de 1991 como un pacto de guerra más que como un pacto de paz. Se cerraron los cauces para un diálogo nacional, no solamente con las FARC, sino con todos los grupos alzados en armas que no se integraron al proceso, y ésa no era la intención ni el deseo por los cuales los colombianos habían abierto las puertas para la convocatoria de una nueva Constitución (Ahumada, 1996: 174-218).

Así que si hablamos en términos de Hobbes, la Constitución de 1991 no cumplió el principal postulado por el cual un ordenamiento jurídico-político garantiza la legitimidad del pacto de unión. Y si lo hacemos en términos de Locke o Rousseau, la menguada votación que la Constituyente alcanza, horada su legitimidad procedimental y no permite, efectivamente, consolidarla como expresión de una voluntad general mínimamente unificada (Mejía, 1999: 13-14).

Podría decirse que, en buena parte, esta Constitución se juzga como si hubiera sido un pacto mesiánico, utópico, para lo que algunos consideran ahora que no fue creada. El problema, de nuevo, es que si se explora el imaginario colectivo por el cual fue convocada, se verá que, en efecto, eran más esos elementos mesiánicos y utópicos los que nos llevaron a apoyarla que los pragmáticos. Y en ese punto, de nuevo, hay que reconocer que el Constituyente del 91 falló estruendosamente: perdimos una oportunidad histórica por resimbolizar, por remitologizar nuestra identidad nacional, por reconstruirla simbólicamente, por reinventarla y, desde esa recreación, afianzar ese patriotismo constitucional que nunca hemos podido consolidar (Habermas, 1996: 211-250).

Recordemos la definición y el significado del mito: mito significa modelo ético y liberación estética, modelo de convivencia, recreación, eso era lo que perseguíamos con la Constitución de 1991, de ella queríamos renacer, resurgir (Josev, 1998). Pretendíamos construir un pacto que nos permitiera volver a recuperar la convivencia nacional y no lo logramos (Fitzpatrick, 1988: 196-226). Y eso hace que la Constitución de 1991 se haya convertido en una constitucionalización del engaño, por haber prometido lo que no podía cumplir, por haberse perdido en las nubes (como *Alicia en el país de las maravillas*) y no haber bajado a la realidad. Y en la realidad colombiana el primer imperativo no era volver a concebir una Constitución para ángeles, como en el siglo XIX, sino lograr la paz y garantizar la vida de los asociados. Y eso, once años después, es claro que no lo logramos, cuando el nivel de violación de derechos humanos es el más alto en la historia del país y la confrontación al Estado de derecho colombiano abarca prácticamente todo el territorio nacional (Posada, 1999).

No se puede, por tanto, endilgar al conflicto armado el origen de las debilidades de la Constitución, cuando fue un proceso constituyente excluyente la causa del recrudecimiento del conflicto. No fue la antinomia entre participación y conflicto armado la causa de la ineficacia de la Constitución. La Constituyente creyó que ideando un esquema irreal de participación resolvía el problema del conflicto armado sin acudir a los actores armados protagonistas del mismo. Pero el problema del conflicto tenía que ser resuelto directamente con los actores de éste. Al no hacerlo así, la Constitución se convirtió en un recurso ideológico de las elites para justificar un nuevo esquema de dominación que ofrecía, en lugar de la paz, una democracia participativa sin la participación de los actores disidentes y un Estado social sin los sectores sociales que reclamaban la inclusión.

## Constitución y consenso

Pero hay una segunda instancia desde la que sale igualmente mal librada la Constitución de 1991. Es aquí donde vale la pena acudir a la filosofía política y del derecho, en especial –aunque no exclusivamente– a la de John Rawls. La crisis de legitimidad de la sociedad contemporánea pretenderá ser superada por John Rawls a través de unos principios de justicia consensualmente concertados, que permitan orientar y corregir el ordenamiento jurídico-político desde unos criterios que puedan satisfacer las expectativas, diferencias y desigualdades de la pluralidad de sujetos colectivos que conforman la ciudadanía. El paradigma del derecho que se deduce de esta concepción política de la justicia plantea un procedimiento consensual de construcción jurídica (Martínez, 1992: 17-60; Niño, 1989: 91-110; Da Silveira y Norman, 1996) en la concepción, concreción y ejecución de contenidos, instrumentos y productos jurídico-legales de todo orden (Mejía, 1996, 1997).

## **La posición original**

En efecto, Rawls concibe un procedimiento de argumentación consensual como el instrumento para garantizar que los principios de justicia social –o cualquier tipo de principios normativo-procedimentales que deban orientar la sociedad– sean escogidos dialógicamente, rodeando el proceso de las condiciones necesarias para que no sea contaminado por intereses particulares y se garantice la universalidad y validez normativa del mismo (Rawls, 1978: 35-40).

El constructo metodológico que utiliza para ello es el de la posición original, con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que asegure la neutralidad de los principios y la simetría discursiva y, como consecuencia de ello, la imparcialidad a su interior (36). El velo de ignorancia, principal mecanismo metodológico, tendrá el propósito de representar la potencial discusión simétrica pública sobre la estructura básica de la sociedad, asegurando la libertad e igualdad argumentativas de los seres humanos y grupos sociales, con el fin de garantizar que la concepción pública de la justicia que se concerte sea el fruto de un procedimiento dialógico amplio y deliberativo.

Rawls introduce la noción de bienes primarios por cuanto son ellos los que le imponen “límites de realidad”, tanto a la concepción como a la realización de los principios de justicia seleccionados en la posición original. Estos bienes primarios son necesidades que los ciudadanos requieren para el desarrollo de sus planes racionales de vida y, como tales, tienen conocimiento de ellos en sus consideraciones al interior de la posición original, en cuanto saben que los principios de justicia deben asegurarles un número suficiente de éstos en su vida ciudadana (289-290).

Del procedimiento de discusión contractual moralmente válido y legítimo, Rawls deriva los dos principios de justicia. Los principios buscan regular la estructura básica de la sociedad y disponen la organización de los derechos y deberes sociales, así como los parámetros económicos que pueden regir a los individuos que la componen. El primer principio define el ordenamiento constitucional de la sociedad y el segundo la distribución específica del ingreso, la riqueza y la posición de los asociados. Estos principios no sólo constituyen el fundamento consensual de todo el ordenamiento jurídico positivo sino que, simultáneamente, son un criterio de legitimidad, validez e interpretación jurídica de las diferentes medidas que el Estado tome en torno a la sociedad. De ellos se derivan, pues, tanto las interpretaciones constitucionales como las interpretaciones ciudadanas sobre las leyes y medidas que afectan el orden social.

## **Objeción de conciencia y desobediencia civil**

Rawls enmarca la “posición original” como el primer momento de lo que ha llamado la secuencia de cuatro etapas. La segunda etapa estaría

caracterizada por un congreso constituyente que desarrolla en términos jurídico-positivos los principios de justicia, a nivel constitucional, que habrán de regular la estructura básica de la sociedad y que, a su vez, determinan las dos siguientes etapas: la de los congresos legislativos subsecuentes y la de la aplicación jurisdiccional y la administración pública de las normas en casos de conflicto específicos.

En este punto queda claro que, más allá de su significación como procedimiento de justificación moral, la posición original expresa el imperativo político porque en la cumbre de la pirámide jurídico-político, la norma básica –en palabras de Kelsen– sea el producto de un consenso que le confiera legitimidad y validez al sistema, logrando que en ese fundamento consensual coincidan, a un mismo tiempo como lo sugiere Hart, el punto de vista interno que predique la validez del sistema jurídico y el punto de vista externo que predique la eficacia y legitimidad del mismo.

Estas etapas, –que en Rawls responden a dos momentos diferentes– vienen determinadas por su pretensión inicial sobre el papel de la justicia: el de regular el sistema de cooperación social forjando instituciones virtuosas que permitan a la ciudadanía la realización imparcial de sus planes racionales de vida. Los principios de justicia fueron concebidos, no para hacer virtuosas a las personas sino para hacer virtuosas a las instituciones, pues son ellas las que deben poder regular los conflictos e identidades de intereses de la sociedad, garantizando con su imparcialidad el sistema de cooperación social que la rige y la estructura general bien ordenada que debe caracterizarla.

El objetivo primordial de las etapas constitucional, legislativa y judicial será garantizar que los principios de justicia vayan filtrando, en sus aplicaciones concretas, todas las instituciones y situaciones sociales que precisen su regulación. La etapa constitucional desarrolla el primer principio, la legislativa desarrolla el segundo, siendo el tercero el guardián de los dos. Rawls, además, confiere a la ciudadanía, en caso de no ser adecuadamente aplicados los principios, la posibilidad de acudir a mecanismos como la objeción de conciencia y la desobediencia civil con el fin de garantizar la correcta aplicación de los mismos.

### **El equilibrio reflexivo**

Rawls introduce un nuevo constructo estructural, el del equilibrio reflexivo, con el cual la plausibilidad de los principios se irá comprobando paulatinamente al contraponerlos con las propias convicciones y proporcionar orientaciones concretas en situaciones particulares. Equilibrio que Rawls no concibe como algo permanente sino sujeto a transformaciones por exámenes ulteriores que pueden hacer variar la situación contractual inicial. El equilibrio reflexivo admite dos lecturas: la primera lectura metodológica trata de buscar argumentos convincentes que permitan aceptar como válidos el procedimiento y los principios derivados. No basta justificar una de-

terminada decisión racional sino deben justificarse también los condicionantes y las circunstancias procedimentales. En este sentido, se busca confrontar las ideas intuitivas sobre la justicia –que todos poseemos– con los principios asumidos, logrando un proceso de ajuste y reajuste continuo hasta alcanzar una perfecta concordancia.

Con esto se intenta razonar conjuntamente sobre determinados problemas morales, poniendo a prueba juicios éticos del individuo. Así, la racionalidad moral se convierte en racionalidad deliberativa, y la situación ideal es contrastada y enjuiciada por la razón práctica, propiciando la transformación de los imperativos morales abstractos en normas ideales específicas que el individuo, en tanto sujeto moral y ciudadano, se compromete a cumplir por cuanto han sido fruto de un procedimiento consensual de decisión y de su libre elección racional.

El equilibrio reflexivo se constituye en una especie de auditaje subjetivo desde el cual el individuo asume e interioriza los principios concertados como propios pero con la posibilidad permanente de cuestionarlos y replantearlos de acuerdo con nuevas circunstancias. Ello se convierte en un recurso individual que garantiza que el ciudadano, en tanto persona moral, pueda tomar distancia frente a las decisiones mayoritarias que considere arbitrarias e inconvenientes.

La voluntad general no puede ser impuesta con el argumento de ser moralmente legítima por ser mayoritaria: tiene que ser subsumida libremente por el individuo, en todo tiempo y lugar. El contrato social debe tener la posibilidad de ser legitimado permanentemente, no sólo desde el impulso del consenso mayoritario sino, primero que todo, desde la conciencia individual del ciudadano que pueda disentir del orden jurídico existente. El equilibrio reflexivo es la polea que permite articular la dimensión política con la individual, dando al ciudadano, como persona moral, la posibilidad de replantear los principios de justicia y la estructura social que se deriva de ellos cuando sus convicciones así se lo sugieran. Con ello Rawls pretende resolver la contradicción pendiente en el contractualismo clásico entre la voluntad general y la autonomía individual, que Kant había intentado resolver sin mucha fortuna.

La segunda lectura del equilibrio reflexivo es política y, sin duda, más prospectiva. Aquí, los principios deben ser refrendados por la cotidianidad misma de las comunidades, en tres dimensiones contextuales específicas: familia, trabajo y comunidad, en general. Sólo cuando desde tales ámbitos los principios universales pueden ser subsumidos efectivamente, se completa el proceso.

En este punto pueden darse varias alternativas: la primera es la aceptación de los principios –y del ordenamiento jurídico-político derivado de ellos– por su congruencia con nuestro sentido vital de justicia. La segunda es la marginación del pacto pero reconociendo que los demás sí pueden convivir con ellos y que es una minoría la que se aparta de sus parámetros,

reclamando tanto el respeto para su decisión como las mismas garantías que cualquiera puede exigir dentro del ordenamiento. La tercera es el rechazo a los principios y la exigencia de recomenzar el contrato social, es decir, el reclamo por que el disenso radical sea tenido en cuenta para rectificar los términos iniciales del mismo. Normativamente significa que el pacto nunca se cierra y que siempre tiene que quedar abierta la posibilidad de replantearlo.

La concepción de justicia pública que de ello se deriva no sólo constituye el fundamento dialógico-moral de todo el ordenamiento jurídico positivo sino que, simultáneamente, es un criterio de interpretación y legitimación de todas las medidas que el Estado tome en torno a la sociedad. De allí se desprenden tanto las interpretaciones constitucionales como las interpretaciones ciudadanas sobre cualesquiera leyes y medidas que afectan el orden social, tanto en su esfera pública como privada.

### **La democracia consensual**

La reacción a este primer planteamiento de Rawls tiene como consecuencia lo que se conoce como la polémica liberal-comunitarista de Nozick (1988) y Buchanan (1975), por un lado, y MacIntyre (1981), Taylor (1989), Walzer (1983) y Sandel (1982) por el otro, dando así origen a una de las más interesantes discusiones filosófico-políticas del siglo XX (Mulhall y Swift, 1992), y la cual explica en parte los cambios de Rawls en su segunda obra, *Political Liberalism* (Rawls, 1993). En ella Rawls abjura del liberalismo clásico procedimental, planteando una nueva visión que en adelante denominará concepción política de la justicia (Höffe, 1988).

Además de otras reformulaciones, Rawls introduce una noción determinante sobre la que se funda, en últimas, esa concepción política de la justicia: la del consenso entrecruzado (*overlapping consensus*). Este consenso se concibe en dos etapas, una que Rawls define como consenso constitucional cuyo objetivo es moderar el conflicto y abrir el poder a los actores del mismo, logrando un clima de convivencia pacífica y reciprocidad entre éstos. Y una segunda, el consenso político propiamente dicho (un consenso de consensos) que proyecta de manera colectiva el ideal de sociedad al que todos aspiran, basado en la concepción consensual de justicia concertada por todos los sujetos colectivos que se han comprometido con la realización de un ideal concertado y razonable de sociedad en la cual todos sean protagonistas.

Esto implica un concepto de razón pública que reconoce en la opinión pública de la ciudadanía la fuente principal de la interpretación constitucional: el tribunal constitucional interpreta la constitución a la luz de lo que la opinión pública discute y decanta sobre los diversos temas que la afectan en torno al desarrollo de la estructura básica de la sociedad. La razón pública ciudadana, en tanto esenciales constitucionales definidos por el consenso entrecruzado de las diferentes visiones omnicomprendivas de la

sociedad, constituye los términos de razonabilidad de la interpretación pública y constitucional.

Lo anterior es la condición del pluralismo razonable al que toda democracia deliberativa debe tender como ideal regulativo. Democracia consensual que, de no cumplirse, puede ser directamente reivindicada por la ciudadanía a través de figuras de resistencia cívica como la desobediencia civil, tal como vimos. El contrato social o la decisión consensual tienen que tener la posibilidad de ser legitimados y relegitimados permanentemente, no sólo desde el impulso del consenso mayoritario sino, también, desde el disenso, desde la conciencia individual del ciudadano o la visión omni-comprehensiva de los sujetos colectivos que quieran cuestionar y replantear el contrato social y el orden jurídico-político existente. Un procedimiento de decisión es tanto y más democrático no sólo por su capacidad de lograr consensos de consensos entre los diferentes sujetos colectivos que la componen sino, también y ante todo, por la posibilidad de respetar el disenso y saber integrar su fuerza crítica –e incluso disociadora– a la dinámica institucional de la misma.

## La constitucionalización del neoliberalismo

El planteamiento rawlsiano permite derivar varias conclusiones pertinentes para el proceso constituyente de 1991. En primer lugar para señalar que la Constitución de 1991 fue un acuerdo de mayorías y no un consenso, como a veces intenta presentarse, y que, al no haberlo sido, carece de la justificación moral y de la legitimación política universal que requeriría para lograr una validez y eficacia suficientes que le dieran la estabilidad social deseable. Sólo desde un consenso político amplio un ordenamiento adquiere, no sólo legitimidad, sino eficacia social y validez jurídica (Rawls, 1996a, 1996b).

En efecto, hay que recordar que el Partido Liberal, Salvación Nacional y el Movimiento Democrático M-19 –que se prestó para ese juego–, sumado al gobierno neoliberal de Gaviria, impusieron a la Constituyente un acuerdo sobre el texto básico de la Constitución, a un mes largo del final. Sin duda, el acuerdo recogía gran parte de lo concertado en las deliberaciones previas pero imponía una disposición institucional que no era gratuita y que los artículos transitorios revelaron en toda su extensión (Ahumada, 1996: 175-218). Un acuerdo que se firma, además, por fuera de la Constituyente, en el Palacio de Nariño, violando así su autonomía y, por tanto, su soberanía como cuerpo institucional<sup>1</sup>.

Rawls muestra que un proceso constituyente moderno debe partir de un consenso mínimo que determine los principios de justicia social so-

---

<sup>1</sup> Me refiero al Acuerdo del 7 de junio de 1991 entre el Partido Liberal, el Movimiento de Salvación Nacional y el Movimiento AD M-19, patrocinado por el gobierno de César Gaviria y con la presencia del expresidente López Michelsen.

bre los que todos los sectores puedan converger y es a partir de ellos que las instituciones se conciben y construyen, y es su carácter consensual el que puede conferir estabilidad a un ordenamiento jurídico-político. La ingeniería constitucional, que no es sino técnica constitucional, se vuelve impotente si no hay un pacto político sólido que la respalde. Al no existir un consenso político amplio que diera sustento a la Constitución de 1991, y al imponerse un acuerdo de mayorías, el pacto que pretende convalidarlo está doblemente muerto y esa es parte de la debilidad de la Constitución (Sartori, 1996: 211-219).

Pero si no es Rawls quien puede explicar la dinámica del proceso constituyente de 1991 en cuanto no hubo un consenso universal a su interior, en cambio sí podemos acudir a los otros dos neocontractualistas para comprender la Constitución de 1991: Nozick y Buchanan que, según Van Parijs, son los representantes más lúcidos de lo que denomina el “neoliberalismo filosófico” (Van Parijs, 1993: 178).

El planteamiento de Nozick, que intenta ser una relectura del contractualismo de Locke, tiene como objetivo principal justificar la existencia de un Estado mínimo, garante de la dinámica de mercado, en un esquema donde la justicia social se limita a la convalidación de la inequidad que se deriva de aquélla (Nozick, 1988). Buchanan, por su parte –siguiendo el modelo hobbesiano–, reivindica el carácter absoluto del Estado de naturaleza inicial, en cuanto lo que en él se gana no puede posteriormente ser desconocido por el Estado político. El contrato constitucional, de donde surge el orden estatal, sólo puede convalidar lo que los actores ya han adquirido de hecho –por la fuerza o por su capacidad competitiva– en el Estado de naturaleza, potenciando la optimización de sus utilidades futuras a través del establecimiento de un marco de derechos constitucionales que así lo propicien (Buchanan, 1975).

