

COLECCIÓN GRUPOS DE TRABAJO



Serie Estado, políticas públicas y ciudadanía

DERECHOS HUMANOS Y PENSAMIENTOS JURÍDICOS CRÍTICOS DESDE NUESTRAMÉRICA

Beatriz Rajland
Mylai Burgos Matamoros
Lucas Machado
[Coords.]

**DERECHOS HUMANOS Y
PENSAMIENTOS JURÍDICOS
CRÍTICOS DESDE NUESTRAMÉRICA**

Derechos Humanos y pensamientos jurídicos críticos desde Nuestra América / Antonio Carlos Wolkmer... [et al.]; coordinación general de Beatriz Rajland; Mylai Burgos Matamoros; Lucas Machado Fagundes - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO/ILSA, 2023.
Libro digital, PDF - (Grupos de trabajo de CLACSO)

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-813-471-0

1. Derechos Humanos. I. Wolkmer, Antonio Carlos. II. Rajland, Beatriz, coord. III. Burgos Matamoros, Mylai, coord. IV. Machado Fagundes, Lucas, coord. CDD 306.25

Otros descriptores asignados por CLACSO:

Derechos humanos / Pensamiento jurídico / Derecho / Pensamiento crítico / Teoría decolonial / Marxismo / Comunicación / Género / Movimiento LGBT / América Latina

Los trabajos que integran este libro fueron sometidos a una evaluación por pares.

DERECHOS HUMANOS Y PENSAMIENTOS JURÍDICOS CRÍTICOS DESDE NUESTRAMÉRICA

**Beatriz Rajland
Mylai Burgos Matamoros
Lucas Machado
(Coords.)**

Grupo de Trabajo CLACSO
Crítica jurídica y conflictos sociopolíticos de Nuestramérica



CLACSO

Consejo Latinoamericano
de Ciencias Sociales

Conselho Latino-americano
de Ciências Sociais

Colección Grupos de Trabajo

Pablo Vommaro - Director

CLACSO - Secretaría Ejecutiva

Karina Batthyány - Directora Ejecutiva

María Fernanda Pampín - Directora de Publicaciones

Pablo Vommaro - Director de Investigación

CLACSO - Equipo Editorial

Lucas Sablich - Coordinador Editorial

Solange Victory y Marcela Alemandi - Producción Editorial

Área de investigación

Natalia Gianatelli - Coordinadora de Investigación

Cecilia Gofman, Marta Paredes, Rodolfo Gómez, Sofía Torres, Teresa Arteaga y Ulises Rubinschik -
Equipo de Gestión Académica



LIBRERÍA LATINOAMERICANA Y CARIBEÑA DE CIENCIAS SOCIALES

CONOCIMIENTO ABIERTO, CONOCIMIENTO LIBRE

Los libros de CLACSO pueden descargarse libremente en formato digital o adquirirse en versión impresa desde cualquier lugar del mundo ingresando a www.clacso.org.ar/libreria-latinoamericana

1ª edición: *Derechos humanos y pensamientos jurídicos críticos desde Nuestramérica* (Buenos Aires: CLACSO/ILSA, mayo de 2023).
ISBN 978-987-813-471-0



CC BY-NC-ND 4.0

La responsabilidad por las opiniones expresadas en los libros, artículos, estudios y otras colaboraciones incumbe exclusivamente a los autores firmantes, y su publicación no necesariamente refleja los puntos de vista de la Secretaría Ejecutiva de CLACSO.

CLACSO

Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - Conselho Latino-americano de Ciências Sociais

Estados Unidos 1168 | C1023AAB Ciudad de Buenos Aires | Argentina

Tel [54 11] 4304 9145 | Fax [54 11] 4305 0875 | <clacso@clacsoinst.edu.ar> | <www.clacso.org>



Este material/producción ha sido financiado por la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Asdi. La responsabilidad del contenido recae enteramente sobre el creador. Asdi no comparte necesariamente las opiniones e interpretaciones expresadas.