Desde esta perspectiva toma sentido lo que sucedió en 1991. El proceso constituyente fue usufructuado por las elites bipartidistas (encabezadas por el Partido Liberal y el Movimiento de Salvación Nacional), imponiendo –en la línea de Buchanan– la lógica de los vencedores sobre la de los vencidos: el acuerdo de los tres grupos mayoritarios en la Constituyente respondió a esa estrategia. La Alianza Democrática M-19 que era expresión, supuestamente, de los sectores progresistas que depositaron en el movimiento todas sus esperanzas, no resistió la inercia neogamonal de gran parte de sus representantes –reclutados en las filas del paleo y neogamonalismo bipartidista y la *intelligentsia* intelectual– y sucumbió a la trampa de la elite criolla que, en últimas, sí tenía claridad en lograr dos propósitos: primero, imponer el esquema neoliberal de internacionalización de la economía y, segundo, afianzar un proceso de reconciliación nacional sin los actores políticos del conflicto. Ambos propósitos liderados por el presidente de entonces, César Gaviria, que con ello nos daba su triste y paradójica “bienvenida al futuro”.

El contrato constitucional, en la lógica buchaniana, entendido como la imposición de los vencedores sobre los vencidos, introdujo constitucionalmente el *hegemon* neoliberal en el país, suavizándolo con dos figuras, la del Estado social de derecho y la de la democracia participativa que, en todo caso, eran ya las dos objeto de controversia universal dada la imposibilidad del primero en el contexto de un mundo global (eso sin tener en cuenta el agudo diagnóstico de Habermas de que aquella ha sido la forma institucional que mayor juridización del mundo de la vida ha originado en cinco siglos de desarrollo capitalista (Habermas, 1989: 502-520) y la implausibilidad de la segunda en un contexto de conflicto armado como el que el país vivía desde hacía 40 años. La faz progresista de la Constitución sólo fue el instrumento para catalizar el modelo económico neoliberal con mínimas resistencias, en una dinámica de negociación que los sectores progresistas creyeron cándidamente se inclinaba a su favor cuando la realidad era la ambientación institucional de un esquema de exclusión neoliberal convalidado constitucionalmente.

## Rizoma y Constitución

La Constitución de 1991 fue un rizoma. Esta categoría, con la cual se ha querido explicar y justificar la Constitución, pese a su sofisticación conceptual, intenta poner en evidencia la realidad contradictoria y convergente del Texto del 91. El concepto proviene de la filosofía política francesa y es un planteamiento de dos de sus máximos representantes, Gilles Deleuze y Félix Guattari, en el libro *Mil mesetas* (2000: 9-32), continuación de su famoso *Antiedipo* (1974). Aunque la aplicación de la categoría a nuestro contexto no se compadece con la definición que ofrecen de la misma, no deja de ser significativo que la conciencia académica local haya acudido a ella para dar razón del sentido y proyección de la Constitución de 1991 (Uribe, 2001: 191-208). Pese a las distancias, la definición que ofrecen permite comprender su eventual analogía:

... el rizoma conecta cualquier punto con otro punto cualquiera, cada uno de sus rasgos no remite necesariamente a rasgos de la misma naturaleza; el rizoma pone en juego regímenes de signos muy distintos e incluso estados de no-signos. El rizoma no se deja reducir ni a lo Uno ni a lo Múltiple... No está hecho de unidades, sino de dimensiones, o más bien de direcciones cambiantes. No tiene principio ni fin, siempre tiene un medio por el que crece y desborda... [E]l rizoma sólo está hecho de líneas: líneas de segmentaridad, de estratificación, como dimensiones, pero también línea de fuga o de desterritorialización como dimensión máxima según la cual, siguiéndola, la multiplicidad se metamorfosea al cambiar de naturaleza (Deleuze y Guattari, 2000: 9-32).

En su aserción etimológica “rizoma” significa “tallo horizontal y subterráneo” (Real, 1970: 1151), y su sinónimo más conocido es el de “raíz” (Sainz, 1981: 979). Rizoma es, pues, una raíz horizontal como, por ejemplo,

la raíz del lirio común. Quisiera explorar una traducción al contexto sociocultural del altiplano cundiboyacense –que en ese aspecto es del país entero– y apostarle a una posible comparación entre esa raíz horizontal y esos tubérculos monstruosos que, excepcionalmente, se extraen de la tierra: esas papas pegadas unas con otras, deformes, yuxtapuestas, que no alcanzaron a madurar su proceso y surgen de la tierra como testimonio de una especie de frustración genética.

Afirmar que la Constitución de 1991 fue un *rizoma* sería, para nuestra ética más primitiva (Wellmer, 1996: 77-101) –alejándonos de Deleuze y Guattari por supuesto– lo mismo que decir que fue una papa monstruosa. Un acuerdo de mayorías articulado desde fuera de la Constituyente que ésta se ve obligada a subsumir y que termina imponiendo al país una Constitución que sin duda tiene sus bondades pero que, de hecho, fue la fórmula de recambio que las elites colombianas utilizaron para no acudir a una negociación de paz amplia e instrumentalizar una reconciliación a medias, sin los actores reales del conflicto, regateando parcelas de la Constitución sin tocar los grandes problemas nacionales. Fue, pues, una Carta Política que no logró ser el fruto de un consenso político nacional, ni ser el producto de convergencia de todos los sectores, no sólo para lograr la paz, sino para concebir, con criterio realista, un país con las estructuras institucionales necesarias para consolidarla.

La maldición piedracielista, “sacrificar un mundo para pulir un verso” sigue proyectándose en el destino colombiano con una nueva y dramática paráfrasis: “Sacrificar un país para pulir una Constitución”. Una vez más, responder a las exigencias de la realidad se volvió menos importante que redactar la Constitución perfecta, ejemplo colombiano para toda Latinoamérica. La cultura de viñeta –de la que hablaba sarcásticamente Gutiérrez Girardot– y esa “filosofía de la historia” concebida desde la Sabana de Bogotá como si fuéramos el centro del mundo (típica estructura mítica que gravita pesadamente en nuestra ética) se proyectó con igual fuerza a la conciencia jurídica que se extasió con el ideal de una Constitución paradigmática, olvidándose de los requerimientos pragmáticos a los que tenía que responderle al país (Gutiérrez, 1980: 447-536).

Sólo que esta vez, tras la sublimación retórica que históricamente ha caracterizado a nuestras elites, se escondía la perversa intención de perpetuar un esquema de dominación sin importar que para ello tuvieran que acudir a dos promesas de tanta trascendencia para un país desesperanzado que, al no ver cumplidas las mínimas aspiraciones que las inspiraban, no sólo acentuó su frustración histórica sino que aceleró un proceso de deslegitimación institucional que hoy por hoy parece querer resolverse, como en los tiempos del nacionalsocialismo, con la invocación más visceral a la autoridad perdida. Los acuerdos a puerta cerrada de nuestras elites han terminado siempre birlando el destino al pueblo colombiano: el calor de “escoceses” en las rocas y el “fino humor inglés” del paleo y neogamonalismo

criollos en sus reuniones cerradas excluyentes ha tenido siempre esos efectos vaporosos (consecuencias de los 'malignos' espíritus etílicos) en la historia de Colombia.

## La estrategia de las elites

¿Cual fue la estrategia que las elites, empotradas en la Constituyente, le ofrecieron al país para hacer converger la pluralidad de posiciones y conciliar, al menos coyunturalmente, la extrapolación existente? Lo lograron a través de la figuras del Estado social de derecho y de un neorrepublicanismo tibio, concretado en una democracia participativa sin participación popular. Las elites quisieron reemplazar el consenso político que no permitieron realizar a través de estos espejismos jurídico-políticos, en la confianza de que ellos convocaran el apoyo de la ciudadanía por su apariencia emancipatoria y progresista que, en todo caso, quedaba supeditado a la intención de dominación excluyente y hegemonía ideológica que aquéllas buscaban perpetuar (Uprimny, 2001: 55-72).

De nuevo, la filosofía política y jurídica permite fundamentar una visión crítica del proceso constitucional. En efecto, Habermas ha mostrado cómo la figura del Estado social de derecho tiene cuatro supuestos: un Estado-nación con presencia territorial homogénea; un Estado fiscal, fundado en lo anterior, que garantice una viabilidad económica mínima sin la cual no es posible; un Estado democrático fundado en una legitimidad popular suficiente; y, finalmente, una concepción simbólica de pueblo que garantice la solidaridad de la población en general. Sólo sobre una base tal puede desplegarse la figura del Estado social. La pregunta que se impone es: cuando no existen esas condiciones, ¿qué es lo que en realidad se está propiciando? Lo que se propicia es la imposición de una estructura ideológico-represiva de control, una figura de manipulación política para lograr el apoyo ciudadano que una Constitución de mayorías, no de consenso político nacional, requería para ser mínimamente legitimada por el conjunto de la ciudadanía.

Pero la fórmula jurídica tenía que ser complementada con una fórmula política. Al no pensar en la realidad, en la paz política que el país buscaba, se acudió de nuevo al camino más fácil como era pensar, no en el ciudadano real y sus necesidades, sino en un ciudadano virtuoso, por no decir que un ciudadano virtual, que pudiera salvar el esquema. El constituyente de 1991, alucinado por su propio espejismo ideológico, concibió una democracia participativa, de raigambre republicana que, a través de una participación que desde la misma Constitución nació restringida y que la regulación legal estatutaria terminó por asfixiar, sólo buscaba convocar el soporte forzado de determinados sectores minoritarios –su única alternativa frente a la falta de consenso político real– ante la ausencia de lo grandes protagonistas del conflicto armado colombiano.

Esa democracia participativa se fundaba en una visión neorrepublicana del siglo XIX que estuvo presente en nuestro contexto y que tenía

sus orígenes tanto en el *ethos* hispánico como en las recepciones que se hacen de él en el siglo antepasado en Colombia (Mejía y Tickner, 1992). Pero esa recepción, como la del Estado social, una vez más retomó lo menos indicado que el estado del arte universal recomendaba, olvidándose de las dos lecturas que el republicanismo admite en nuestros tiempos. De una parte, un neo-republicanismo, de corte anglosajón, que básicamente se concibe como un reformador del liberalismo, imprimiéndole las virtudes cívicas de las que parece carecer. Y, de otra, el posrepublicanismo, de ascendencia francesa que, recuperando sus raíces, intenta ser una alternativa a la postura liberal (y también socialista) (Ferry, 1991: 118-136) generando lo que hoy se denomina en la filosofía política, una democracia deliberativa (Mesure y Renaut, 1999: 317-359; Pettit, 1999; Hernández, 2002).

El neogamonalismo constituyente optó por la interpretación anglosajona del republicanismo, la meramente reformista del liberalismo y, por tanto, coyuntural y manipulatoria, dando como producto esa democracia participativa insulsa que nos caracteriza, una democracia sin participación popular efectiva, sin ciudadanos virtuosos, un híbrido entre democracia representativa y participación sin ciudadanía, cuya única consecuencia sólo podía ser el mantenimiento de los hilos del poder en las elites económicas, políticas y ahora tecnocráticas de siempre. El resultado, pues, fue una democracia que no es representativa ni participativa, que carga los vicios de ambos sistemas, que no permitió que nos reconociéramos en un tipo de democracia acorde a nuestra identidad, como podía serlo un modelo de democracia contestataria y disputadora –que es la que mejor se identificaría con nuestra eticidad– y que diera paso al poder deliberativo de una sociedad civil políticamente plural y multicultural como es la colombiana (Villa, 2001: 89-102).

De tal suerte, el Estado social de derecho y la democracia participativa se convirtieron en un instrumento de reciclamiento de la dominación excluyente de las elites, un proyecto en el cual el neogamonalismo que se había hecho presente en la Constitución de 1991 –porque la mitad eran paleo y neogamonales– impone una conciliación forzada a los sectores sociales que reclamaban otro tipo de sociedad. Y de allí el rizoma, el tubérculo monstruoso que terminó siendo la Constitución de 1991: un Estado social sin condiciones de posibilidad, una democracia participativa sin participación, junto a un esquema económico neoliberal, ese sí homogéneo, hegemónico y eficaz (Estrada, 2001: 159-174). Una Constitución donde quedaba todo junto, de manera deforme, una colcha de retazos cocida por las elites en contra del sentimiento del país por una Constitución para la paz, la conciliación política nacional y la justicia social efectiva.

Sin pretender resucitar esquemas dogmatizados de análisis jurídico y político, no pueden dejarse de considerar, en este punto, dos perspectivas de suma relevancia para una interpretación plausible de la proyección

real de tales figuras en nuestro contexto. Althusser, retomando esa radical sospecha sobre lo jurídico de la tradición marxista que, sin duda, con Pashukanis alcanza una de sus expresiones más elaboradas, denuncia el derecho tanto como “aparato represivo de Estado” así como “aparato ideológico de Estado” (Althusser, 1988). Podríamos decir que, aunque no lo supiera ni lo buscara, el constituyente de 1991 –obviamente por la manipulación de la que fue víctima por parte del neogamonalismo criollo– terminó haciendo del Estado social y de la democracia participativa un “aparato ideológico de Estado” con el cual se pretendió legitimar una Constitución que nace – pese a su intención– como símbolo de guerra.

Posteriormente, el neogamonalismo, disfrazado de tecnocracia neoliberal, hace de ese Estado social sin sociedad y de esa democracia participativa sin participación, pese a los esfuerzos y buenas intenciones de la Corte Constitucional, un “aparato represivo de Estado”, como el modelo neoliberal imperante y, ahora, el Plan Colombia claramente lo muestran (Libreros, 2001: 93-106). Ante esto sólo puede oponerse, una vez más, la radical fórmula pashukaniana: la del nihilismo jurídico frente a esa lectura pseudo-emancipatoria de la Constitución que sólo refuerza su papel ideologizante y mimetiza su rol como instrumento de control y exclusión social de toda disidencia que no se pliega a su texto (Pashukanis, 1976: 61-72).

## **El tribunal constitucional**

Lo anterior impone una reflexión complementaria sobre el papel del tribunal constitucional en un Estado democrático de derecho, y su rol conciliador entre constitución y ciudadanía. La constitucionalización del derecho en la época actual, y las constituciones como productos de nuevos consensos sociales, requieren una nueva lectura del texto constitucional que supere la rigidez del positivismo y el formalismo jurídicos y permita interpretarla como un texto en construcción desde las perspectivas políticas de la ciudadanía. Sólo así puede obrar como un elemento de integración social.

Uno de los cuestionamientos en los cuales se identifican Habermas y Luhmann, en el conjunto de su obra, es al Estado interventor, es decir, al Estado social de derecho. Para Habermas éste constituye la última hornada de juridización que mayor “colonización” del mundo de la vida ha originado, acelerando a su interior la desintegración de los diferentes contextos mundo-vitales que lo componen. En Luhmann este diagnóstico coincide en cuanto los derechos fundamentales, en tanto expectativas contrafácticas de comportamiento, no logran en su seno el grado de sustancialización que posibilite la identificación de las diferentes perspectivas ciudadanas con los mismos, poniendo en peligro la autorreferencia del sistema jurídico y la posibilidad de predeterminar la doble contingencia, es decir, de prefigurar el conflicto en el sistema social.

En ambos casos, para garantizar la integración efectiva de la sociedad, el Estado de derecho tiene que cuidarse de una excesiva materialización de los derechos que, ante la imposibilidad de cumplir, lo deslegitime por no poder manejar la complejidad generada por él mismo (Luhmann) o acudir a una racionalidad discursivo-procedimental de la soberanía popular (Habermas) que, en la figura del tribunal constitucional, adopte frente a los conflictos una perspectiva deontológica.

Esto último nos coloca en la discusión sobre el rol y la legitimidad del tribunal constitucional en las sociedades contemporáneas, en una edición renovada del debate clásico entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, con no pocas coincidencias pese a la diferencia de momentos históricos y perspectivas teóricas (Kelsen, 1995). Habermas critica, retomando la perspectiva deontológica de Dworkin de la «respuesta correcta», la metodología del tribunal constitucional alemán que tiene en la «teoría de la ponderación» y la «solución del caso concreto» sus principales fundamentos (Alexy, 1993: 157-172). Para Habermas, esta metodología del tribunal constitucional origina que sus decisiones no sean “justas para todos” sino “buenas para algunos”, en la medida en que los bienes colectivos en tanto bienes individuales son traducidos a principios jurídicos (como derechos fundamentales) que, al ser ponderados, inclinan al tribunal constitucional a priorizar una concepción de vida buena sobre otras, impidiendo que su decisión sea reconocida como justa y, por tanto, legítima por el resto de sujetos colectivos que componen la sociedad<sup>2</sup>.

De ahí que Habermas se remita al constitucionalismo estadounidense para reivindicar, con Ely (1997) y Ackerman (1995; 1998), frente a la corriente republicano-comunitarista, la lectura procedimental-deliberativa que el tribunal constitucional debe hacer de la Carta, abogando por una participación igual de todos los afectados en los procesos de decisión institucionales, y una desmaterialización y consecuente procedimentalización, deliberativa de los principios y valores constitucionales (Habermas, 1998: 311- 361).

Todo esto conlleva, según Habermas, a que el juez constitucional deje de escudarse en una supuesta «neutralidad legal» de su lectura de la constitución y acepte que sus decisiones «en derecho» son decisiones políticas, inspiradas por modelos de democracia que reproducen en la decisión judicial el conflicto y la tensión señaladas, las cuales no pueden ser superadas sino asumiendo un modelo deliberativo de democracia que, al erigir

---

<sup>2</sup> Metodología en buena parte asumida por la Corte Constitucional colombiana y que tuvo en la **Aclaración de un Voto** al Reglamento Interno de esta corporación (Acuerdo 002 de 1992) del entonces magistrado Ciro Angarita una crítica fundamental en una línea análoga a la reivindicada por estos últimos autores, lo que pone de presente la actualidad de la discusión en nuestro medio, confirmada por la sospecha de una impositiva “regla de mayoría” en su Sala Plena, en contraste con decisiones basadas en el consenso que integre, efectivamente, el resquebrajado campo jurídico colombiano.

como su *alter ego* a la opinión pública, asegure para todos los sujetos colectivos iguales procedimientos de deliberación, garantizando decisiones “justas para todos” y no “buenas para algunos”. El tribunal constitucional debe propender por la conciliación entre ciudadanía y constitución, tomando como referente, no el texto inerte de la constitución, sino el contexto vivo de la soberanía popular.

El rol del juez constitucional y los problemas de validez y legitimidad del Estado de derecho confluyen en este punto. Rawls, aceptando las críticas a su teoría inicial, concreta su propuesta de consensualización a través de los esenciales constitucionales que el juez constitucional deriva de los contenidos de justicia política fijados por los consensos entrecruzados de la ciudadanía. La norma fundamental o la regla de reconocimiento adquiere unos contenidos que, aunque presupuestos –analítica o empíricamente– al sistema jurídico, permiten al juez constitucional orientar sus decisiones desde los términos de razonabilidad que la concepción política sobre la justicia de la ciudadanía le ha fijado, y desde los cuales la constitución cobra unidad y validez tanto jurídica, como social y moral, en términos de deliberación simétrica.