ÍNDICE

**Beatriz Rajland, Mylai Burgos Matamoros
y Lucas Machado**

Presentación | 9

Antonio Carlos Wolkmer

Una otra mirada para los Derechos Humanos: un aporte descolonial desde el Sur | 13

Alejandro Rosillo Martínez

Teoría crítica de derechos humanos desde lo común | 29

Manuel E. Gándara Carballido

Derechos humanos, sistemas de poder y luchas sociales. Una reflexión desde el pensamiento crítico | 47

Napoleón Rosario Conde Gaxiola

Los Derechos Humanos desde el punto de vista del marxismo | 65

Sebastián Alejandro García Caicedo

El derecho humano a la comunicación material de los pueblos | 77

Javier Gonzaga Valencia Hernández y Diego León Mora Corrales

Los derechos bioculturales en el conflicto armado colombiano. Alcance y perspectivas en el posconflicto | 97

Claudia A. Mendoza Antúnez

El pluralismo jurídico en México. El derecho pluralista: un diálogo diatópico y dialogal | 125

Alina Herrera Fuentes

Tecnología de género y ley penal: contrapunteos entre México y Cuba | 153

Luiz Ismael Pereira

O movimento LGBT brasileiro e as forças do patriarcado produtor de mercadorias | 177

Sobre los autores y autoras

| 193

PRESENTACIÓN

Beatriz Rajland, Mylai Burgos Matamoros
y Lucas Machado

ESTE LIBRO es el fruto colectivo de una parte de las/os investigadoras e investigadores del Grupo de Trabajo de CLACSO Crítica jurídica y conflictos sociopolíticos de Nuestramérica. Aunque con distintas denominaciones, ya llevamos nueve años (tres períodos de tres años cada uno) desarrollando actividades sobre la temática como GT-Clacso. Lo común que nos enlaza es el rol que juega el derecho como elemento superestructural y en compleja interacción con los problemas sociopolíticos, económicos, ideológicos y culturales, así como la preocupación por los conflictos sociopolíticos de nuestro continente y sus expresiones en las cuestiones jurídicas.

En este sentido, venimos reflexionando acerca de temas como derechos humanos, género y sexualidad, poder, forma jurídica y fenómenos sociojurídicos, violencias y opresión. Enmarcados en los pensamientos jurídicos críticos, los trabajos presentados son referenciales, reflexivos, no dogmáticos ni sistémicos, y tampoco reproducen la forma dominante de comprensión de los fenómenos sociales. Esto significa que las reflexiones de este colectivo se ubican más allá de la simple comprensión de las estructuras dominantes, o sea, van hacia un horizonte de análisis de las condiciones de posibilidad de cambio de estas estructuras, estudiando cómo ellas se

construyen, funcionan, pero también cómo reproducen una lógica de dominación que en el fondo es su propia forma y no solamente su hacer, para transformarlas.

El horizonte de criticidad es la totalidad capitalista y sus efectos en las relaciones políticas, sociales, económicas, ambientales y jurídicas.

El libro que les presentamos tiene una estructura teórica y práctica, aunque siempre en esa relación de abstracción-concreción que implica totalidades sociales no excluyentes, sino abarcadoras de las complejidades que implica el movimiento dialéctico e histórico de las sociedades y sus pluralidades, desde las opresiones, hegemonías, dominaciones hacia las resistencias y las transformaciones de carácter liberador.

Comienzan así estos trabajos con textos que desde ámbitos teóricos nos aportan análisis epistémicos críticos diversos.

El primer capítulo realizado por el profesor brasileño Antonio Carlos Wolkmer aborda la comprensión teórica descolonial de los derechos humanos, introduciendo los elementos de dicha perspectiva en los estudios jurídicos críticos. Desde otras miradas, el maestro mexicano Alejandro Rosillo Martínez nos presenta una lectura crítica referenciada a la concepción de lo común. A partir de ese punto de análisis, recupera elementos categoriales de las perspectivas liberadoras para proyectos y comprensiones comunitarias de los derechos humanos. Las luchas sociales y otras perspectivas de saberes han sido fragmentados por la modernidad, el resultado de esto es el desperdicio de experiencias históricas de los derechos humanos, lo cual es relevante para la visibilización y la interrelación de las luchas en diferentes contextos, escalas y niveles; esta es la contribución del compañero Manuel E. Gándara Carballido al presente libro. Continúan las reflexiones con el texto del investigador mexicano Napoleón Conde Gaxiola, que teniendo en cuenta el contexto socioeconómico, particularmente en tiempos de la pandemia Covid-19, recupera elementos de la crítica marxista a los derechos humanos desde la perspectiva de la dialéctica materialista y del materialismo histórico. Para cerrar esta parte del libro, Sebastián A. García Caicedo reflexiona sobre el ejercicio del derecho humano a la comunicación desde la dialéctica materialista, en especial, el iusmaterialismo como praxis de derechos humanos, críticos a las formas de comunicación dominantes en las sociedades actuales.