En análoga dirección Habermas, en *Facticidad y validez* (1998), sugiere una lectura alternativa que permita recuperar la unidad de los sistemas jurídico-políticos fragmentados desde una concepción discursiva de la validez jurídica. El Principio D operaría como la Norma Fundamental o la Regla de Reconocimiento de un sistema jurídico, confiriéndole legitimidad y validez simultáneamente en la medida en que el Estado de derecho en su conjunto estuviera permeado por la deliberación pública.

Esto implica considerar la constitución no como algo acabado sino como un proceso continuo, como un texto abierto.

Ése es el sentido de la ductilización del derecho en el último cuarto de siglo (Zagrebelski, 1995): la constitución como fruto del consenso de la ciudadanía define los términos de razonabilidad de la interpretación constitucional. El juez constitucional es, simultáneamente, intérprete de contextos mundo-vitales y de textos y tradiciones jurídicas. Lo que lleva a una conclusión necesaria: la concepción positivista sobre la obediencia al derecho es puesta en cuestión en la medida que todas las figuras de insumisión al derecho, como la desobediencia civil, por ejemplo, o la misma insurgencia para el caso nuestro, tienen que ser interpretadas por el tribunal constitucional como un examen de constitucionalidad sobre la abortada materialización de los derechos fundamentales y reivindicadas como legítimas manifestaciones de resistencia ciudadana.

La Constitución de 1991, cuya pretensión original fue ampliar el pacto definido por la Constitución de 1886 y reducido drásticamente por el plebiscito que dio nacimiento al Frente Nacional, se revela hoy como el producto de un contrato parcial que debe ser extendido. Ampliación no tanto en la letra misma de la Constitución sino en la adecuación de su espíritu a

unas circunstancias que exigen que se le dé cabida en el manejo del Estado y las estructuras básicas de la sociedad a sujetos colectivos que quedaron por fuera del contrato del 91. Esta paradoja dilemática podría ser conciliada a través de lo que Habermas denomina procedimentalización de la soberanía popular (Habermas, 1990). Pero, ¿cómo se procedimentaliza la soberanía popular en un sistema en crisis como el nuestro? Una respuesta provisional podría sugerir que, antes que a través de una Asamblea Constituyente, por medio del juez constitucional que concilie la constitución con los requerimientos de la ciudadanía.

Sin embargo, en Colombia se presentan dos obstáculos estructurales a esta pretensión: el texto constitucional está, en muchos puntos, en contravía de su espíritu participativo y la soberanía popular fue restringida y maniatada –en la ambigüedad de muchos de sus artículos– estableciendo formalismos que la cercenan y la hacen imposible. El juez constitucional se ve, pues, imposibilitado para conciliar constitución y soberanía popular al quedar preso de esas dicotomías que su propio reglamento interno no logra equilibrar<sup>3</sup>.

La Corte no posee más que su propio criterio –a veces arbitrario, por la pluralidad de concepciones dominantes en su interior– para decidir en derecho, no cuenta con sensores adecuados para considerar la opinión pública, y sólo puede orientarse monológicamente –siguiendo el modelo del juez Hércules dworkiniano– para tomar decisiones sobre las cuales la sociedad civil no puede pronunciarse, como primera afectada por sus decisiones. La guarda de la Constitución queda garantizada al precio mismo de la soberanía popular cuya perspectiva deliberativa no es tenida en cuenta plenamente por el encargado de velar el proceso de adecuación entre ambas instancias.

Al no contemplar espacios estructurales desde donde incorporar el punto de vista de la ciudadanía en sus decisiones, al interpretar la Constitución monológicamente sin establecer diálogos con la sociedad civil, al hacerlo desde la letra ambigua de una Carta que, en muchos puntos, restringió la participación misma, el juez constitucional no logra traducir el espíritu participativo de la Constitución de 1991 a los requerimientos mundo-vitales de la ciudadanía, constituyéndose así en un apuntalador de un perverso cierre autopoietico del sistema jurídico (Gargarella, 1996; Nino, 1997).

## Conclusión

Por supuesto, la Constitución de 1991 posee grandes fortalezas que no pueden ser desconocidas. La creación de nuevas instituciones como

---

<sup>3</sup> Ver del magistrado Ciro Angarita, Aclaración de un Voto al Reglamento Interno de la Corte Constitucional (Acuerdo 002 de 1992).

la Defensoría del Pueblo y la Corte Constitucional, la defensa y el desarrollo de derechos fundamentales consagrados por el nuevo texto constitucional sin duda configuran productos rescatables por mantener, consolidar y profundizar (Gaviria, 2001: 19-28). Pero también hay que reconocer, de nuevo apoyándose en los marcos normativos de la filosofía política y del derecho, que la Constitución de 1991, precisamente por el acuerdo de mayorías impuesto al constituyente de entonces violando su soberanía, que aquella no fue refrendada por la ciudadanía. Una constitución política tiene que ser ratificada por el pueblo para darle la legitimidad definitiva que le confiera a las instituciones que ha creado la estabilidad que la sociedad requiere y le reclama, como se infiere claramente de la lectura política del equilibrio reflexivo en la teoría de Rawls.

De hecho, diez años de perpetuación del conflicto ponen en evidencia, a pesar de todas sus fortalezas y sus avances, que la Constitución no ha sido refrendada y que, por tanto, sigue siendo un proceso no cerrado (Estévez, 1994). De ahí se infiere, como lo plantea Habermas, la necesidad de concebir normativamente (en términos político-morales) el texto constitucional como un proceso falible, abierto, en construcción (Habermas, 1990; 1998). Un proceso que al tener que ser refrendado popularmente, le impone el reto a la ciudadanía de mantenerlo abierto, haciendo de la Constitución un pacto por la paz y la reconciliación, sentimiento por el cual fue originalmente convocada la Constituyente, y no un pacto para la guerra, como el consenso de las elites quiere presentarlo en estos momentos (Vallespín, 1997: 199-223).

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que la Constituyente de 1991 no fue representativa de la totalidad de las "formas de vida" que se encuentran en Colombia, y de allí por qué el acrecentamiento del conflicto armado es también sintomático del inconformismo y la discriminación social y cultural que se han generado. Al no tener en cuenta a un gran número de sujetos colectivos, al no sentirse éstos representados ni cobijados por la Constitución; al dar testimonio, en su situación de exclusión vital, social y política, del esquema de dominación ideológica y periféricización hegemónica que representa ese poder constituido del 91, el poder constituyente popular que tales sectores encarnan no puede sino reclamar, para superar la constitucionalización de la mentira que la Constitución encarna –pese a ella–, su ampliación irrestricta hasta cuando en ella quepan y se vean reflejadas todas las formas de vida que no han podido sentirse parte de este país y para quienes supuestamente fue concebida esta Constitución.

De ahí que la opción de una Asamblea Constitucional que reforme la Constitución, o incluso una Constituyente que cree una nueva, son posibilidades igualmente plausibles para cerrar el proceso inacabado de la Constitución de 1991 y garantizarla como pacto de paz y no pacto de guerra como el consenso de las elites lo está propiciando (Gargarella, 1996; Nino, 1997).

Este supuesto tiene dos consecuencias para enfrentar la crisis colombiana: la primera es reconocer la legitimidad de las diversas expresiones de desobediencia civil, la que tendría que ser interpretada por el tribunal constitucional como una defensa activa de los derechos fundamentales. Incluso de la aceptación, en un contexto de exclusión institucionalizada como el nuestro, de que la disidencia y resistencia ciudadanas –en todas sus expresiones legales y subversivas– estaría constitucionalmente justificada (Mejía, 2001; 2002), pese a la paradoja que ello representaría.

Y, segundo, que si la Constitución de 1991 no recogió todas las perspectivas ciudadanas, todas la éticas que componen este país, se impone la necesidad ineludible de explorar y definir cuál es el modelo de poder constituyente que mejor se adapta a la idiosincrasia, a la identidad, al *ethos* colombiano para no repetir la concepción de constituciones ideales que no se adapten al ser de nuestra población y a la realidad de nuestro país. De lo contrario, institucionalmente, seguiríamos prolongando la constitucionalización del engaño, la hegemonía ideológica y la dominación histórica que las elites colombianas quisieron hacer con una Constitución que quiso ser la esperanza de un renacer y una reconciliación nacionales y que, por no poder concretarlo, se convirtió en instrumento de lo contrario.

## Bibliografía

- ACKERMAN, Bruce (1995), *El futuro de la Revolución Liberal*, Barcelona, Ariel.
- \_\_\_\_\_ (1998), *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa.
- AHUMADA, Consuelo (1996), “El autoritarismo neoliberal: de la Asamblea Constituyente a la nueva Constitución”, en *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, Santafé de Bogotá, El Áncora Editores.
- ALEXY, Robert (1993), “Teoría de la ponderación”, en *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC.
- ALTHUSSER, Louis (1998), *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*, Buenos Aires, Nueva Visión.
- ARAUJO, José Estevez (1994), *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta.
- BUCHANAN, James (1975), *The Limits of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press.
- DA SILVEIRA, P. y W. NORMAN (1996), “Rawlsianismo metodológico. Una introducción a la metodología dominante en la filosofía política anglosajona contemporánea” en *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 5, Madrid, UAM-UNED.
- DELEUZE, Gilles y Felix GUATTARI (2000), “Introducción: Rizoma”, en *Mil mesetas*, Valencia, Pretextos.
- DELEUZE, Gilles y Felix GUATTARI (1974), *El Antiedipo*, Barcelona, Barral Editores.
- ESTRADA, Jairo (2001), “Elementos para la crítica de un enfoque liberal-neoinstitucional de la economía en la Constitución de 1991” en *El debate a la Constitución*, Bogotá, ILSA-UNC.

- FERRY, Luc (1991), "De los derechos del hombre a la idea republicana", en *Filosofía política*, tomo III, México, FCE.
- FITZPATRICK, Peter (1998), "El derecho como mito", en *La mitología del derecho moderno*, Madrid, Siglo XXI.
- GARGARELLA, Roberto (1996), "La tradición radical, democracia deliberativa y control de las leyes" en *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel.
- GAVIRIA, Carlos (2001), "Un enfoque positivo de la Constitución del 91" en *El debate a la Constitución*, Bogotá, ILSA-UNC.
- GUTIÉRREZ GIRARDOT, Rafael (1980), "Cultura de viñeta" y "La historia universal desde la Sabana", en *La literatura colombiana en el siglo XX, Manual de Historia de Colombia*, tomo III, Bogotá, D.C., Colcultura.
- HABERMAS, Jürgen (1989), "Tendencias a la juridización", en *Teoría de la acción comunicativa* (T.II), Buenos Aires, Taurus.
- \_\_\_\_\_ (1990), "La soberanía popular como procedimiento", en *Revista Foro*, No. 12, Bogotá, Foro por Colombia.
- \_\_\_\_\_ (1996), "Patriotismo de la Constitución", en *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos.
- \_\_\_\_\_ (1998), "Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional" en *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta.
- HART ELY, John (1997), *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Ed. Uniandes.
- HERNÁNDEZ, Andrés (comp.) (2002), *Republicanismo contemporáneo*, Bogotá, D.C., Siglo del Hombre.
- HÖFFE, Otfried (1998), "Dans quelle mesure la théorie de John Rawls est-elle kantienne?", en *Individu et Justice Sociale*, Paris, Editions du Seuil.
- KELSEN, Hans (1995), *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos.
- LIBREROS, Daniel (2001), "Nuevo modelo de dominación colonial", en Jairo Estrada Álvarez (ed.), *Plan Colombia. Ensayos críticos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- LOSEV, A. F. (1998), *Dialéctica del mito*, Bogotá, D.C., Universidad Nacional.
- MACINTYRE, Alasdair (1981), *After Virtue*, London, Duckworth.
- MARTÍNEZ, Jesús (1992), "Constructivismo radical: la invención jurídica de los hechos", en *La imaginación jurídica*, Madrid, Editorial Debate.
- MEJÍA QUINTANA, Oscar y Arlene TICKNER (1992), *Cultura y democracia en América Latina*, Santafé de Bogotá, M&T Editores.
- \_\_\_\_\_ (1997), "La tradición contractualista", en *Justicia y democracia consensual*, Santafé Bogotá, D.C., Siglo del Hombre.
- \_\_\_\_\_ (2002), "Tribunal constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa" en Andrés Hernández (comp.), *Republicanismo contemporáneo*, Bogotá, Siglo del Hombre.
- \_\_\_\_\_ (1996), "El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls", (Estudio Preliminar) en John Rawls, *El derecho de los pueblos*, Santafé de Bogotá, Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes).

- \_\_\_\_\_ (1997), *Justicia y democracia consensual*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre.
- \_\_\_\_\_ (2001), *La Problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil*, Bogotá, Unibiblos, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional.
- MESURE, Sylvie y Alain RENAUT (1999), "La discussion republicaine du liberalisme moderne", en *Histoire de la Philosophie Politique*, tomo IV, Paris, Calmann-Levy.
- MULHALL Stephen y Adam SWIFT (1982) *Liberals & Communitarians*, Oxford & Cambridge, Blackwell.
- NEGRI, Antoni (1994), "La constitución del trabajo" en *El poder constituyente*, Madrid, Prodhufi.
- NINO, Carlos, (1989), "El constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas", en *El constructivismo ético*, Madrid, CEC.
- \_\_\_\_\_ (1997), *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa.
- NOZICK, Robert (1988), *Anarquía, Estado y utopía*, México, FCE.
- PASHUKANIS, Eugeni (1976), "Ideología y derecho" en *Teoría general del derecho y el marxismo*, Barcelona, Labor.
- PETTIT, Philip (1999), *Republicanism*, Barcelona, Paidós.
- PHILIPPE VAN PARIJS, (1993), *¿Qué es una sociedad justa?*, Barcelona, Ariel.
- RAWLS, John (1978), *Teoría de la justicia*, México, FCE.
- \_\_\_\_\_ (1993), *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press.
- \_\_\_\_\_ (1996a), *Teoría de la Justicia*, México, FCE.
- \_\_\_\_\_ (1996b), *Liberalismo Político*, Barcelona, Crítica.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1970), *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Editorial Espasa-Calpe.
- REYES POSADA, Alejandro (1999), "Geografía de la guerra", en *Lecturas Dominicales*, Santafé de Bogotá D.C., *El Tiempo*.
- SAINZ DE ROBLES, Federico (1981), *Diccionario español de sinónimos y antónimos*, Madrid, Aguilar.
- SANDEL, Michael (1982), *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SARTORI, Giovanni (1996), "La ingeniería constitucional", en *Ingeniería constitucional comparada*, México, FCE.
- TAYLOR, Charles (1989), *Sources of the Self*, Cambridge (MA), Harvard University Press.
- UPRIMNY, Rodrigo (2001), "Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas", en *El debate a la Constitución*, Bogotá, ILSA-UNC.
- URIBE, María Teresa (2001), "Las promesas incumplidas de la democracia participativa" en *El debate de la Constitución*, Bogotá, D.C., ILSA-UNC.
- VALENCIA VILLA, Hernando (1997), *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Santafé de Bogotá, Cerec.

- VALLESPÍN, F. (1997), "Reconciliación a través del derecho", en J. A. Gimbernat (ed.), *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Madrid; Biblioteca Nueva.
- VILLA, William (2001), "El estado multicultural y el nuevo modelo de subordinación" en *El debate a la Constitución*, Bogotá, ILSA-UNC.
- WALZER, Michael (1983), *Spheres of Justice*, New York, Basic Books.
- WELLMER, Albrecht (1996), "Condiciones de una cultura democrática", en *Finales de partida: la modernidad irreconciliable*, Madrid, Cátedra.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1995), *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta.

# La justicia, el derecho y el conflicto social en Colombia

JORGE CARVAJAL\*



La justicia y el derecho han sido ajenos a las aspiraciones y necesidades de la mayoría, convirtiéndose en una de las razones del conflicto social en el país. Esta es la tesis que se desarrollará en el presente artículo.

Desde una perspectiva histórica se mostrarán las visiones de justicia hegemónicas que se han plasmado en los marcos constitucionales desde mediados del siglo XIX hasta la Constitución de 1991. En este recorrido se señalarán además las demandas presentadas por algunos movimientos sociales y las respuestas que se dieron a estas peticiones desde los marcos legales.

En la última parte del artículo se hace énfasis en la nueva Constitución y las contrarreformas legales ocurridas en la última década del siglo XX que, unidas a la implementación de un nuevo modelo económico, han exacerbado el conflicto social en Colombia.



Justice and the law have been indifferent to the aspirations and needs of the majority of the people in Colombia, and have become one of the reasons for the social conflict in the country. This is the thesis developed in this article.

The hegemonic visions of justice which have been laid out in constitutional frameworks since the mid 19<sup>th</sup> century up to the 1991 Constitution are revealed from a historical perspective. Also included in this survey are the claims presented by some social movements over time and the answers given to these petitions by the legal frameworks.

The final section of the article places emphasis on the new constitution and on the legal counter-reforms that have taken place in the last decade of the 20<sup>th</sup> century which, together with the implementation of a new economic model, have exacerbated the social conflict in Colombia.

---

\* Abogado y licenciado en historia. Investigador, equipo ILSA.  
Correo electrónico: [justicialsa@epm.net.co](mailto:justicialsa@epm.net.co)

## Introducción

La justicia en Colombia se encuentra en deuda con las aspiraciones y las necesidades de la sociedad. Durante gran parte de la historia del país, la justicia y el derecho han estado alejados del respeto a la vida humana y de la realización de las demandas colectivas, siendo este hecho una de las razones del actual conflicto social. Las normas constitucionales y legales se han caracterizado por fortalecer relaciones de exclusión, explotación y discriminación, aunque su transformación se ha realizado so pretexto de construir nación, orden, progreso y paz. Esta característica ha sido un denominador común en toda la historia de las reformas constitucionales realizadas en el país, que buscaron ser la solución del conflicto social.

Hoy, después de cerca de doscientos años de historia constitucional, la aspiración de tener una sociedad justa sigue viva. Las relaciones de exclusión, explotación y discriminación se han perpetuado y la Constitución, que busca ser la guía política, social y económica, no ha logrado esta aspiración, que ha de ser mediatizada por la creación de normas justas que permitan la convivencia y superación del conflicto social.

El presente ensayo busca mostrar cómo, a través de la historia los marcos constitucionales y legales han estado al servicio de sectores dominantes, contrarios a las aspiraciones de la sociedad, situación por la cual el conflicto social del país se ha perpetuado. El ensayo está dividido en dos partes: la primera busca hacer un recuento histórico desde 1850 a 1991, en ésta se mostrarán los conflictos sociales, los intereses y las lógicas que se dieron en torno al espacio constitucional y político, y la implementación de derechos individuales, sociales y económicos. En la segunda parte se analizan los cambios que se implementaron en la Constitución de 1991 y sus efectos frente a las aspiraciones de la sociedad.

La historia constitucional del país muestra que no ha sido prolífica en el reconocimiento de derechos; las garantías individuales consagradas en la Carta fueron negadas durante gran parte de su vigencia; en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, el país atestiguó a lo largo del siglo veinte una proliferación de movimientos sociales que buscaron su reconocimiento, con el fin de lograr condiciones de vida justa. Con la Constitución de 1991 se incluyó una amplia gama de derechos, que marcaron un nuevo punto de partida en la vida jurídica del país y canalizaron el sentido de la presión social, hacia la exigencia de su cumplimiento; este hecho ha sido rechazado por parte de sectores conservadores del país quienes proponen limitar el catálogo de derechos.

## **Justicia en contravía: la restricción de los derechos y derechos imposibles (1850-1991)**

### **LA TRAMPA DE LAS LIBERTADES: las libertades básicas (1850-1886)**

Después de la Independencia de Colombia en 1819, la estructura social, económica y jurídica heredada de España continuó –esto es conocido como la herencia colonial–, pero a mediados del siglo XIX la herencia colonial parecía llegar a su fin. La élite del país pretendió romper con esta tradición imitando el modelo económico, político y jurídico de Inglaterra y Francia.

En materia jurídica, fueron dos los elementos hegemónicos: primero, en el ámbito constitucional se copió el pensamiento contractual de pensadores europeos (Lokce, Mostequeieu y Ruosseau). Segundo, Francia se convirtió en nuestro paradigma con la implementación del código civil, el cual tuvo como fundamento la apropiación privada de la tierra. El código civil y las normas legales sobre la adjudicación de baldíos colocaron al derecho en un instrumento al servicio de quienes lo conocían y podían reclamar las normas.

La Constitución de 1821 en el artículo 15 numeral 4, señalaba que para ser sufragante se necesitaba ser dueño de alguna propiedad raíz, la misma condición se exigía para ser elegido. La Constitución de la República de Colombia de 1830 fue más excluyente, el artículo 14 señalaba que para ser ciudadano se debía poseer finca raíz; para ser senador el artículo 50 exigía que la propiedad costara 8.000 pesos, y el artículo 62 puso como condición que para ser representante el valor de la propiedad debería ser de 4.000 pesos. La Constitución de la Nueva Granada de 1832 es más laxa pues en su artículo 8 señalaba como requisito para elegir el de ser casado, mayor de 25 años y saber leer y escribir. Sin embargo, ratificó la condición de ser propietario para poder ser elegido. La Constitución de 1843 de la Nueva Granada se sostuvo en los mismos principios.

En estas condiciones, Colombia se convirtió en un país de propietarios y letrados que excluyó a mestizos, indígenas y pobres, las instituciones carecieron de base social, y hombres y mujeres fueron marginados de la toma de decisión.

La agenda liberal irrumpe en 1853 con la Constitución de la Nueva Granada, la cual elimina la ciudadanía sobre la base de la propiedad o de las letras (artículo 2), proclamaba la inviolabilidad de la propiedad privada (artículo 5) y el fin de la esclavitud (artículo 6). En la Constitución de la Confederación Granadina de 1858 se desarrollan las libertades individuales; el artículo 56 señala la libertad de expresión, movilización, protección a la propiedad privada, libertad de trabajo, libertad de credo y libertad de

asociación. Pero es con la Constitución de 1863 donde se radicaliza el ideario liberal de carácter federativo.

Hasta la Constitución de los Estados Unidos de Colombia en 1863 se invocó a Dios como protector y legislador del universo. Esta Constitución se promulgó en nombre y por autorización del pueblo, en ella se estableció el más amplio catálogo de derechos individuales por encima de las constituciones anteriores; el artículo 15 señaló los siguientes derechos individuales: 1) la inviolabilidad de la vida humana quedando prohibida la pena de muerte; 2) no ser condenados a pena corporal por más de diez años; 3) la libertad individual, que no tiene más límites que la libertad de otro individuo; 4) La seguridad personal, de manera que no sea atacada impunemente por otro individuo o por la autoridad pública, ni ser presos o detenidos sino por motivo criminal o por pena correccional, ni juzgados por comisiones o tribunales extraordinarios, ni penados sin ser oídos y vencidos en juicio, todo esto en virtud de leyes preexistentes; 5) la propiedad; 6) la libertad absoluta de imprenta y de circulación de los impresos nacionales y extranjeros; 7) la libertad de expresar sus pensamientos de palabra o por escrito sin limitación alguna; 8) La libertad de viajar en el territorio de los Estados Unidos, y de salir de él sin necesidad de pasaporte ni permiso de ninguna autoridad en tiempo de paz, siempre que la autoridad judicial no haya decretado el arraigo del individuo. En tiempo de guerra, el gobierno podrá exigir pasaporte a los individuos que viajen por los lugares que sean teatro de operaciones militares; 9) la libertad de ejercer toda industria y de trabajar sin usurpar la industria de otro; 10) la igualdad, y, en consecuencia, no es lícito conceder privilegios o distinciones legales que cedan en puro favor o beneficio de los agraciados, ni imponer obligaciones especiales que hagan a los individuos a ellas sujetos de peor condición que los demás; 11) la libertad de dar o recibir la instrucción que a bien tengan en los establecimientos que no sean costeados con fondos públicos; 12) el derecho de obtener pronta resolución en las peticiones que por escrito dirijan a las corporaciones, autoridades o funcionarios públicos, sobre cualquier asunto de interés general o particular; 13) la inviolabilidad del domicilio y de los escritos privados, de manera que aquél no podrá ser allanado, ni los escritos interceptados o registrados, sino por la autoridad competente, para los efectos y con las formalidades que determine la ley; 14) la libertad de asociarse sin armas; 15) la libertad de tener armas y municiones, y de comerciarlas en tiempo de paz; 16) La profesión libre, pública o privada de cualquier religión, siempre y cuando no se ejecuten hechos incompatibles con la soberanía nacional, o que tengan por objeto turbar la paz pública.

El proyecto liberal fracasó por dos razones: en primer lugar, aunque estableció las libertades básicas, la justicia no se realizó, esto tiene que ver no sólo con el respeto de las garantías básicas sino con la realización de las aspiraciones arraigadas de una sociedad. El proyecto liberal estableció en el ordenamiento constitucional una igualdad formal, que dejó insatisfe-

chos a los campesinos desposeídos del país que para mediados del siglo XIX buscaban la titulación de tierras. En segundo lugar, las elites conservadoras apoyadas por la iglesia ejercieron un ataque frontal contra este modelo que llevó al país a una confrontación armada que se reflejó en ocho guerras civiles durante la segunda mitad del siglo XIX.

La Constitución de la República de Colombia de 1886 liquidó el Estado liberal federativo consagrado en 1863. El retroceso en torno a las libertades civiles y políticas fue notable, se restablece la unión Iglesia-Estado convirtiéndose el país en un Estado confesional. Se crean mecanismos de represión como el estado de sitio. Todo esto en nombre de la paz, el orden y la unidad nacional.

### **LA TRAMPA DEL ORDEN Y LA PAZ: contrarreforma constitucional (1886)**

La Constitución de 1886 –que dirigió el rumbo del país durante 105 años– buscó consolidar el Estado conservador, aristocrático y clerical. Ésta partió del principio fundamental de limitar el poder y las funciones del Estado, en un periodo de una enorme crisis institucional que se reflejaba en continuas guerras civiles, donde la oligarquía se disputaba el poder político y económico del país. En este escenario de guerra, la Constitución de 1886 se proclamó como un pacto de paz y de justicia para superar dicha situación, tal como se refleja en el decreto que dio origen a la carta: “Y con el fin de afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz, hemos venido en decretar, como decretamos, la siguiente Constitución Política de Colombia”<sup>1</sup>.

Colombia se constituyó como un Estado de derecho, en el que los poderes públicos quedaron sometidos al imperio de la ley. Se garantizó a ciertos ciudadanos su libertad, su propiedad y el reconocimiento de algunos derechos individuales. El título III de la Constitución de 1886 tendría el nombre “De los derechos civiles y garantías sociales”. En este título se contempló, entre otros, la protección a la vida, a la honra y los bienes (artículo 19), el principio de responsabilidad (artículo 20), el principio de legalidad (artículo 26), la protección de la propiedad privada (artículo 23), la religión católica, apostólica, romana, como culto oficial del país (artículo 38), el derecho de petición (artículo 45), el derecho de reunión (artículo 46). En materia social, la promulgación de la Constitución de 1886 señaló únicamente el derecho a la educación. En este articulado no quedaron establecidos mecanismos para la protección de los derechos civiles. El título III fue incorporado al Código Civil con el objetivo de darle un valor jurídico, “Artículo 52. Las disposiciones del presente título se incorporarán en el Código Civil como título preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformativo de la

---

<sup>1</sup> Constitución Política de Colombia de 1886.

Constitución”. De esta manera la eficacia jurídica de la constitución se desplazó hacia el ordenamiento civil.

En 1910, mediante reforma constitucional, se presentaron tres cambios fundamentales: primero, se estableció la supremacía de la constitución frente a la ley, se señaló que en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley debían aplicarse de preferencia las disposiciones constitucionales, con lo que se implementó la excepción de inconstitucionalidad. Segundo, se dio a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la constitución. Por último, se estableció la acción pública de inexequibilidad, que consistía en la facultad de cualquier ciudadano para objetar, en relación con la constitución, leyes o decretos ante la Corte Suprema de Justicia.

### **LA TRAMPA DEL DERECHO: los derechos imposibles (1850-1930)**

“La regulación jurídica no sólo es formalidad, generalidad y abstracción. Cada una de sus normas tiene un contenido y un sentido, determinables con mayor o menor dificultad según el caso, que son una propuesta de deber ser y, en esa medida, también una propuesta de orden valorativo” (Blanco, 1995: 142). Entre 1850 y 1930 el ordenamiento jurídico se orientó a garantizar los intereses de los terratenientes en detrimento de la población campesina desposeída. La propuesta de la Constitución de 1886 y del ordenamiento jurídico fue la de crear una sociedad estamental, definida por cuestiones de prestigio, propiedad y conocimiento.

El Código Civil (1887) y la normatividad de los baldíos, señaló las reglas de derecho privado, una legalidad que privilegió la propiedad privada y la movilidad de la tierra. Las normas que se crearon fueron hechas sobre los principios del conocimiento y la propiedad, en un país de propietarios y letrados que excluyó a los mestizos, indígenas y campesinos. Como veremos, el derecho se convirtió en un instrumento al servicio de quienes lo conocían y podían reclamarlo. Los abogados, los jueces y los funcionarios se encontraron supeditados a la normatividad expedida por el Congreso conformado por propietarios.

Gran parte del origen del actual conflicto social está en el problema agrario y en la lucha del campesino por acceder a la tierra. “Colombia hasta la segunda mitad del siglo XX se puede definir como un país rural, la población y su economía dependían fundamentalmente del campo. En este sentido la disputa por obtener y manejar la tierra representó un problema central que enfrentó a campesinos terratenientes e indígenas” (Carvajal y Palacio, 2000: 654). Este conflicto se acrecentó desde el marco legal, que en lugar de democratizar la tierra, creó los medios para su concentración.

En términos generales, la legislación que se creó con el fin de adjudicar baldíos señaló que éstos se otorgaran por: adjudicación a cultivado-

res; cesión a empresarios para el fomento de industria u obras de utilidad; para la fundación de nuevas poblaciones y a pobladores de las ya fundadas, a cambio de bonos territoriales o títulos de concesión y a título de venta por dinero. Dentro de los trámites se incluyó la necesidad de abogado y del agrimensor; dos elementos impidieron la entrega de tierras a campesinos y pobladores organizados: el primero, el costo que implicaba el contratar los servicios de estos profesionales para que el campesino pudiera acceder a la tierra. El segundo, el tiempo extremadamente prolongado –hasta 14 años– para otorgar títulos a pobladores (Carvajal y Palacio, 2000).

Este modelo legal, que no reconoció la realidad social y las necesidades del campesino, provocó que a lo largo del siglo XX se desarrollaran importantes luchas sociales para la conquista de derechos de orden social y económico. El Estado respondió a estas demandas de diferente forma: mediante reformas de orden constitucional o legal, negando estas peticiones y desarrollando mecanismos de represión para sofocar los movimientos sociales.

En la década de los años 20 apareció en la escena nacional una creciente demanda por el reconocimiento de derechos relacionados con la incipiente clase obrera del país que para la fecha representaba el 5% de la población. Este sector social se enfrentó a una explotación surgida de formas de contratación indirecta, extensas jornadas laborales, el empleo a destajo, y salario precario menguado por el pago de abultadas deudas y multas (Archila, 1987: 231).

Este escenario generó un importante conflicto social en el país: entre 1920 y 1925 se realizaron 73 huelgas. Para la segunda mitad de la década el movimiento ganó en movilización y convocatoria exigiendo la demanda de derechos de orden social y laboral como estabilidad, seguridad social, mejores condiciones de trabajo y salario digno. La respuesta del Estado fue negar el reconocimiento de las demandas sociales apoyándose en mecanismos legales de represión que llegaron a hechos como la masacre de las bananeras en 1928. El conflicto continuó y, en la década de los años 30, los obreros lograron triunfos en el ámbito legislativo: la Ley 83 dio reconocimiento a la organización sindical y la Ley 129 de 1931 reguló la jornada de laboral a ocho horas.

El problema agrario también representó un conflicto social con importantes repercusiones. Se generó gran número de movilizaciones de campesinos e indígenas que tenían como objetivo la titulación de tierras y el fin de sistemas de explotación de los terratenientes. Este movimiento también desarrolló innumerables protestas, pero sus demandas nunca se materializaron. Las leyes que se consagraron con este fin –como la Ley 200 de 1936– sucumbieron frente a los intereses de los terratenientes.

El conflicto social que se presentaba en Colombia, unido a las varias corrientes de pensamiento que en el ámbito internacional promulgaron la creación de un Estado social, como la revolución mejicana, la

Constitución de Weimar y de la República Española (Tirado, 1989), sentaron las bases para la reforma constitucional de 1936.

En 1936 se sentaron las bases para la creación de un Estado social y se adelantaron reformas en diversos campos: el constitucional, universitario, laboral, judicial, tributario, relaciones internacionales y régimen de tierras. La responsabilidad social del Estado se incrementó, al intervenir en aspectos de la economía, la propiedad y las relaciones sociales.

El eje de la transformación del Estado se centró en la reforma constitucional, los principales cambios se dieron en el título III de los derechos civiles y las garantías sociales. En este título se incorporaron los siguientes temas: función social de la propiedad, intervención del Estado en asuntos económicos, derecho a la huelga, se garantizó la educación básica por parte del Estado, se estableció la libertad religiosa, asistencia pública en salud, y se señalaron los deberes sociales del Estado y los particulares.

Estos triunfos legales se vieron posteriormente opacados por la violencia de los años 30 y 40 que se desarrolló en un cambio de hegemonía, y que enfrentó a campesinos liberales y conservadores. Esta violencia estuvo íntimamente ligada a los pleitos de los colonos por obtener los títulos de tierras, aspiración que fue negada por la complejidad normativa y que el partido liberal trató de canalizar a su favor con la propuesta de reforma agraria de 1936.

Las reformas legales del gobierno de López Pumarejo (1934-1938) dieron como resultado que importantes masas del campesinado sin tierra, obreros y sectores de la clase media e incluso el partido comunista apoyaran su proyecto reformista. Para 1946 los conservadores retomaron el control del gobierno e implementaron una contrarreforma, unida a una fuerte represión social con la aplicación del estado de sitio. Nuevamente se negaron las aspiraciones sociales.

La violencia de los años 30 y 50 se desarrolló en torno al conflicto agrario. Las aspiraciones de justicia del campesinado y de la naciente clase obrera se reconocieron de alguna manera en el marco legal y constitucional en los años 30, pero la respuesta de los sectores conservadores del país fue una contrarreforma legal que limitó al movimiento campesino y obrero. Los hacendados no recurrieron siempre a la administración de justicia para solucionar sus conflictos con los colonos, también utilizaron medios extrajudiciales –como la policía que estaba controlada por el gobierno conservador– para expulsar de manera violenta a los colonos; así, el conflicto social se incrementó.

## **El orden y la paz**

En 1953 los partidos liberal y conservador, con el fin de alcanzar la paz, el orden y la unidad nacional, aprobaron la toma del gobierno por parte de las Fuerzas Armadas (1953-1957), la cual fue encabezada por Rojas Pinilla.

En 1957 se crea el Frente Nacional, pacto en el cual los partidos liberal y conservador se alternan la presidencia por un periodo de 16 años y se establece la fórmula de paridad política que otorgaba igual representación a liberales y conservadores en las corporaciones públicas, en la rama jurisdiccional y en los cargos del ejecutivo, no correspondientes a la carrera administrativa.

En el periodo comprendido entre 1953 y 1974 se presentaron reformas de carácter intervencionista, sobre todo en materia fiscal, que fueron propuestas por la misión Currie, que alcanzó su máximo nivel en 1968, año en el que se realizó una reforma constitucional con el fin de racionalizar las funciones del Estado, y se establecieron mecanismos de planeación del gasto público. En materia social se creó el situado fiscal, con el fin de determinar la responsabilidad de la nación y de los entes territoriales en materia de servicios públicos, enseñanza primaria y gastos en salud pública. Además de esta reforma se crearon diversas instituciones con el fin de incrementar la eficiencia en la política social del Estado.

El accionar político de los sectores dominantes cubrió todas las esferas del Estado, utilizando los marcos judiciales para sus intereses. La práctica del juez se limitó a la aplicación de la ley ordinaria con una visión positivista del derecho, que hizo de su quehacer un espacio “técnico y neutral”. La administración de justicia y los jueces fueron funcionales y absorbidos por los intereses hegemónicos. En este periodo, el aparato judicial asumió un papel subordinado ante los poderes legislativo y ejecutivo. Todos los movimientos sociales buscaron el reconocimiento de derechos y exigieron al Estado su incorporación en los marcos legales, logrando pocas veces sus objetivos.

El plebiscito que creó al Frente Nacional se encargó también de establecer el sistema de cooptación en el aparato judicial. Esta independencia que buscaba impedir el clientelismo político, dio origen a un clientelismo dentro de la rama al ser los mismos magistrados quienes escogían a sus sucesores y a los magistrados de los tribunales, y estos últimos a su vez designaban a los jueces. Este sistema cerró las puertas al ingreso de juristas con un tipo de interpretación jurídica diferente a la dominante (Uprimny, 1997: 80).

Durante el periodo comprendido entre 1948 y 1991 se estableció el Estado de sitio en virtud del cual se suspendieron muchas garantías individuales y se dieron amplias facultades represivas a las Fuerzas Armadas, sin necesidad de desmontar la rama judicial, así Colombia se ha sostenido como una de las democracias más antiguas de la región.

Al llegar a 1991, el total de artículos que reconocían derechos civiles y sociales era de 36 (del artículo 16 al artículo 51). Los derechos sociales fueron en gran parte el resultado de las reivindicaciones de grupos vulnerables (campesinos y trabajadores) que se plasmaron en transformaciones legales a menudo apoyadas por las elites reformistas colombianas.

El reconocimiento de derechos sociales en un marco legal no terminó con los conflictos sociales representados en una profunda desigualdad económica y social, así como en una profunda exclusión política de sectores populares. La construcción del Estado social desarrolló una lógica al mismo tiempo formal inclusiva y real excluyente (Pisarrelo, 2001): por un lado creó una estructura legal que otorgó titularidades a grupos sociales entre ellos los trabajadores, los campesinos y grupos populares pero, por otro, en la mayoría de los casos estos derechos fueron atenuados con excesivos marcos legales que los hicieron inoperantes. Con el tiempo esta lógica fue disminuyendo el efecto simbólico que representaba el Estado social, con lo cual se generó el ambiente propicio para la propuesta de nueva constitución a finales de la década de los 80.