En un segundo momento, el libro expone estudios que abarcan la práctica investigativa, abordando casos que implican los derechos humanos desde diversos tópicos de análisis como son los pueblos indígenas y diversas perspectivas de género.

En este sentido, Javier Gonzaga Valencia Hernández y Diego León Mora Corrales invitan a lo(a)s lectore(a)s a reflexionar acerca de la situación de los pueblos étnicos afros del Chocó biogeográfico de Colombia, en el marco del posconflicto iniciado después de la firma de los acuerdos de paz del año 2016. Continúa la investigadora Claudia A. Mendoza Antúnez, que propone una criticidad epistemológica a la teoría del derecho tradicional desde el análisis del fenómeno del pluralismo jurídico ubicado en el contexto mexicano, específicamente estudiando el Sistema de Seguridad, Justicia y Reeducción Comunitaria de la Costa Chica y Montaña de Guerrero (Sistema Comunitario).

Desde estudios de género y diversidades sexuales, Alina Herrera Fuentes realiza un estudio exhaustivo a las leyes penales y a la tipificación de delitos como el feminicidio, el transfeminicidio y el travestimiento desde la teoría feminista de tecnologías de género de Teresa de Lauretis, aterrizando los mismos en México y Cuba. Cerrando dichos análisis colectivos, el profesor brasileño, Luiz Ismael Pereira, presenta una reflexión crítica del tema del Movimiento LGBT brasileño frente a las fuerzas del patriarcado como productores de mercancía, es decir, en el marco del sistema capitalista.

Los trabajos que aquí se han compilado representan esfuerzos reflexivos y críticos de pensadores(as) nuestroamericanos(as), investigadores(as), profesores(as) y a la vez militantes de los pensamientos jurídicos críticos plurales, donde se encuadra la crítica jurídica. Son contribuciones formativas, informativas y provocativas en las que se insta al debate, contribuyendo a la reflexión comprometida con la transformación política y jurídica en Nuestramérica.

Buena lectura.

UNA OTRA MIRADA PARA LOS DERECHOS HUMANOS: UN APORTE DESCOLONIAL DESDE EL SUR¹

Antonio Carlos Wolkmer

INTRODUCCIÓN

En la temporalidad de rupturas paradigmáticas y nuevos horizontes alternativos descortinados por los inúmeros procesos de luchas, contrapuestos a la globalización neoliberal y a la lógica opresora del sistema-mundo capitalista, y teniendo en cuenta las especificidades vividas en América Latina contemporáneamente, cabe avanzar en la dirección de una concepción de derechos humanos no más tecnicista, oficialista, monocultural y antropocéntrica. Esa es la justificación para el enfoque de un referencial crítico-social de los derechos humanos en su perspectiva de transgresión, de descolonización y de interculturalidad.

Pero al final, ¿cuál el significado y la proposición de un aporte de crítica-social? Y, sobre todo, ¿qué representa el instrumental paradigmático de ruptura que sustenta el discurso acerca de los derechos humanos como instrumento de denuncia y de liberación en espacios societarios periféricos y en procesos de descolonización? ¿Cuál es la razón y el porqué de agregar al concepto de derechos huma-

¹ Fragmentos de este texto han sido utilizados, con adaptaciones, en reflexiones anteriores presentes en Wolkmer, 2015, pp. 256-267 y Rabinovitch-Berkman, 2019, pp. 287-298.

nos la especificidad de una naturaleza cuestionadora y autonómica? Esas cuestiones no poseen respuestas simples. Por eso, la presente incursión, consciente de sus límites, buscará solamente problematizar esas inquietudes y como consecuencia, privilegiar y fortalecer el conocimiento de valoraciones distintas y antagónicas a la propuesta tradicional, liberal-positivista, de fuerte cuño formalista, universalista y monocultural, por medio del fortalecimiento de una matriz teórico-crítica descolonial de los derechos humanos (Wolkmer y Bravo, 2016, p. 41).