## **Reforma constitucional 1991 y contrarreforma legal: paz y justicia social**

La Constitución de 1991 se reafirmó en las libertades y garantías del individuo superando en muchos aspectos a la constitución de 1886. En la nueva carta política se incrementaron los derechos en el campo social y económico. Con este nuevo ordenamiento legal se transformó la cuestión política, económica y social del país. En lo político, un nuevo pacto de paz; en lo social, la esperanza de avanzar en la creación de un Estado social, y en lo económico, las bases para la apertura de los mercados y la liberalización de la economía. En últimas, se buscaría la refundación del Estado colombiano, en un momento de transformación global.

Una amplia gama de derechos sociales, económicos y culturales quedaron establecidos en la nueva Constitución. Adicionalmente se crearon mecanismos para la exigibilidad de los derechos y se abrió paso a una mayor interpretación de la Constitución por parte de los operadores jurídicos. Esto generó la idea en el país de que se iniciaría un avance profundo en la implementación de estos derechos, expectativa sembrada desde el momento en que la Corte Constitucional, nueva guardiana de la Constitución, diera conceptos acerca de las pautas que debería seguir el Estado para garantizar la parte dogmática de la carta.

Para la realización efectiva de lo social, es decir, para el logro y la consolidación de las condiciones materiales mínimas para una vida digna del hombre, la Carta Política de 1991 consagra la responsabilidad social del Estado. Para ello se consagraron e incorporaron los derechos sociales fundamentales conjugados con un diseño de la estructura del poder político para garantizarlos. En la sentencia T 406 de 1992, la Corte Constitucional expuso: la Carta Política contiene un “catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”. La Carta estableció una activa intervención del Estado en la vida económica y social, que busca corregir los desequilibrios y

las desigualdades que la propia Constitución reconoce, y concretar el “fin ontológicamente cualificado” que es la acepción de Estado social de derecho como rasgo de nuestra forma de organización política.

Sin embargo, aunque la Constitución de 1991 reconoció importantes derechos, también impidió su concreción a partir de las políticas económicas neoliberales acogidas, que van en contravía de los derechos sociales. Tal fenómeno se ha expresado en estos términos: “La definición de Colombia como un Estado Social de Derecho llega en momentos en que la economía de mercado estaba en la cúspide de las preocupaciones de la dirigencia política dominante” (Romero, 1998: 11).

El manejo del Estado en la economía y en la política social está directamente vinculado con los condicionamientos de los organismos financieros de carácter multilateral: Banco Mundial (BM) y Fondo Monetario Internacional (FMI). Acogiendo efectivamente los mandatos de los organismos multilaterales, y dejando de lado los preceptos constitucionales sobre redistribución y equidad social, el desarrollo económico se ha basado en la apertura de los mercados –rompiendo protecciones a la industria nacional– y en la privatización del sector público, y ha concentrado sus acciones en el crecimiento de los capitales domésticos.

La aplicación de políticas neoliberales consistentes en reducir, reorientar y redefinir el gasto público, y la flexibilización de normas laborales, ha ido en detrimento de las clases discriminadas e impide la concreción de los derechos económicos y sociales de la Carta de 1991. El Estado colombiano interpreta que los derechos económicos y sociales que se incorporaron en la constitución estarán condicionados al crecimiento económico del país, el cual queda en manos del mercado.

La defensa de las políticas de corte neoliberal y su aplicación a ultranza, sin tomar en cuenta los indicadores sobre impactos negativos en la población menos favorecida, denotan que nuestra clase política se cierra al postulado de la primacía de la lógica económica sobre la lógica política y social. Este postulado implica la defensa de los intereses del capital por encima del interés general, que se basa en que la lógica económica corresponde a criterios de racionalidad y modernización, que un proyecto social sería un anacronismo que distorsiona e introduce ineficiencias a la racionalidad económica, y que afirmarse en ellas conduce a un estancamiento.

En puntos neurálgicos para las clases desprotegidas, como la salud y el trabajo, el resultado ha sido el siguiente:

La salud, ahora basada en la eficiencia, la racionalidad y la ganancia, gracias a la introducción de la Ley 100 de 1993 de Seguridad Social, ha tenido como resultado unas medidas regresivas que implican que los sectores pobres se limitan a recibir atención básica, teniendo escasa posibilidad de acceder a la medicina de alta complejidad, disponible sólo para los estratos superiores (Pardo, 2002).

En el sector laboral, la flexibilización que buscaba generar más empleo, además de fracasar por completo en tal objetivo, ha producido una alta rotación de mano de obra producida por la inestabilidad en el empleo, constituyendo masas de “trabajadores en tránsito”, que son personas que trabajan por periodos y pasan otros sin empleo; ha menguado por completo el principio de derecho laboral que otorga medidas protectoras a los trabajadores en su condición de parte desfavorecida en la relación laboral, y ha tratado de asimilar la naturaleza del contrato de trabajo a la de un contrato civil en que las dos partes se encuentran en igualdad de condiciones.

Así, lejos de volver al principio de legalidad un papel central, de acuerdo a las exigencias del estado de derecho, las políticas indiscriminadas de privatización y reducción de servicios públicos, la minimización de un garantismo laboral arduamente construido a lo largo del siglo y la consiguiente desarticulación del alcance universal de las prestaciones sociales ahondan las intervenciones selectivas y clientelares. Las políticas sociales de ciudadanía articuladas durante el estado social tradicional son progresivamente reemplazadas por políticas asistenciales precarias y focalizadas, ligadas a grupos excluidos del mercado laboral formal que, al mismo tiempo, resultan estigmatizados como grupos “no normales”, culpables de su propia exclusión (Pisarrello, 2001: 89).

Como resultado de estas expectativas, en lo económico y en lo social se han ido gestando dos lógicas de justicia: la primera, una justicia que se encarga de justificar los intereses económicos privados, cuyos beneficiarios son los grandes capitales nacionales e internacionales, que se desarrolla en el aparte “Mercado y justicia”. La segunda, una justicia que se preocupa por la cuestión social demandada por trabajadores, campesinos, mujeres y en general los nuevos movimientos sociales, desarrollado en el aparte “La justicia anhelada”.

## **Mercado y justicia**

Al condicionar la realización de los derechos sociales al desarrollo económico, el Estado está incorporando la materialización de la justicia a la lógica del mercado y a los intereses de los sectores hegemónicos a nivel económico, social y político del país. El entendimiento de la justicia para estos sectores está vinculado con el papel del derecho en el desarrollo económico. Se incorporan al debate temas como la libertad de empresa, los derechos de propiedad, el cumplimiento de los contratos y los límites de la intervención del Estado en la vida económica; se busca “... mejorar aquellos procesos y jurisdicciones con impacto directo sobre la seguridad jurídico-económica, es decir, a la disminución de los costos de transacción y a la creación de un adecuado sistema de incentivos” (Jarquin y Carrillo, 1997: 6).

El trinomio “derecho, desarrollo y democracia”, se convirtió en punto de partida para las reformas desarrolladas en la administración de justicia. Aspectos como la resolución de conflictos, la creación de procedimientos

ágiles, la implementación de tecnología en los despachos judiciales y la mayor independencia de la rama judicial fueron propuestos en Colombia para dar eficiencia y seguridad jurídica a la administración de justicia.

En la mayoría de debates la justicia ha sido entendida como el derecho a la decisión judicial eficiente y confiable. Así, la posibilidad de hacer una buena justicia ha estado mediada por la administración de justicia, esta es la razón por la cual gran parte de las discusiones giran entorno a construir una “buena” administración de justicia. Bajo esta lógica, los derechos económicos y sociales de la población no serán abordados, lo importante para el sistema es garantizar la propiedad privada, la libertad de empresa y la seguridad jurídica para el capital nacional e internacional.

Esta posición es compartida por los organismos internacionales de financiación, por gran parte de los organismos de cooperación y por importantes sectores del Estado. Fernando Carrillo, asesor del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en la reforma del Estado afirma que

La consolidación de la gobernabilidad democrática y el funcionamiento de las fuerzas del mercado requieren de un sistema judicial independiente, confiable, fuerte, eficiente, equitativo y moderno que no sólo asegure un ambiente de inversión y crecimiento, sino también sea una garantía de legitimidad a la hora de asegurar el acceso a la justicia y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos (Carrillo, 1999: 38).

El Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Agencia Interamericana para el Desarrollo (AID) afirman que las demandas de tipo económico y social no pueden ser atendidas por la administración de justicia. La justicia y el derecho, así entendidos, se reducen a un simple instrumento que privilegia a aquellos sectores que controlan la lógica del mercado.

En este contexto las distintas ofensivas neoconservadoras (neoliberales y, con diversa intensidad, social-liberales), en su afán de eliminar aquellos controles políticos al mercado que, desde sus premisas, constituyen un cepo que atenaza la eficiencia, el crecimiento económico y el ejercicio de la autonomía patrimonial, acaban por desatar un escandaloso aumento de las desigualdades sociales que reduce de manera drástica la autonomía individual y colectiva de vastos sectores de la sociedad (Pisarrello, 2001: 88).

En Colombia la jurisdicción civil trabaja para proteger los intereses del sector financiero. En los juzgados municipales de Bogotá, el 91% de su trabajo corresponde a demandas ejecutivas; en los juzgados civiles del circuito de Bogotá, el 80% de las demandas recibidas son ejecutivas, de las cuales muchas tienen que ver con título hipotecario. El trabajo diario de los jueces se concentra en resolver estas demandas, la lógica de decisión judicial para resolver conflictos entre particulares enfoca como objeto de análisis los derechos individuales ligados al patrimonio particular y a la defensa de la propiedad, este contexto resulta dúctil al interés del sistema financie-

ro. Estos lineamientos se alejan de un ideal de justicia que reclama la sociedad actual, que se ve abocada a situaciones de vulnerabilidad por parte de grupos poderosos (productivos, comerciales, financieros, etc.) y de exclusión, como consecuencia de la afectación de intereses colectivos que perjudican a todo un conglomerado social sin distinción de la calidad y cantidad de los miembros.

En su nueva adecuación funcional a este escenario, los propios órganos jurisdiccionales resignan, de forma más o menos abierta, su obligación de aplicar el contenido normativo del constitucionalismo del estado social y pasan a convertirse en instrumento de garantía de los derechos patrimoniales y de las exigencias de la nueva *lex mercatoria* pactada por poderes privados, cuya funcionalidad depende de transacciones seguras y previsibles protegidas contra los riesgos de incumplimiento unilaterales (Pisarrelo, 2001: 90).

El ejercicio judicial del derecho está directamente vinculado aun hoy a la aplicación del derecho moderno, el cual se erigió a partir de las revoluciones burguesas para reivindicar los derechos subjetivos. Pero los problemas contemporáneos de la humanidad han exigido la reivindicación de nuevos intereses a través de nuevos derechos que trascienden el ser individual. La concepción individualista del Derecho no se adapta a la emergencia de nuevos derechos cuya titularidad no está en cabeza de una sola persona.

### **La justicia anhelada**

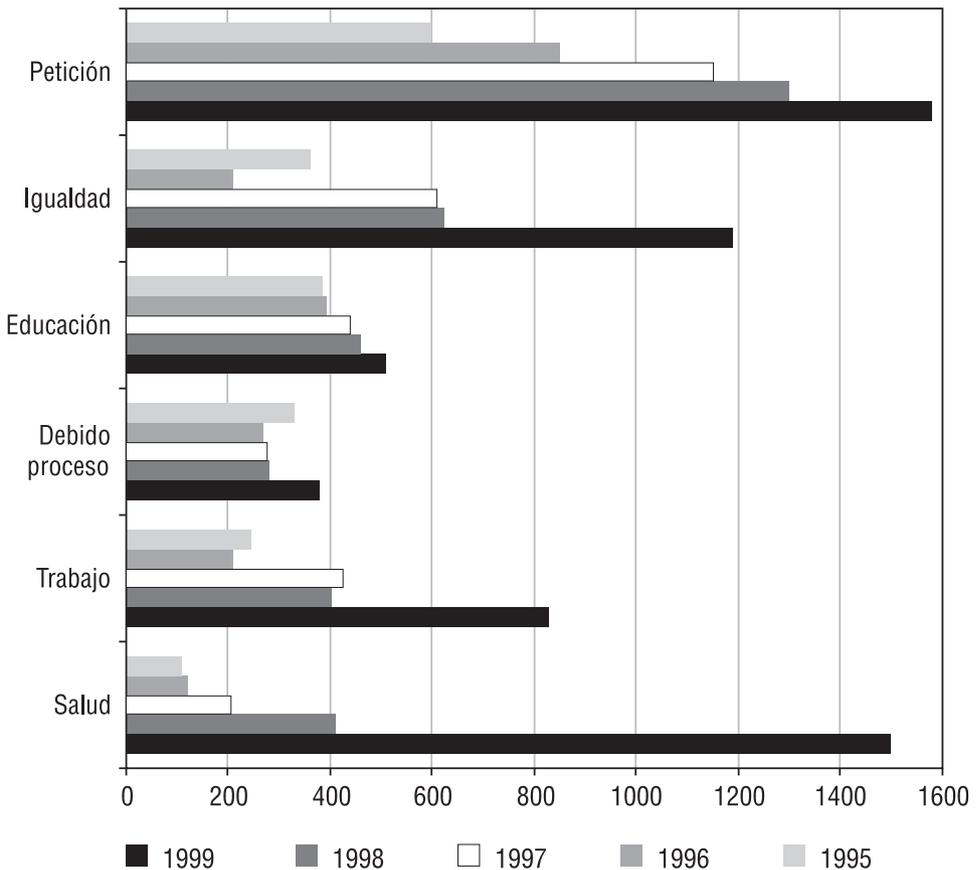
Los grupos sociales en condiciones de vulnerabilidad y/o exclusión empiezan a reclamar la realización de derechos ya no sólo individuales, sino de tipo social, económico y colectivo. La respuesta a estas demandas es de carácter político y jurídico.

En lo político, emergió el concepto de participación ciudadana como eje fundamental de la organización política de la nación. Esto permite que la sociedad intervenga en la gestión del Estado a nivel de planificación, seguimiento y evaluación. Se creó un abanico enorme de posibilidades frente al tema de la participación ciudadana, ésta se concibe como un derecho para efectos de la conformación, el ejercicio y, el control político en virtud del cual el ciudadano puede intervenir en los procesos de participación democrática, a saber: los que se ejercen mediante el voto como la elección popular (como elector o elegido), los plebiscitos, referendos, las consultas populares, el cabildo abierto, la revocatoria del mandato. Participación política, como constituir o formar parte de partidos, movimientos y agrupaciones políticas y difundir sus ideas y programas, tener iniciativa en las corporaciones públicas, acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. El control fiscal, por el cual las personas pueden vigilar la gestión pública en los diversos niveles administrativos. Estos derechos políticos no han sido efectivos, persistiendo la democracia formal.

En lo jurídico, se plantea el acceso a la administración de justicia a través de las acciones públicas como la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción popular, la acción de inconstitucionalidad, la acción de nulidad por inconstitucionalidad y la acción de grupo. Las acciones públicas tienen dos características: primero, su carácter constitucional, y segundo, el ejercicio de esas acciones no es mediado de forma exclusiva por un abogado y el procedimiento es más accesible para el ciudadano. Lo constitucional de las acciones hace que la constitución política se convierta de inmediato en el elemento hermenéutico trascendental a la hora de reclamar por el cumplimiento de un derecho social.

Los derechos sociales son demandados de manera creciente en el país. Los principales derechos vulnerados entre 1995 y el 2000 son: el derecho de petición, igualdad, educación, debido proceso, trabajo y salud.

**Derechos vulnerados. Comparativo promedio anual entre 1995-2000.**



Fuente: Consejo Superior de la Judicatura.

## El derecho y las demandas sociales

Desde la puesta en marcha de la Corte Constitucional en Colombia (1992), ésta viene respondiendo a una enorme demanda de tutelas interpuestas por la población en busca del cumplimiento de los derechos humanos. Los creadores de la tutela se imaginaron que ella protegería especialmente a los derechos individuales, ligados más que todo al derecho a la libertad, pero en la práctica el uso de la tutela es sobre todo por los derechos sociales, muy afines al derecho a la igualdad (Dueñas, 2001).

En 1993 se registra que de 20.181 tutelas, el más alto índice invoca la protección al derecho de petición, tal fenómeno se debe a que entidades estatales demoran el pago de prestaciones sociales y otorgamiento de pensiones; entre 1993 y 1994, la sentencia de tutela se convirtió en un medio casi indispensable para agilizar el trámite hacia la obtención de la pensión, de esta manera, la tutela entra a romper con la costumbre generalizada en el país de confundir poder con abuso (Dueñas, 2001).

El cambio de operatividad del sistema de salud, introducido por la ley 100 de 1993, afectó a los usuarios que, requiriendo medicamentos o la atención de especialistas no incluidos en las listas básicas de suministros, acudieron masivamente a la tutela. A partir de 1996 comienza a definirse un jurisprudencia garantista en la materia, configurando lo que se ha llamado una “judicialización de la medicina”.

A partir de 1999 se observa una avalancha de tutelas. De enero de 1999 a enero de 2000 llegaron a la Corte 211.693 expedientes, de los cuales 131.764 corresponden al año 2000, es decir, que en los dos últimos años se presentaron más tutelas que en los siete años anteriores.

Gran parte del trabajo del tribunal constitucional se limitó al reconocimiento y protección de los derechos humanos fundamentales por vía de tutela. Con relación a los derechos sociales la Corte mantuvo durante los primeros años la posición de que estos derechos tienen un carácter progresivo. Su exigibilidad en los estrados judiciales no estaba contemplada. El tribunal constitucional afirmó que los derechos sociales eran exigibles por vía de tutela si existía la conexidad con la vulneración de un derecho humano fundamental.

Los derechos económicos sociales y culturales (DESC) fueron denominados por el tribunal constitucional como derechos de carácter prestacional. La Corte señaló que es al Estado a quien corresponde asegurar un mínimo de condiciones sociales materiales a todas las personas. Afirmó que Colombia es un Estado social de derecho que tiene en su constitución los derechos de segunda generación, “sí como un derecho humano pero no como un derecho fundamental”. Interpretación contraria al Protocolo de San Salvador que afirma que los derechos humanos son una unidad interdependiente, universal e integral, lo que hace inadmisibles el desconocimiento de ciertos derechos para salvaguardar otros.

La Corte ha afirmado que el Estado debe garantizar de manera progresiva el cumplimiento de los derechos sociales, y delegó al legislador la tarea de implementar normas que materialicen la realización de los DESC. Según el tribunal, el alcance del artículo primero de la Constitución que define al Estado colombiano como un Estado social de derecho, es el de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad (SU 111/97). Para el tribunal constitucional, es la ley la que se tiene que encargar de organizar los servicios públicos, señalar las prestaciones a cargo del Estado, determinar las partidas presupuestales, y diseñar las prioridades y recursos para los DESC.