Tal revelación histórica de los derechos humanos ha sido pautada por una existencia teórica y una práctica convencional, formalista e ineficiente, condición que determina otra historia interpretativa de los derechos humanos, de derechos insurgentes nacidos de sociabilidades marginadas, excluidas, subalternas; es decir, de las “voces” negadas de la historia.

Esta perspectiva permite señalar la comprensión de los derechos humanos como escenario de luchas y resistencias contra los diversos modos de “colonización del mundo de la vida” promovida por el “proceso civilizatorio”, marcado principalmente por una colonialidad expropiatoria implantada por las metrópolis europeas en América Latina, lo cual sirvió de elemento propulsor para el desarrollo económico-político del sistema capitalista y sus tentáculos de colonialidad de poder y que ha negado y ha violado los derechos de colectividades subalternas y segregadas de la región y de su vinculación con la naturaleza.

Como consecuencia, la descolonización se constituye en el profundo proceso de trascender la modernidad universalista y “eurocéntrica” y sus incongruencias epistémicas y prácticas de dominación, las cuales han servido, desde hace más de quinientos años, para encubrir, detrás del lado “emancipador” de esa modernidad, el mito sacrificial, violento y opresor del llamado “proceso civilizatorio” (Dussel, 1993). Antes que nada, es necesario superar la creencia de que los modelos producidos en el Norte global son universales y adecuados para las sociedades en procesos de descolonización, y así pasar a construir alternativas a partir de la historia, de los saberes y de las luchas promovidas por y en el Sur global, comprendido de la siguiente forma:

Sur global no es entonces un concepto geográfico, aun cuando la gran mayoría de estas poblaciones vive en países del hemisferio Sur. Es más bien una metáfora del sufrimiento humano causado por el capitalismo y el colonialismo a escala global y de la resistencia para superarlo o minimizarlo. Es por eso un Sur anticapitalista, anticolonial y anti-imperialista. (De Sousa Santos, 1989, p. 43)

Por ello, la descolonización es crucial para la interpretación de los procesos jurídico-políticos ocurridos en sociedades periféricas como las de América latina. Esa nueva visión epistemológica, por lo tanto, es una cuestión candente que debe ser suscitada por aquellos que buscan, como propone Wallerstein (2004), procesos contra-hegemónicos al “sistema-mundo capitalista”.

No obstante, es con la invasión de América en 1492 que se ha de tener en mente la relación umbilical entre “modernidad-colonialidad” y la formación económica del capital en los países dependientes. Esa relación constituyente del “sistema-mundo” capitalista, tiene como premisa el reconocimiento de que el racismo es un eje estructural del orden social existente, siendo que en el plano histórico-cultural, sobretudo en los países latinoamericanos y africanos, significó el genocidio físico, material y espiritual de una diversidad de cosmovisiones y modelos de organización alternativos a los vigentes y, principalmente, directa e indirectamente, el exterminio de millones de seres humanos (Wolkmer y Bravo, 2016, p. 47).

Es imprescindible repensar los derechos humanos sin confundirlos con los derechos estatales positivados, que además sean decoloniales e interculturales; derechos que sean interpretados desde una perspectiva integral, sociohistórica y pluralista, dentro de ese espacio de diálogo intercultural que tiene en cuenta una Teoría de los Derechos Humanos contextual y concreta, preocupada con la historicidad cotidiana de las colectividades excluidas representadas por minorías empobrecidas, indígenas, afrodescendientes, contingentes étnicos, multiplicidades de desposeídos; o sea una teoría que colabore orgánicamente con el “bloque social de los oprimidos” y que contribuya a la superación del paradigma jurídico-político moderno y fortalezca la construcción lenta y gradual, de modelos de organización social alternativos al capitalismo y a la razón neoliberal (Dussel, 2006, pp. 64-65).