La Corte también afirma que los DESC se deben cumplir de acuerdo con el proceso económico y las políticas públicas, se debe luchar en el foro político, y limita al juez a fallar algo relacionado con estos derechos si no existe una ley que lo reglamente. El tribunal constitucional entiende que para su implementación los DESC requieren la creación de estructuras destinadas para atenderlos y la destinación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas accedan a sus beneficios.

Los jueces están limitados frente al cumplimiento de los DESC. Únicamente existiría la posibilidad a través de la acción de cumplimiento. Las acciones de cumplimiento aparecen como la vía para obligar al Estado a cumplir con las disposiciones legales. La Ley 393 de 1997 reguló las acciones de cumplimiento, sin embargo, negó la posibilidad de exigir mediante una acción de cumplimiento la ordenación de un gasto; así, muchas de las reivindicaciones de los DESC que impliquen un gasto quedan por fuera. Otro aspecto relevante es que la Ley 393 de 1997 limitó la acción de cumplimiento a los aspectos regulados por la ley y excluyó los mandatos constitucionales.

A pesar de la posición que sostiene la Corte, se ha reconocido que existen grupos sociales que obligan a un análisis diferente: es el caso de los niños. El artículo 44 de la Constitución señala que los derechos de los niños se deben considerar como derechos fundamentales, de esta manera, derechos como la seguridad social, la educación y el bienestar implicarían un análisis diferente. Esta condición especial surge por la debilidad manifiesta (SU 225/1998). Avances similares se dieron respecto a grupos indígenas, tercera edad y desplazados.

La constitucionalización de los derechos sociales es concebida, sin embargo, en un sentido débil, en la medida en que éstos se consideran mandatos políticos o, si acaso, normas sólo de efecto indirecto, mediato. Cumplen una función básicamente de cobertura, de habilitación, que permite al legislador incursiones en esferas que el constitucionalismo liberal vedaba radicalmente. Pero no adquieren, en ningún caso, el *status* de verdaderos derechos subjetivos: Casi nunca resultan justiciables y su concreción aparece supeditada a la interposición legislativa y administrativa.

Así, la construcción del estado social continúa y profundiza la tradición del positivismo legalista afincada en la idea de un legislador virtuoso, con facultades prácticamente incontroladas, encargado de gobernar, en su calidad de “señor” del derecho las condiciones de oportunidad para el desarrollo del contenido normativo de los derechos sociales constitucionales. (Pisarrelo, 2001: 84)

## **Justicia en contravía: la restricción de los derechos y derechos imposibles**

Sabemos que gran parte de la justicia demandada hoy, tiene su centro en los derechos económicos, sociales y culturales que la Constitución de 1991 recogió, dando el reconocimiento a importantes titularidades como el derecho a la vivienda, el salario digno, la educación, la salud y el trabajo, entre otros. La demanda de estos derechos es creciente y satisfacerla es fundamental para la superación del conflicto social generado por la desigualdad y la pobreza de la mayoría del pueblo colombiano.

El conflicto social que se presenta en el país es muy complejo, existen altos índices de pobreza, desempleo y pérdida de la capacidad adquisitiva del salario. El gobierno colombiano cumple a cabalidad con las metas de reservas internacionales, inflación y déficit fiscal que le impone el FMI, pero a costa de un gran sacrificio social. El fracaso de las políticas en materia económica en cuanto a los indicadores sociales se refleja en el enorme crecimiento de la pobreza en los último cuatro años.

Para varios autores, el modelo neoliberal y de globalización económica impulsado desde las corporaciones multinacionales está en crisis, en particular la idea aquella de los economistas neoclásicos de que el crecimiento de la producción es un prerrequisito para la redistribución de los ingresos. Según el informe del Banco Mundial del año 2000, mientras que a comienzos de la década del 90 el 10% más rico de los colombianos tenía acceso a un 39% del ingreso, para el año 2000 concentraba el 47% del ingreso.

Los análisis de la situación del país señalan un retroceso estructural en materia social: aumento del índice de desempleo –en cinco años (1995-2000) se pasó del 8.7% al 19.7%– esto tiene como efecto un retroceso en la seguridad social. El derecho sindical atraviesa por uno de los peores momentos de su historia, la tasa de sindicalismo ha pasado de 8% de la población económicamente activa en 1998 al 5.5% en el 2000, a esto se tiene que sumar la violencia que desde la extrema derecha se ejerce contra los sindicalistas –en Colombia mueren el 80% de los sindicalistas que son asesinados en el mundo–, por último, en los últimos cinco años se ha presentado una pérdida del 20% en la capacidad adquisitiva de los trabajadores. La gran mayoría de los derechos que se están vulnerando van en contra de una vida digna, que es la finalidad del Estado social de derecho.

La solución de esta situación no está en manos del legislativo ni del ejecutivo. El poder legislativo ha sido muy cuestionado en sus prácticas clientelistas y corruptas y, por su imposibilidad de autorreformarse, no se ha comprometido con la creación de leyes que en desarrollo de la Constitución rompan con los privilegios de sectores influyentes y construyan caminos hacia una sociedad más equitativa. El ejecutivo tampoco es garantía de superación del conflicto ya que éste se encuentra sometido a las políticas monetarias internacionales orientadas por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

La Constitución de 1991 planteó las líneas para la recomposición y transformación del Estado colombiano a un Estado social y democrático de derecho. Para hacer realidad este nuevo sentido del Estado es necesaria una estrategia de los movimientos y grupos sociales frente a la exigibilidad de los derechos que conjugue elementos de solidaridad, deliberación y acción. Los derechos sociales deben comprenderse no como concesiones paternalistas del Estado programado por la burocracia estatal. Los derechos sociales han sido conquistas de grupos sociales y sus mecanismos de exigibilidad pasan por medios jurídicos, políticos y por espacios locales, nacionales e internacionales (Pisarrello, 2001).

Nos interesa preguntarnos cuál ha sido la estrategia desarrollada en Colombia desde lo jurídico, y si ésta responde a la justicia anhelada. Para obtener una respuesta se analizarán como continuidad de este trabajo cuatro fallos emitidos por la Corte Constitucional en 1999, que han generado profundas controversias y que tienen relación con los derechos sociales y económicos. Los temas en los que falló la corte fueron: el derecho a la vivienda y el sistema UPAC; el derecho al salario digno y la indexación de los salarios de los servidores públicos; la extensión del dos por mil a las operaciones entre bancos, y la inconstitucionalidad del plan de desarrollo. Esto representó una ruptura frente a la actuación tradicional de la Corte. Su pronunciamiento en torno a temas tan álgidos llevó al poder judicial a tener mayor independencia y protagonismo en el campo político, generando contradicciones con las otras ramas del poder público.

Parte del trabajo que aún nos queda es dotar a la Constitución y al derecho de contenidos sociales, y fortalecer permanentemente las titularidades que posibiliten la superación de las desigualdades sociales y económicas para llegar a una sociedad justa. La Constitución y el orden legal en Colombia han sido utilizados como instrumento para los intereses de los sectores dominantes de la sociedad; sin embargo, éste también puede ser instrumento de emancipación colectiva, el orden y la paz no se logran a través de modelos de represión, sino por medio de la realización efectiva de los derechos.

Por su carácter instrumental, el derecho puede por igual satisfacer que frustrar los requerimientos de justicia y de otro tipo que el hombre tiene; el punto de inflexión se encuentra, precisamente, en el ordenamiento que

logra convertirse en orden, porque para que ello suceda es indispensable una cierta legitimidad, que no puede lograrse sino está mínimamente reflejada en el ordenamiento la concepción de justicia que la colectividad tiene (Blanco, 1995).

En Colombia no se ha logrado desarrollar la concepción de justicia que la colectividad tiene.

La justicia social que reclaman hoy importantes sectores de la población es cuestionada por sectores de derecha que piden una reforma constitucional con el fin de restringir los derechos individuales y sociales; en este llamado aparecen nuevamente el orden, la seguridad de la nación y la paz como argumentos para realizar la contrarreforma constitucional.

En términos generales, a lo largo de la historia del país el llamado al orden y a la unidad nacional ha servido de pretexto para generar procesos de reforma legal y constitucional, unos de carácter progresista, la mayoría de carácter represivo y que han limitado los derechos.

## Bibliografía

- ARANGO, Gilberto (2001), "La vivienda en Colombia en el cambio de siglo", en *Trayectorias urbanas en la modernización del Estado en Colombia*, Bogotá, Tercer Mundo.
- ARCHILA, Mauricio (1987), "La clase obrera en Colombia 1886-1930", en *La nueva historia de Colombia*, Vol. III, Bogotá, Editorial Planeta.
- BLANCO, Victor (1995), "Los límites de la justicia", en *Isonomía, revista de teoría y filosofía del derecho*, México, D.F., Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- CARVAJAL, Jorge y Germán PALACIO (2000), "Liberalizando la tierra y territorio en la Amazonia: un análisis de historia socio-jurídica", en *La naturaleza en disputa*, Bogotá, Colciencias.
- CARRILLO, Fernando (1999), "Los retos de la reforma judicial en América Latina", en *Reforma judicial en América Latina. Una tarea inconclusa*, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia.
- CEPEDA, Manuel (1992), *Los derechos en la constitución colombiana*, Bogotá, Temis. Constitución Política de Colombia 1886.
- Constitución Política de Colombia 1991.
- DARENDORF, Ralf (1990), *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*, Madrid, Biblioteca Mondadori.
- DUEÑAS, Óscar (2001), *Acción y procedimiento en la tutela*, Bogotá, Ediciones Librería del profesional.
- JARAMILLO, Samuel (1990), "Tres momentos en la estructura de producción y en la política de vivienda en Colombia (1972-1990)", Documento presentado en el seminario Políticas habitacionales y reajuste de las economías en los años 80, Guatemala.
- JARQUÍN, Edmundo y Fernando CARRILLO (1997), *La economía política de la reforma judicial*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo.

- SILVA, Germán (2001), *El mundo real de los abogados y de la justicia*, tomo III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia e ILSA.
- Sentencias Corte Constitucional de Colombia
- T 231/1993
- T 262/1994
- SU 111/1997
- C 158/1998
- SU 225/1998
- C 383/1999
- C 747/1999
- TIRADO MEJÍA, Álvaro (1982), *La reforma constitucional de 1936*, Bogotá, Editorial La Oveja Negra, fundación Friedrich Naumann.
- PARDO, Gloria María (2002), "Drama de todos los días", en *Desde abajo*, N° 195, 1 al 31 de julio de 2002.
- PISARELLO, Gerardo (2001), "Del Estado social legislativo al Estado constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales", en *Isonomía*, revista de teoría y filosofía del derecho, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- ROMERO, Carlos (1998), *Constitución para los trabajadores*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- UPRIMNY, Rodrigo (1997), "Administración de justicia, sistema político y democracia", en *Debate político: Justicia y sistema político*, IEPRI, FESCOL.
- \_\_\_\_\_ (2002), "Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas", en *El debate a la Constitución*, Bogotá, ILSA, Universidad Nacional de Colombia.





**LA INTERNACIONALIZACIÓN  
DE LAS LUCHAS POR EL PODER**  
*La competencia entre abogados  
y economistas por transformar  
los Estados latinoamericanos*

**Yves Dezalay y Bryant Garth**

**ILSA, Universidad Nacional de Colombia,  
Universidad Autónoma de México  
y Universidad Bolivariana de Chile, (2002)**

El caso colombiano ilustra bastante bien las potencialidades de la reflexión acerca de las relaciones entre el derecho y la economía. En efecto, la disputa entre economistas y abogados constituye el eje central de uno de los debates académicos interdisciplinarios más importantes de los últimos años en las ciencias sociales colombianas. Quizá por el impacto de las políticas liberalizadoras del mercado, las cuales suponen una ruptura paradigmática del modo de pensamiento bienestarista sobre las funciones del Estado y sus vínculos con la sociedad, y exigen una respuesta articulada de parte de la ciudadanía; quizá por los costos fiscales y los beneficios correlativos de una agresiva defensa de los derechos sociales fundamentales realizada por una Corte Constitucional que ha protegido y fortalecido a los movimientos sociales en una especie de ejercicio jurisprudencial sociológico de tendencia emancipatoria, o al menos de centroizquierda.

En todo caso, el tema inspira a economistas ortodoxos, a economistas allegados a la nueva izquierda, a abogados clásicos y a abogados de

centroizquierda. Y es que la pregunta por las características básicas que tienen o deben tener las interconexiones entre el derecho y la economía y, más específicamente, por la configuración de la constitución económica, en particular la que se establece a partir de los pronunciamientos de los jueces, es de las más relevantes tanto en la reflexión sociojurídica, entendida en un sentido amplio, como en la dogmática constitucional contemporánea, sobre todo si se parte de considerar que la racionalidad del derecho, siguiendo el criterio de la mayoría de los juristas críticos que adoptan los postulados clásicos de Weber, es usada como vehículo para lograr el grado adecuado de racionalidad que resulta indispensable en la lógica de reproducción del modo de acumulación y distribución de la riqueza denominado capitalismo.

Las repuestas a esa pregunta han sido divergentes. De un lado, se ubican quienes entienden que los jueces deben desempeñar un papel pasivo, guiados por la pretensión de resguardar la autarquía y la independencia del derecho, dejando a los actores que participan libremente en el mercado la toma de decisiones en el ámbito de la economía. De acuerdo con esta posición, los jueces deben respetar además la separación de poderes –p. ej. la autonomía de otras instituciones como la banca central– ante las consecuencias perversas que para el crecimiento económico de un país en vías de desarrollo traen consigo intromisiones judiciales poco controlables a través de los canales regulares. De otro lado, se encuentran aquellos que conciben a la justicia constitucional actual como activa, alrededor de la realización de ciertos ideales de justicia material que, acordes con la noción de Estado social de derecho, implican intervención en el plano de la asignación y redistribución de recursos. De acuerdo con quienes sostienen esta postura, los jueces deben defender la Carta de derechos sociales fundamentales aun cuando ello implique en la práctica una coadministración del gasto público.

Un desarrollo importante de la primera de las posiciones descritas se basa en el nuevo institucionalismo económico. En efecto, para algunos analistas las cortes constitucionales no deben participar en el diseño de políticas públicas ni en la administración del gasto social, razón por la cual proponen una reforma institucional de la justicia constitucional colombiana en la que se alcanza a contemplar la introducción de la figura de los jueces constitucionales vitalicios como barrera para la constitucionalización de la política y la politización de la adjudicación constitucional. Desde la segunda de las trincheras teóricas se ha respondido a las propuestas de diseños institucionales en función del desarrollo económico, con una defensa del papel central que deben jugar los jueces constitucionales en un Estado social de derecho. La propuesta alternativa recoge la tradición del constitucionalismo a fin de subrayar la necesidad de contar con diseños institucionales adecuados para la realización de los derechos fundamentales, incluyendo en esta categoría a los derechos sociales.

No obstante, la dicotomía generada por un salto cuantitativo y cualitativo desde una praxis constitucional esquivada a los problemas sociales, pero próxima a las necesidades del presidencialismo de corte monárquico, parece estar disolviéndose. Así, algunos investigadores exponen sus propuestas de rediseño institucional de la justicia constitucional partiendo del supuesto de que la defensa de los derechos es una función de invaluable significación para la estabilidad y la legitimidad del Estado de derecho. Otros, por su parte, entienden que si bien los jueces no deben limitarse a decir el derecho útil para el mercado, no es menos claro que éstos, al adoptar sus decisiones, deben acometer la defensa de los derechos fundamentales de contenido económico, teniendo en cuenta que la correlativa restricción de los derechos de libertad básicos debe ser mínima.

Según estos últimos, el control judicial de la economía puede no llevar a los mejores resultados, por lo que corresponde a los investigadores señalar las fallas de los jueces; a su turno, corresponde a los magistrados ser más sensibles a las consecuencias de sus fallos, entendiendo por consecuencias las que se derivan para la coherencia e integridad del sistema jurídico y, subsidiariamente, las que se desprenden para el crecimiento económico o la estabilidad institucional, de tal modo que aún manteniendo que el control jurídico de la economía es esencial para la democracia y el pluralismo, es posible pensar de nuevo en los diseños institucionales de la justicia actualmente vigentes con el objeto de que los subsistemas jurídico y económico no pierdan su identidad y terminen afectado el funcionamiento de la sociedad en su conjunto. En este orden de ideas, algunos de los antiguos detractores de las nuevas prácticas constitucionales vuelven a introducirse en el debate admitiendo que buena parte de la discusión es estrictamente epistemológica, de manera que un eventual acercamiento de las posturas podría ayudar a superar las malas lecturas mutuas.

Ahora bien, las posibilidades de la reflexión sobre las relaciones entre el derecho y la economía no se agotan en un debate intenso acerca del mejor diseño institucional para el desarrollo económico, la separación de poderes y la efectividad de la cláusula del Estado social de derecho. Por el contrario, en nuestro medio escasean los estudios que aborden con rigurosidad (i) el origen concreto de las teorías usadas por abogados y economistas en su lucha por el control de los aparatos estatales, (ii) el contexto en el que dichas teorías son empleadas, (iii) los mecanismos de exportación e importación de tales teorías, así como (iv) las condiciones específicas que han de existir para que el proceso de exportación e importación resulte exitoso o, lo que es lo mismo, las causas del fracaso de los transplantes jurídicos.

El libro de Bryan Garth e Yves Dezalay, primero de la colección *En clave de sur* de ILSA, es útil para identificar las pistas que permitan dar respuesta a los interrogantes no resueltos. Escrito en un lenguaje sencillo, asequible a no especialistas, este texto polémico –en especial para los economistas– está integrado por 14 capítulos distribuidos en cuatro partes en

las que los autores abordan las transformaciones del Estado y del derecho en Latinoamérica durante los últimos cincuenta años. Con todo, es completo, riguroso y clarificador; construido a partir de viñetas, consiste en la presentación exhaustiva, pero dinámica y pedagógica, de las trayectorias profesionales de quienes luchan por controlar el poder estatal insertos en complejas lógicas internacionales de transmisión de conocimiento y técnicas de intervención de la realidad social.

La propuesta es similar a la que formulara Gramsci, cuando insistía en la necesidad de un análisis de las situaciones sociales centrado en las correlaciones de las fuerzas productivas y las correlaciones de las fuerzas políticas, indicativas estas últimas del estado de la conciencia pública en un momento histórico dado. El análisis de situaciones a través del estudio de las correlaciones de fuerza permite visibilizar tanto el proyecto hegemónico como las esperanzas y posibilidades de una transformación social emancipatoria. En el caso del campo jurídico se trata de observar cómo y en qué sentido se gestiona el poder, bien para decir o mutar el derecho o bien para incidir en la configuración de un campo diferente; en fin, se trata de identificar a quienes se han impuesto o a quienes se pretenden imponer, y las razones por las cuales ese estado de cosas, esa especie de equilibrio continuo pero frágil que es la hegemonía, ha surgido.

Garth y Dezalay, siguiendo las trazas de Gramsci, proponen un modelo analítico en el que las metamorfosis de lo social no son vistas como las consecuencias mecánicas de variaciones producidas en lo profundo del modo de producción y regulación capitalista. En lugar de ello, exploran la realidad social usando un esquema dentro del cual son las combinaciones sutiles de factores las que producen las crisis y, por tanto, los reajustes. El objeto de su examen es, de una parte, el establecimiento de la “economía” como forma de pensar hegemónica –incluyendo en su perspectiva los factores que han facilitado el auge de esta ciencia, sin recaer en un mero abordaje causalista–, y de otra, la reconstrucción del modelo de “abogado” imperante hasta hace dos décadas en Latinoamérica, más que el cambio en las estructuras y normas jurídicas propiamente dichas. El método utilizado les facilita a los sociólogos una crítica e interesante aproximación a temas neurálgicos para distintas ortodoxias, como la supuesta neutralidad del saber tecnocrático o la necesaria autonomía del derecho frente a otros subsistemas sociales.

En el primer capítulo señalan la relevancia del estudio de los procesos de importación y exportación del Estado de derecho (*Rule of Law*) desde Estados Unidos hacia Asia, África, Europa y América Latina. Dichos procesos han planteado la necesidad de que los países semiperiféricos cuenten con un poder judicial independiente y eficiente, disponiendo al mismo tiempo de un cuerpo de normas que promuevan la seguridad jurídica y faciliten la inversión extranjera. Empero, en términos generales puede decirse que el proceso ha fracasado. Los autores, entonces, se disponen en el resto

del libro a buscar explicaciones plausibles a la frustración de las propuestas de la segunda generación del movimiento Derecho y Desarrollo (*Law and Development*), indicando que éstas no han tenido en cuenta el contexto social, económico y cultural en el que han de insertarse. En ese sentido, consideran indispensable adentrarse en las prácticas jurídicas concretas de América Latina, pues la comprensión de éstas ayuda a reconocer por qué, por ejemplo, la abogacía de interés público no ha tenido los mismos resultados positivos que en Estados Unidos.

Así, los autores hacen uso de la *path dependence theory* (teoría de la dependencia de la vía) de acuerdo con la cual la transformación del Estado depende de la estructura de las instituciones existentes y de las decisiones pasadas por las cuales éstas han llegado a ser lo que hoy son. En consecuencia, consideran elementos importantes al Estado y a las facultades de derecho, en tanto lugares privilegiados de reproducción del conocimiento jurídico y focos clave para la dinámica de las elites locales.

Garth y Dezalay ponen de manifiesto que las estrategias de implementación del *Rule of Law* son captadas mejor como estrategias internacionales, similares a las puestas en práctica durante la guerra fría. De este modo, pretenden dar cuenta de la forma como los actores movilizan recursos y capitales culturales –grados universitarios– y sociales –relaciones familiares– en el plano internacional, en las luchas por el control del poder estatal. El enfoque, de acuerdo con los autores, permite escapar a las etiquetas poco explicativas, como a las que hace alusión la dicotomía Estado desarrollista/Estado neoliberal.

El objeto del libro, entonces, es el análisis de las luchas por el poder que con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial han tenido lugar en cuatro campos jurídicos nacionales latinoamericanos: Brasil, Chile, México y Argentina. Para ello los autores se valen de más de 300 entrevistas personales: recurren a lo que denominan biografía relacional, con la cual pretenden considerar el campo del poder. La metodología empleada les permite explicar mejor en qué sentido los procesos de exportación e importación de productos jurídicos y reformas institucionales responden a la correlación de fuerzas en el Norte y en el Sur y, más exactamente, a las semejanzas estructurales entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo en un momento dado.

En el capítulo 2, Garth y Dezalay precisan aún más los puntos de partida de su investigación. En él evalúan, de una parte, la transición del Estado desarrollista a las democracias neoliberales deteniéndose en la crisis del derecho orientado hacia Europa, y de otra, el reemplazo de los abogados por economistas demócratas. Para los investigadores, el hecho más significativo es el paso de la heterogeneidad que identifica a los campos nacionales en la fase del Estado desarrollista a la creciente uniformidad de éstos.

En su criterio, el salto de los modelos de abogados prestantes – Chile y Brasil–, de una elite jurídica que hacía frente al enorme poder paralelo representado por las elites terratenientes y la burguesía naciente –México–, o de abogados cosmopolitas vinculados con el comercio internacional pero enfrentados con el Estado –Argentina–, a un modelo de políticos tecnócratas, no responde exclusivamente, aunque también, a la globalización de la información o a la hegemonía global norteamericana. En ese sentido, recuerdan que es importante revisar los patrones nacionales o, más exactamente, los campos nacionales de poder estatal, así como las trayectorias individuales de quienes entran en un momento específico en contacto con tales campos.

El capítulo, entonces, consiste en una narración detallada del modelo de abogados prestantes, propio de Brasil –en donde la práctica del derecho estaba ligada a cierto ideal aristocrático, al ser los abogados también políticos, intelectuales y negociantes– o de Chile, y de cómo ese modelo no estaba presente en los campos argentino y mexicano. En estos últimos casos, el derecho no fue usado como medio para la consolidación de pactos sociales que permitieran la estabilidad de las jerarquías. En Argentina, la economía hacendística generó prontamente un clientelismo y un régimen de patronazgo en virtud de los cuales los terratenientes usaban su poder militar para acceder al poder político. La consecuencia: un Estado débil al que las normas jurídicas no podían proveer de suficiente legitimidad, y un derecho con bajo grado de autonomía. En México, la separación de lo público y lo privado data de la década de 1910, en la cual el Estado hace frente a unos terratenientes que por razones obvias se oponen a la reforma agraria. A partir de esta época, dentro de las elites mexicanas el derecho tendrá bajo prestigio, pues a él se dedicarán principalmente los “camarillas” –los que hicieron la revolución– y sus descendientes, o los “primos pobres” de las elites económicas. La consecuencia: una baja autonomía del derecho.

Una situación distinta era la de Brasil y la de Chile, países en los que la profesión jurídica tenía más prestigio y el derecho contaba con una mayor autonomía frente a otros campos sociales. En Brasil, el capital social de las familias gobernantes era reproducido gracias a la inserción de sus miembros en las elites jurídicas. Estas elites, a su vez, podían ser de dos clases: altas, a las que pertenecían quienes podían viajar a París a obtener un doctorado, y bajas, a las que pertenecían básicamente los jueces. En Chile, el capital social de la elite rural era reproducido en virtud del ingreso a las facultades de derecho y a la continuidad en la cátedra, o al ingreso a las firmas de abogados familiares. En uno y otro caso, la autonomía del derecho era relativamente alta.

Si bien en el caso argentino se dio una temprana inserción en redes y debates internacionales, puesto que fueron conformadas compañías de abogados que ofrecían asistencia a los extranjeros, en general los conocimientos económicos no jugaban un papel más importante que los jurídicos

para la actividad estatal, y mucho menos para la propia reproducción del derecho. La situación cambia radicalmente cuando entran en escena los Chicago Boys. Éstos, con base en conocimientos especializados, intervienen en política bajo una orientación económica y cuentan con conexiones en Estados Unidos –siempre poseen un doctorado en una prestigiosa universidad estadounidense–. Los economistas, entonces, se movilizan hacia el Estado, desempeñando un rol vital en la apertura económica, las privatizaciones o el control a la inflación. Los economistas desplazan a los abogados como actores centrales en el funcionamiento del Estado, transformándolo efectivamente, no obstante lo cual los abogados permanecen en el escenario, siendo válido afirmar que “las bases estructurales de la vieja elite –el derecho y las instituciones jurídicas– aún subsisten y... no han cambiado mucho”.

Pero, ¿cómo llegaron los Chicago Boys al poder? En el capítulo tercero, los autores sostienen que los aspirantes a constituirse en elite en Brasil y en Chile desafiaron la hegemonía de los abogados prestantes en primer lugar con ocasión de la masiva inversión de Estados Unidos en el campo de la educación. Esta inversión fue canalizada fundamentalmente por entidades gubernamentales y fundaciones filantrópicas, y con ella se buscaba, de un lado promover el desarrollo económico y, del otro, impedir la consolidación de la izquierda comunista. En segundo término, el desprestigio de los abogados, de los profesores de derecho y de los jueces creció en la medida en que no fueron identificados como actores relevantes para la transformación del Estado o fueron considerados portadores de los ideales de las viejas elites. En México –en donde el dominio del Partido Revolucionario Institucional (PRI) sobre las facultades de derecho y el aparato judicial era absoluto– y en Argentina –en donde los sucesivos cambios de gobierno y golpes militares generaron una externa debilidad del Estado y una consecuente desvinculación del Estado de parte de los abogados–, la arremetida de los políticos tecnócratas no encontró una barrera sólida.

Puesto que en Chile y en Brasil la elite estaba vinculada al Estado, los estadounidenses invirtieron en educación jurídica. En cambio, como en Argentina y en México las elites profesionales estaban familiarizadas con las ideas de Estados Unidos, no fue necesaria una gran inversión en este aspecto. Además en México, hasta bien entrados los 80, los economistas no pudieron ocupar un puesto central en el Estado, manteniéndose como simples tecnócratas. Posteriormente, no obstante, su posición cambió, esto es, cuando fue necesaria una embestida contra el clientelismo, la misma razón por la cual floreció el campo de la defensa de los derechos humanos a finales de la misma década. Por todo ello, la elite privada se volvió a colocar de nuevo dentro de las fronteras del poder estatal.

La segunda parte del libro está constituida por los capítulos 4, 5, 6 y 7 dedicados a “rastrear las raíces de los nuevos universales en el Norte”. El capítulo 4, precisamente, presenta el proceso de exportación de las gue-

rras del Norte hacia el Sur. La tesis es sencilla. En tanto que la actividad de los abogados cosmopolitas, cercanos a quienes formularon la política exterior norteamericana en la posguerra, fue útil en la estrategia anticomunista, las propuestas de estos abogados prestantes en materia de derechos humanos fueron escuchadas y respaldadas, de modo que su alianza con abogados prestantes de otras latitudes provocó “el primer movimiento de los derechos humanos”, esto es, la primera maniobra de reacción frente a la amenaza de las organizaciones de izquierda y el eslabón inicial para llegar al culto a la neutralidad que significa Amnistía Internacional, bastante alejada del “moralismo elitista” propio de los primeros tiempos.

En el capítulo 5 los autores narran la vía a través de la cual “un pequeño núcleo de intelectuales modestos llegaron a colocarse (junto con sus ideas) en el centro del campo del poder estatal y de la economía académica” norteamericana. Garth y Dezalay describen cómo Friedman y sus muchachos, desde la facultad de economía de la Universidad de Chicago, comenzaron a minar, aprovechando el efecto negativo del retorno de la inflación y de los déficits fiscales, la influencia de los economistas keynesianos que fueron útiles dentro del programa económico de Kennedy; luego emplearon una estrategia de prensa para hacer eco a los intereses de la derecha –p.ej. la de la Fundación Heritage– poniéndose, por tanto, al servicio de la “contrarrevolución ideológica”; y, finalmente, influenciaron al Banco Mundial (BM) y al Fondo Monetario Internacional (FMI), instituciones éstas que “de misioneros del desarrollo” pasaron a ser “médicos del dinero” y, más allá, agentes centrales en la prosperidad del Consenso de Washington. En el capítulo 6 concentran sus esfuerzos descriptivos en el auge del desarrollismo en Brasil, en la exitosa financiación proveída por la Fundación Ford al Centro Brasileño de Análisis y Planeación (Cebrap) –colocando los cimientos de la profesionalización del activismo militante–, y en general en el florecimiento de las ciencias sociales americanizadas en este país –como la ciencia política o la economía–, salvo el derecho, el cual resultó un intento frustrado. En fin, “este ajuste complejo de importaciones y exportaciones no hubiera podido ocurrir sin una cierta aquiescencia por parte del régimen militar –o al menos por una parte del mismo–”.

En contraste, en el capítulo 7 se ocupan de los casos chileno y argentino: “El resultado inicial en Chile, el cual documentamos en este capítulo, fue la creación de un laboratorio de técnicas y conocimientos especializados foráneos, el cual resultó ser tan volátil que finalmente explotó”. En Argentina, en donde la Fundación Ford y la Fundación di Tella coincidieron en sus objetivos, la inversión fracasó debido a los efectos de la guerra sucia y a que las innovaciones en conocimientos especializados, especialmente de tipo económico, no permearon el núcleo del poder estatal ante el estado de guerra civil de los 70.

Justamente, el giro que se produjo en Chile, del gran paso de la keynesiana Comisión Económica para la América Latina (Cepal) a los Chicago

Boys incubados en la Universidad Católica, fue un giro de lo europeo a lo norteamericano. El vuelco provocó no sólo la pérdida de prestigio para unos abogados que poco tenían que aportar al desarrollo económico de Chile, sino también el decaimiento de unos economistas cepalinos desvinculados de los circuitos internacionales de producción del conocimiento. En Chile, como en Brasil, el proyecto de Derecho y Desarrollo también fue un fracaso, afirmando los autores que ya en los años 70, durante la administración Allende—durante la cual la Fundación Ford cofinanció un instituto interdisciplinario de estudios del derecho—, existía la sensación de que sus programas no habían implicado un cambio en el terreno de la educación jurídica.

La tercera parte, dedicada a la construcción paralela del neoliberalismo en el Norte y en el Sur, está compuesta de los capítulos 8 y 9. En el capítulo 8, “El establecimiento reformista afuera del poder: la inversión en derechos humanos como estrategia política alternativa”, Garth y Dezalay pretenden dar cuenta de cómo el establecimiento del Este de Estados Unidos, desplazado del campo del poder estatal por los conservadores, se refugió en el discurso de los derechos humanos. En primer término, durante la administración Nixon los derechos humanos fueron utilizados como una pieza importante en la política exterior norteamericana, una apuesta que fue reforzada, con objetivos diferentes, durante la administración Carter, guiada por la Comisión Trilateral. Así, la producción académica en este campo aumentó y los activistas vinculados con los políticos pronto lograron ascender en las escalas profesionales y sociales. Por ello, la nueva izquierda denunció la estrategia de los derechos humanos como una simple máscara para el trilateralismo, esto es, la respuesta a la ingobernabilidad y la crisis económica mundial de los años 70.

En ese sentido, los primeros blancos del nuevo activismo en derechos humanos fueron los regímenes militares tercermundistas y, por tanto, la administración norteamericana que los apoyaba. Empero, como lo demuestra el caso de Amnistía Internacional, la agenda y las posibilidades del activismo de los defensores de derechos humanos dependía en buen grado de la agenda de los gobiernos estadounidenses—p.ej. el de Carter—. Además, algunos estimaron que la actitud del establecimiento no estaba siendo correctamente viabilizada por Amnistía Internacional, demasiado apoyada en la prensa, por lo que, recurriendo a las fundaciones filantrópicas, pretendieron acercarse mejor a lo que realmente pasaba. De esta manera, la lógica del mercado se instaló en el mundo de las ONG de defensa de los derechos humanos. Y la Fundación Ford, relacionada estrechamente con nuevas formas de activismo político, como el de los movimientos a favor de las mujeres o el medio ambiente, modificó su posición, de tal modo que de ahí en adelante exige la viabilidad financiera de los proyectos y no sólo la presentación de los buenos propósitos que los inspiran.

En el capítulo 9 los autores describen las vías nacionales de reconocimiento de los nuevos universales. Chile es expuesto como el caso para-

digmático de inserción en las luchas internacionales por la definición de lo que se debe entender por Estado legítimo. Por ello, no es de extrañar que los resultados de la experimentación en este país suramericano fueran exportados a otras latitudes. Allí la intervención norteamericana se manifestó tanto en el apoyo decisivo a centros de investigación en los que participaban miembros de la oposición de centroderecha al régimen de Pinochet, como en el activismo de consultores estadounidenses en las campañas contra el dictador y a favor del referendo para retornar a la democracia. Así, Garth y Dezalay afirman que el auge de los derechos humanos en Chile obedeció a la coincidencia de intereses entre el establecimiento reformista excluido del poder, el régimen militar con afanes de legitimación, la Iglesia y, por supuesto, el establecimiento reformista norteamericano. Y, una vez más, la Fundación Ford ejerció un rol central en la promoción de los académicos y activistas proscritos, movida por su simpatía hacia la democracia.

El resultado fue el reemplazo de los primeros Chicago Boys, aquellos radicales que desde la Oficina Nacional de Planeación transformaron al Estado chileno en un Estado neoliberal, por una nueva generación próxima a los planteamientos de la democracia pero conformada por neoliberales “de punta”, es decir, demócratas para los que la liberalización no era tanto un objetivo sino un proceso inevitable. Todo lo cual, no obstante, no significaría el restablecimiento del lugar que las oligarquías jurídicas ocupaban en la jerarquía social anterior al golpe militar de 1973. Esta circunstancia que contrasta con la de Brasil, en donde la transición hacia la democracia fue posible gracias a la interacción entre la Iglesia y la elite proverbial, razón por la cual los abogados vinculados a Organización de Abogados Brasileños (OAB), expresión del elitismo jurídico tradicional, incidieron notablemente en el proceso. Pero la situación chilena también diverge de la argentina, pues aquí la implosión del régimen militar obedeció a la derrota en la guerra de las Malvinas, y no a unas fuerzas combinadas cuyo activismo era excesivamente dependiente de la correlación de fuerzas internacionales. En efecto, los radicales, que habían tomado el poder tras la guerra, fueron expulsados del mismo con ocasión de la grave crisis económica. Los peronistas, reagrupados en torno a Ménem, lo retomaron y se apropiaron de la ortodoxia económica, fingiendo al tiempo el respeto a la legalidad, cuando en el fondo no hacían más que reafirmar la baja autonomía del derecho –el presidente peronista reformó la conformación de la Corte Suprema de Justicia debido a su desacuerdo con los fallos de ésta–. Es en este contexto, en el que los profesionales del derecho, ubicados fuera de la órbita del poder estatal, intensifican esfuerzos en la reforma de la enseñanza jurídica, la resolución alternativa de conflictos y la reforma judicial.

La cuarta parte, en la cual se estudia el paisaje de los transplantes legales más recientes, se abre con el capítulo 10. En este apartado Garth y Dezalay analizan el proceso de construcción de las instituciones y el mercado globales. En primer término, la reciente profesionalización de los dere-

chos humanos es mostrada como el producto de la recepción de un discurso específico dentro de las elites jurídicas estadounidenses, con la mediación de las universidades cosmopolitas más importantes, en especial Harvard, y en las entidades en donde se toman las decisiones más relevantes, como la Casa Blanca o el Banco Mundial. En segundo término, los autores describen el ascenso del nuevo institucionalismo económico. Esta teoría da más importancia al derecho y al Estado en las fases de desarrollo económico, es decir, los concibe como soportes ineludibles de un correcto funcionamiento del mercado. Este enfoque neoortodoxo es combinado frecuentemente con la corriente de análisis económico del derecho, surgida en la primera mitad de la década de los 70. Sin embargo, desde el Reporte Mundial sobre Desarrollo (*World Development Report*) el Banco Mundial ha dado un viraje trascendental, pues sus directivos han asumido que las instituciones estatales son los agentes privilegiados de la implementación de las políticas (macro)económicas.

En tercer lugar, Garth y Dezalay consideran fundamental el esfuerzo que desde la ciencia política se ha venido haciendo por consolidar la figura de los políticos tecnócratas en tanto que presumidos adalides de la democracia y las libertades. Además, los estudios en economía política comparada han revelado “la importancia en los países deudores de la promoción hacia posiciones clave de aquellos que mantienen vínculos cercanos con el FMI”, e inversamente, la conveniencia de la identificación de las preferencias de las elites locales, aun cuando al tiempo resulte diáfana la necesidad de integrar en un nuevo contrato social a las clases trabajadoras, y producir un renovado esquema mínimo de redistribución.