Con esa intención se deberá buscar, primeramente, la desconstrucción crítico-histórica de una cierta tradición oficialista y hegemónica de derechos humanos, para posteriormente introducir la discusión de la función de una formación jurídica concientizadora, descolonizadora y pluralista, capaz de repensar y reinventar una concepción transformadora de derechos y derechos humanos (Wolkmer, 2009, pp. 18-19).

DESCONSTRUCCIÓN POLÍTICO-SOCIAL DE LA TRADICIÓN HEGEMÓNICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

En primer lugar, es necesario registrar que la trayectoria convencional de los derechos humanos como proclamación del sujeto humano como ser individual, fue constituida en la sociedad europea de los

siglos XVII y XVIII, “proveniente de la cultura burguesa y liberal”. Tal reconocimiento de derechos individuales centrado en la construcción de un sujeto de derecho, no considera que los primeros pasos en dirección a la creación de los derechos del hombre emergieron de las luchas por los derechos de las poblaciones indígenas del siglo XV, en autores como Bartolomé de las Casas y Antonio de Montesinos y en los debates de los teólogo-juristas españoles del siglo XVI, entre ellos Francisco de Vitória, Francisco Suarez y Domingo de Soto².

De esa forma, se reduce entonces a los orígenes más amplios de los derechos humanos generados en el seno de los procesos históricos de resistencias durante el período de conquista y colonización del continente latinoamericano, a partir de los siglos XV y XVI. Así, el colonialismo eurocéntrico en expansión impuso el discurso oficial de que la cultura de los derechos del hombre fue construida y elaborada doctrinariamente por las tradiciones inglesas y francesas; fue la expresión mayor de un capitalismo burgués naciente, de la libre competencia de mercado y de una filosofía individualista, y alcanzó positividad y difusión en las primeras cartas-declaratorias liberales como las del Estado de Virginia (1776), incorporadas a la Constitución de los Estados Unidos de 1787 y a la de Francia referente a los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Seguramente, estas históricas y liberales declaraciones que proyectaban derechos como universales y generales para todos los hombres (los hombres son libres e iguales) representaban los intereses y los privilegios de segmentos sociales ascendientes económicamente, que buscaban instrumentos de protección al libre mercado y la garantía de su propiedad privada. Por detrás de esas enunciaciones solemnes, generales y humanistas de derechos se ocultaban discursivamente conceptualizaciones estrechas, abstractas y contradictorias. Se trataba de derechos idealizados para un hombre burgués, racional e individualista. La asertiva de que todos los hombres serían libres e iguales no se aplicaba a los sujetos subalternos de las colonias de América Latina, África y Asia. Ese artificialismo y falta de acceso a los nacientes derechos del hombre se constataba en su inexistencia para la reglamentación de la situación de los negros que permanecían esclavos en Estados Unidos y en Francia, donde además se mantenía la condición de inferioridad de las mujeres. No solo se negaban los derechos de género, sino también el reconocimiento de derechos a la

2 Observar, al respecto, Rosillo Martínez (2011) y Beuchot (1994).

libertad y a la autodeterminación de los afrodescendientes victoriosos en Haití a partir de 1804^{3,4} (Wolkmer, 2015, pp. 258-259).

Nace así la visión hegemónica eurocéntrica como proyecto mundializado que justifica oficialmente, y por todos los medios, el genocidio de las poblaciones amerindias, la concomitante proscripción de los islámicos y judíos de Portugal y de España a fines del siglo XV y la violenta subyugación de los afrodescendientes a la esclavitud en el Caribe y en América del Sur (Wolkmer, 2015, p. 260).

Más allá del aspecto positivo presente en la Era Moderna (conquistas del Iluminismo, constitucionalismo, reconocimiento de derechos fundamentales), autores como Enrique Dussel destacan la existencia de una real cosmovisión mítica que se funda en un proceso de superioridad y presunción universalista, generadora del “eurocentrismo” (Dussel, 1993, pp. 185-186; Dussel, 2003, pp. 41-53)⁵. A su vez también, y corroborándolo, Samir Amin (1989, p. 9) considera que el “eurocentrismo es un fenómeno específicamente moderno cuyas raíces no van más allá del Renacimiento, que se ha difundido en el siglo XIX y que constituye una dimensión de la cultura y de la ideología del mundo capitalista moderno”.