De otra parte, los autores estiman pertinente señalar que la reinención de los tecnócratas como políticos tecnócratas ha implicado un intento más general por superar la connotación desfavorable que los Chicago Boys tenían en Suramérica, en cuanto aliados del autoritarismo. Es más, la reconversión en términos globales ha derivado en un impulso definitivo de la liberalización de los mercados y, por tanto, de su integración, en especial en el marco regional. Pero, al igual que casi todas las transformaciones observadas a lo largo del libro, los procesos descritos en el capítulo 10 hubiesen sido posibles sin la decisiva intervención estadounidense, en este caso, a través del Diálogo Interamericano, “lanzado por miembros del establecimiento liberal de los Estados Unidos y financiado por la Fundación Ford, con el objeto de contrarrestar las políticas de la administración Reagan”, pero extendido hasta la década de los 90 –administración Clinton–. “Por ejemplo, la cumbre de presidentes y primeros ministros de las Américas, que tuvo lugar en 1994 para adelantar una agenda que robusteciera el libre mercado, los derechos humanos y la democracia, en gran medida fue el gran producto de la red de los políticos tecnócratas”.

En los capítulos 12 y 13, Garth y Dezalay evalúan los distintos estados de cosas locales sobre los que se pretenden superponer las institu-

ciones globales y las distintas reacciones a los trasplantes legales. Así, en el capítulo 12, escrutan el surgimiento de las firmas de abogados de negocios. Frente a la vieja elite, articulada mediante empresas familiares, las firmas desarrollan nuevas habilidades y una mayor eficiencia. Por ejemplo, Pinheiro Neto maneja en Brasil cerca de 140 abogados, no se dedica a la política y no pertenece a la academia: es sencillamente un exponente del mega-litigio. La oposición entre un viejo y un nuevo estilo se explica por las necesidades surgidas de la crisis de la deuda de 1982 para cuya resolución eran indispensables abogados que supieran inglés y que tuvieran la experiencia de Nueva York. Así, en Chile el equipo jurídico del gobierno terminó subordinado al equipo económico, razón por la cual muchos consideraron necesario reinvertir capital jurídico a través de las facultades de derecho; las nuevas facultades pueden ser descritas mejor como escuelas de negocios –p.ej. la facultad de derecho de la bonaerense Torcuato di Tella– antes que como escuelas de leyes. Fuera del ámbito de la enseñanza del derecho es claro el interés de las firmas norteamericanas en movilizar sus recursos internacionales para asumir los retos locales.

En México, en cambio, la “mexicanización” de la producción industrial provocó bien temprano el nacimiento de firmas de abogados “a la mexicana”, similares estructural y operativamente a las norteamericanas. La evolución de las prácticas abogadiles ligadas a los negocios es la siguiente: en la década de los 60 varias de las más prestigiosas firmas de abogados en México funcionaban como sociedades de riesgo compartido (con los norteamericanos); en la década de los 70 la erección de José Siqueiros como portavoz de los aspectos positivos de la Convención de Nueva York generó la expansión del arbitraje comercial internacional; sin embargo, en la década de los 80, los abogados de las firmas “a la mexicana” no participaron de las negociaciones que dieron como resultado la creación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (North America Free Trade Agreement, NAFTA); finalmente, en la década de los 90 la elite de abogados de negocios incluso se vio sensibilizada por las violaciones a los derechos humanos y por la corrupción crónica. En esta década también se pusieron en marcha los mecanismos alternativos de resolución de disputas, en tanto que dispositivos útiles en la agenda de las agencias multilaterales.

De cualquier modo, la conclusión es sencilla. El proceso de importación del modelo de abogados de negocios estadounidenses no ha sido del todo exitoso, pues en América Latina no ha prosperado la defensa de los intereses colectivos –entre ellos, los derechos humanos–, un aspecto trascendental en las prácticas abogadiles del Norte. “Por lo tanto, debido a razones estructurales, la actual situación revela sólo un trasplante parcial del modelo profesional estadounidense”.

Por ello, en el capítulo 13 los autores concluyen que las reformas judiciales adelantadas en América Latina, orientadas por la idea según la cual un sistema judicial eficiente es un objetivo confiable, están condena-

das al fracaso. En efecto, el gasto de la United States Agency for International Development (USAID) en esta área del planeta, cercano a los US\$600 millones, o las inversiones del Banco Mundial en Argentina, Perú, Bolivia y Ecuador, no han arrojado resultados positivos, como consecuencia de los antecedentes de la configuración del subcampo judicial de los campos jurídicos latinoamericanos: (i) los tribunales siempre fueron auxiliares de las elites de abogados prestantes, (ii) los tribunales fueron relegados durante la vigencia de los gobiernos militares, y (iii) los tribunales en general no han cumplido un rol crucial como sí lo han tenido las judicaturas de regímenes democráticos bien formados.

Las respuestas a esta situación no se han hecho esperar. En Brasil, los procuradores han tenido éxito en la defensa de los derechos humanos; en Chile, las propuestas de reforma al sistema judicial formuladas por las facultades de derecho han sido acogidas; en México, el clientelismo en el aparato judicial modulado desde el PRI y fortalecido por la cooptación, ha cedido en los últimos años, pues se creó la oficina del *ombudsman*, se reformó la Corte Suprema de Justicia –la cual pasó de tener 21 miembros–, expresión de la división del país en 21 esferas regionales del clientelismo a 11–, se encargó al Consejo Judicial el nombramiento de los jueces, y se le ha dado un gran impulso a la acción de amparo. Además, si bien en los años 60 los jueces chilenos prácticamente no contaban con capital social, el masivo ingreso de abogados de clase media cambió el panorama, debido a que su perceptividad se vio reflejada en una progresiva intervención social marcadamente diferente del autismo de la anterior judicatura, muchas veces usada para mantener el pacto político que dio lugar a la dictadura.

Inician el capítulo 14 señalando que el movimiento Derecho y Desarrollo fracasó en la educación jurídica y en el plano de la independencia judicial, aunque fue un éxito rotundo en la creación de vínculos entre los actores del Sur y del Norte. Garth y Dezalay vienen elaborando una hipótesis explicativa del citado fracaso: el derecho en América Latina, incluso en su versión altruista, sirve para encubrir la búsqueda de estabilidad social y económica de los círculos cosmopolitas aventajados; y, como en otras latitudes, es usado, al igual que las instituciones, con el fin de legitimar las jerarquías sociales. Los trasplantes jurídicos deben ser vistos entonces como una muestra de los intentos de reconfiguración del campo jurídico como medio para consolidar la hegemonía.

No obstante, la dolarización –entendida ésta como la norteamericanización de las técnicas y los conocimientos especializados– es desigual, pues la dolarización de las instituciones o saberes jurídicos es menos exitosa que la dolarización de las instituciones o saberes económicos. Así, el derecho empresarial, aun cuando exitoso, lo es en mucho menor grado que los conocimientos económicos especializados. Sin embargo, la desigualdad es manifiesta también en otros niveles. Por ejemplo, aunque la coincidencia de los propósitos de las organizaciones de derechos humanos en el Norte y en

el Sur fue propicia para la movilización en contra de las dictaduras del Sur, no es menos cierto que esas organizaciones no devinieron en actores centrales en la transición hacia las democracias neoliberales, un escenario en el que las firmas de abogados de negocios se mueven muy bien aunque éstas –las argentinas, por ejemplo– al articularse como organizaciones familiares, sean frágiles en relación con las norteamericanas, debido entre otras vicisitudes a las peleas que en estos núcleos anidan.

De otro lado, en el marco específico de la reforma judicial, los autores señalan que la segunda generación de Derecho y Desarrollo no ha tenido lo suficientemente en cuenta la estructura de dos niveles de la que se compone el derecho latinoamericano. En efecto, los abogados cosmopolitas, que hablan en el Norte representando al Sur, y en éste representando a aquél, no inciden necesariamente en las capas más bajas del poder judicial y en las prácticas de litigio. Como lo afirman los autores, “el Estado así importado termina siendo ambiguo y fragmentado”, culmina siendo un Estado artificial. Y, en todo caso, los intentos por mermar el clientelismo que opera en la base de la estructura no han sido exitosos, pese al empeño puesto, entre otros, por los organismos multilaterales. Debido a que los intentos de reforma llevados a cabo por abogados cosmopolitas requieren intermediarios, la tridivisión social se manifiesta en que las bases de poder local permanecen inamovibles.

Mención aparte merece el capítulo 11. En él los autores estiman pertinente evaluar el comportamiento de las ONG, tanto las que denominan críticas y comprometidas como las que protegen a los grupos ganadores con la globalización. La valoración de lo sucedido con estas organizaciones les resulta embarazosa, pues si bien en un momento inicial muchas ONG fueron críticas respecto de la actividad del Banco Mundial, por ejemplo en el área ambiental, debido a la política de este organismo multilateral dirigida a intensificar su trabajo conjunto con ellas y a cambios internos ocasionados por el desplazamiento de los economistas neoclásicos por parte de profesionales no economistas, recientemente el Banco ha entrado en relaciones directas con las ONG, ha adoptado varios de sus conceptos y estrategias clave, les ha concedido una mayor participación en los procesos de toma de decisiones que pueden afectar a grupos tradicionalmente discriminados, ha iniciado una campaña de cooptación de algunos de sus líderes más destacados –incluso de los más críticos de los ajustes estructurales– a fin de consolidar un nuevo enfoque basado en los derechos y abierto al desarrollo de políticas alternativas y, finalmente, ha estimulado mecanismos de apropiación controlada de información vital para el activismo cosmopolita como el Bank Information Center.

El activismo político del Banco Mundial, que interviene en política así sus estatutos se lo prohíban, obliga inevitablemente a las ONG críticas y comprometidas a reorientar sus objetivos básicos y a revisar sus estrategias. Constituirse en representantes auténticas de las energías reivin-

dicatorias locales y a la vez tener buenas relaciones en el ámbito internacional supone un esfuerzo significativo para unas organizaciones que pretenden erigirse en voceras autorizadas de las causas sociales y los subordinados. Las alternativas son más promisorias, en cambio, para otro tipo de ONG más vinculado con el éxito o fracaso de las instituciones en las políticas desarrollistas impulsadas por el Banco. Así, la actividad de las ONG puede estar orientada a generar espacios adecuados para la introducción de reformas jurídicas que generalmente no funcionan en mercados emergentes. Por ejemplo, el ataque lanzado por el Banco contra el Estado clientelista ha sido apoyado en el Brasil por Viva Río, una ONG que trabaja sobre el control del crimen, corrupción policial, el hambre y la violencia política, o por Paulo Sergio Pinheiro del Centro de Estudios sobre la Violencia de la Universidad de São Paulo, también preocupado por una reforma a las violentas prácticas policiales en este país.

El libro de Garth y Dezalay constituye una interesante renovación de la sociología de la profesión jurídica al dar cuenta, como ellos mismos lo resaltan, del campo del poder. No obstante, quizá resulte demasiado descriptivo. Aunque en ciertos capítulos –el tres, el diez, y el catorce–, se realizan resúmenes o se aventuran conclusiones, no es fácil determinar el contenido sustancial general del libro, haciéndose necesario un esfuerzo adicional para dilucidar las tesis centrales que esbozan los autores. En ese sentido, las claves de lectura que ofrece César Rodríguez en el Prólogo (el libro ofrece un análisis riguroso de los modos de producción y operación de la globalización; identifica y evalúa las estrategias internacionales que despliegan los actores que luchan por el poder estatal; sugiere líneas de investigación sobre la emergencia de paradigmas científicos en contextos y tiempos concretos; y señala un camino a seguir en el futuro por los interesados en el análisis del diseño de instituciones de cualquier tipo) constituyen una buena guía para navegar en el texto. Ciertamente, el libro merece ser leído por todos los interesados en una mejor comprensión de los debates entre economistas y abogados. En primer término, porque en él pueden rastrearse los orígenes de las teorías y prácticas en disputa. En segundo lugar, porque Garth y Dezalay avanzan en la comprensión de las sutilezas de los procesos de globalización. Y, finalmente, porque al señalar los orígenes concretos de discursos o prácticas económicos o jurídicos, indudablemente ponen a reflexionar a los profesionales que los usan o las llevan a cabo, como sucede inevitablemente en el campo de los derechos humanos, esto es, un campo en el que por diversas razones el purismo es cada vez menos habitual.

Más allá, el libro también supone un punto de intercambio y reflexión para los interesados en hacer sociología del derecho en América Latina, pues advierte de toda la complejidad de los cambios operados en los campos jurídicos de la región aun cuando lamentablemente no aborde una de las características principales de éstos, el pluralismo jurídico –parte del

contexto en el que han de engastarse las reformas del remozado proyecto de Derecho y Desarrollo–, o no contemple fenómenos relevantes de índole cultural como el uso selectivo y estratégico de las reglas legales ora por parte de los que poseen el poder estatal ora por quienes están fuera del él.

***Ernesto Mieles,  
abogado, estudiante de la maestría en Derecho  
de la Universidad Nacional de Colombia.***

# REGLAS PARA LA PRESENTACIÓN DE MANUSCRITOS

Los manuscritos sometidos a consideración de *El Otro Derecho* deben cumplir las siguientes reglas:

## MANUSCRITO

- El texto debe estar digitado en letra Times New Roman de 12 puntos a doble espacio, en página tamaño carta, con márgenes de una pulgada (2.5 cm) sin dejar espacio adicional entre párrafos.
- Debe tener una extensión de entre 5.000 y 10.000 palabras, sin incluir las referencias bibliográficas. Sólo en ocasiones excepcionales se publicarán artículos cuya extensión esté fuera de este rango.
- El artículo debe estar precedido de dos resúmenes, uno en español y otro en inglés. Cada resumen debe tener una extensión máxima de 200 palabras.
- Junto con el título, el encabezado del manuscrito debe incluir el nombre del autor (a) o autores (as), los datos biográficos (no más de 5 líneas), la institución a la que pertenece(n) y el correo electrónico.
- Todas las páginas deben estar numeradas en orden consecutivo, empezando por uno.
- El artículo debe ser enviado por correo electrónico dirigido al editor(a) de la publicación a las siguientes direcciones electrónicas: silsa@coll.telecom.com.co e ilsa@epm.net.co, o por correo impreso en papel y en archivo magnético a la Calle 38 N° 16-45 Bogotá D.C.

## TÍTULOS Y SUBTÍTULOS

- El título del documento debe sintetizar la idea principal y debe ser breve.

- Los subtítulos indican las subdivisiones de las partes mayores y deben orientar los temas que trata el escrito. No debe haber más de 3 jerarquías de subtítulos. Deben reflejar de manera precisa la organización del documento.

## **TABLAS Y FIGURAS**

- En el texto se debe hacer referencia a todo el material gráfico, de modo directo o entre paréntesis.
- Las tablas y figuras deben ser presentadas en las páginas del texto y estar numeradas consecutivamente (figura 1, cuadro 1, etc.). Deben incluir la fuente y el título. Los archivos originales en excel u otro graficador deberán enviarse adicionalmente en archivo magnético.

## **NOTAS A PIE DE PÁGINA Y CITAS**

- Las notas a pie de página servirán para comentar, complementar o profundizar información dentro del texto. No deben ser notas bibliográficas, a no ser que se trate de sentencias judiciales.
- Las citas textuales de más de cuatro líneas se escribirán en párrafo aparte, sangrado a la izquierda y en letra tamaño 10 puntos. Las demás se incluirán dentro del texto e irán entre comillas.
- Las citas bibliográficas se harán dentro del texto e incluirán el apellido del autor(a), el año y el número de la(s) página(s), así: (Pérez 2000: 424-427). Otros ejemplos: (Gómez y Velásquez, 1989: 33); más de dos autores: (Uribe *et al.*, 1997: 66); más de dos obras de un mismo autor, del mismo año: (Díaz 1998a, 1998b); obras de varios autores en una misma cita: (Pérez, 2000; Gómez y Velásquez, 1989; Uribe *et al.*, 1997).

## **SIGLAS**

- La primera mención de una sigla debe hacerse mencionando el nombre completo. Las siguientes menciones se harán con la sigla respectiva. Ejemplo: Organización de Estados Americanos (OEA).

## **BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- La bibliografía o las referencias bibliográficas deben incluirse al final del manuscrito y estar escritas en orden alfabético. Los siguientes son ejemplos de los diferentes tipos de material bibliográfico:

### **Libros y artículos incluidos en libros**

GARCÍA CANCLINI, Néstor (1989), *Culturas híbridas; estrategias para entrar y salir de la modernidad*, México, Grijalbo.

SANTOS, Boaventura (1995), *Toward a new common sense*, Nueva York, Routledge.

———(1998), *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA.

MÚNERA, Leopoldo (1991), “La justicia es pa’ los de ruana”, en Oscar Correas (ed.), *Sociología jurídica en América Latina*, Oñati, IISJ.

HART, Herbert (1998 [1961]), *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

ROMERO, José Luis (ed.) (1985), *El pensamiento político de la emancipación*, Caracas, Biblioteca Ayacucho.

GARCÍA, Mauricio y César RODRÍGUEZ (eds.) (2002), *Estudios críticos del derecho en América Latina*, Madrid, Dickinson.

### **Revistas y publicaciones periódicas**

AZUELA, Antonio (1993), “Los asentamientos populares y el orden jurídico en la urbanización periférica en América Latina”, en *Revista Mexicana de Sociología*, N° 55.

FARÍA, José Eduardo (1995), “El poder judicial en Brasil: paradojas, desafíos y alternativas”, en *El otro derecho*, N° 20.

### **Artículos, tesis y escritos no publicados o presentados en seminarios, simposios, etc.**

HERNÁNDEZ, Pedro y Antonio LÓPEZ (1993), “El poder simbólico del juez”. Tesis de pregrado no publicada. Universidad Católica de Chile.

JARAMILLO, Adriana (1999), “La sucesión en el poder: el caso peruano”. Disertación doctoral no publicada. Universidad de Nueva York.

GONZÁLEZ, Myriam y Juan SABOGAL (1991), “El costo de los derechos constitucionales”. Investigación no publicada. Personería Distrital, Bogotá.

BARRETO, Juan Antonio (2000), “Hacia una historia crítica del derecho en América Latina”. Ponencia presentada en el congreso de la Law and Society Association, Miami, mayo 28-30.

# Adpostal



*Llegamos a todo el mundo!*

**CAMBIAMOS PARA SERVIRLE MEJOR  
A COLOMBIA Y AL MUNDO**

ESTOS SON NUESTROS SERVICIOS

SERVICIO DE CORREO NORMAL  
CORREO INTERNACIONAL  
CORREO PROMOCIONAL  
CORREO CERTIFICADO  
RESPUESTA PAGADA  
POST EXPRESS  
ENCOMIENDAS  
FILATELIA  
CORRA  
FAX

LE ATENDEMOS EN LOS TELEFONOS  
3410304 - 3415534  
9800 915503 - 9800 915525  
FAX 2438962