El eurocentrismo asume la característica de una categoría filosófica fundamental, pues explicita una posición ontológica que engloba el modelo de desarrollo históricamente seguido por Europa, y que se convierte en el paradigma a ser alcanzado por toda la humanidad y sus respectivas culturas. En el campo filosófico, tal característica se observa por ejemplo en dos de los pilares de la Ilustración filosófica: Kant y Hegel. Ambos, a su manera y con las respectivas diferencias, explicitan claramente la perspectiva eurocéntrica hegemónica plasmada en la modernidad, así como su racismo inherente, el cual ha destruido violentamente la riqueza y diversidad sociocultural de los pueblos, de sus colonias y la vasta gama de riquezas naturales existentes. Por tanto, se debe explicitar el “mito moderno” a fin de visualizar el aspecto oculto de la modernidad, y la irracionalidad de su violencia constitutiva con las demás culturas, enfocadas desde un Sur global⁶ (Wolkmer; Bravo, 2016, pp. 48-49).

Se expandió de esa forma, una retórica y una práctica de derechos generados por determinadas condiciones históricas específicas de la modernidad europea, que poseen determinados atributos y que

3 Observar sobre la tradición francesa de los Derechos del Hombre en Villey (1998).

4 Para constatar: Bragato, 2009, pp. 76-77.

5 En Lander (2003, pp. 41-53). Puede verse también Wallerstein (2007, pp. 26 y ss.).

6 Sobre esa discusión “desde el Sur”, ver Connell (2007) y Comaroff (2013).

se proyectan como pertenecientes a toda la humanidad. Es el supuesto universalismo impulsado por los vientos de la Ilustración. Sin embargo, la historia contemporánea ha demostrado que los valores que esos derechos expresan, representan preferencialmente, el patrón de vida idealizado para el hombre occidental, y se le niega al otro no europeo, no cristiano —o sea a aquel clasificado como bárbaro—, ese mismo patrón. Ese bárbaro aquí mencionado incluye, desde los musulmanes de las Cruzadas hasta los pueblos indígenas de América, los negros esclavizados llegados de África, las minorías étnicas que existen dentro de los Estados Nacionales, los excluidos subalternos de Asia e incluso, más recientemente, los trabajadores inmigrantes con sus familias⁷ (Bragato, 2009, p. 97).

Al contrario del discurso hegemónico que tiende a mimetizar la linealidad histórica de la teoría jurídica liberal y a su visión estatal de la ampliación de derechos, dos elementos son cruciales para un salto cualitativo en el debate y en las reflexiones sobre la actuación de los movimientos sociales latinoamericanos en su lucha insurgente por derechos, y se refieren a los procesos pedagógicos de descolonizar e instituir la formación por la interculturalidad⁸ (Wolkmer; Bravo, 2016, p. 50). En contraposición a los procesos de la colonialidad opresora engendrada por el “eurocentrismo”, adviene la ruptura anticolonial de los excluidos del “sistema-mundo”⁹, proporcionando saberes insurgentes, formas de resistencias y de respuesta “trans-moderna descolonial del subalterno ante la modernidad eurocéntrica” (Grosfoguel, 2008, p. 74).

Se destaca que según asertiva de Walter Mignolo (2008, p. 304), descolonizar comprende “pensar a partir de la exterioridad y en una posición epistémica subalterna, *vis a vis*, la hegemonía epistémica que crea, construye, erige un exterior a fin de asegurar su interioridad”. La propuesta del pensar descolonial consiste, como recuerda Bragato (2014, pp. 201 y ss.), en un “proyecto epistemológico fundado en el reconocimiento de la existencia de un conocimiento hegemónico, y sobre todo en la posibilidad de cuestionarlo a partir de sus propias inconsistencias y en la consideración de conocimientos, historias y racionalidades que se han hecho invisibles por la lógica de la colonialidad moderna”. Por la fuerza de tales procesos de reconocimiento, la proposición crítica e intercultural de los derechos humanos constituida en el pensamiento descolonial impulsa la ruptura con las amarras

7 Consultar también Zea (1998).

8 Para una mejor comprensión, véase también Fernet-Bertancourt (2009); Viaña (2009); Walsh (2012).

9 Sobre el “sistema-mundo”, profundizar en Wallerstein (2004).

de la colonialidad del poder, y crea condiciones para la emancipación del “otro”, del subalterno¹⁰ y del “no-ser” excluido y condenado de la tierra¹¹.

Se trata, por tanto, de reescribir en la temporalidad los derechos humanos sin confundirlos necesariamente con normatividades estatales positivadas, sino que sean materialización concreta de nuevas y diversas sociabilidades en el ejercicio de prácticas sociales con fuerza legitimadora para instituir derechos liberadores como expresión de la dignidad humana (Herrera Flores, 2009, pp. 37, 75, 116), derechos que sean interpretados en una narrativa contextual, descolonial, compleja e intercultural. Ese escenario de interculturalidad reconoce la inserción de otros saberes y otras tradiciones culturales que van más allá del Occidente, pues existe también

[...] una tradición intelectual de resistencia al imperialismo y a la violencia del Estado, en la cual [...] los derechos humanos han sido centrales. Este canon alternativo puede incluir la obra de figuras como Bartolomé de Las Casas, Antonio Vieira, Guamán Poma, Ottobah Cugoano, Toussaint L’Ouverture, Sojourner Truth, W.E.B. Du Bois, Gandhi, Martin Luther King, Dalai Lama, Nelson Mandela, Rigoberta Menchú y Upendra Baxi [...]. Estos pensadores han sido omitidos de la historia y de la teoría de los derechos; sin embargo, deberían aparecer prominentemente junto a los marcos de la hoy dominante, aunque incompleta, teoría eurocéntrica de los derechos humanos. (Barreto, 2012, p. 23)¹²

Se trata, en síntesis, de traer para el espacio de las luchas históricas por diversidad y reconocimiento por la diferencia, los fundamentos del diálogo y de la praxis intercultural dentro del marco de acciones jurídicas pedagógicas descoloniales, dirigidas hacia otra concepción de derechos humanos.

PROCESOS PARA UNA INTERPRETACIÓN DESCOLONIAL DE DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

Ya discutidos algunos puntos de la trayectoria instituida de la teoría etnocéntrica occidental de los derechos humanos y el necesario proceso de descolonización, se pasa a problematizar la función del saber pedagógico, de aporte crítico y descolonial, capaz de despertar y concientizar como estrategia de conquista y efectivación auténtica de derechos humanos dentro de un contexto más amplio. En ese sen-

10 Véase Spivak (2011) y Guha (2002).

11 En Fanon (2009, pp. 42 y ss.).

12 Ver también Twining (2009).

tido hay que articular e interactuar con la interdependencia necesaria entre conceptos esenciales en ese aporte, como la educación social concientizadora y derechos humanos interculturales.

El papel del proceso pedagógico no huye de la vocación histórica de concientizar, transformar y ejercitar la libertad humana. Es por medio de una práctica de educación liberadora que se crean las condiciones para una opción radical de lucha, de respeto a la diversidad y transformación de las sociedades¹³. Seguramente la deshumanización no es una vocación histórica de los hombres ni tampoco la exclusión, y el orden social injusto no debe expresar las condiciones naturales de la comprensión y corporalidad humana. En verdad, la humanización es una vocación de los seres humanos, constantemente “negada por las circunstancias reales de la historia [...] el ser humano es la síntesis dialéctica de la opresión y de la lucha por libertad y justicia; la deshumanización, que es la situación real de la existencia humana, contiene las condiciones necesarias de su propia negación” (Peluso, 1994, p. 41).

La educación social concientizadora, desde la perspectiva de Paulo Freire, implica el “esfuerzo permanente a través del cual los hombres van percibiendo, críticamente, como es el mundo con el cual y en el cual se encuentran”. Por ello “la educación es un quehacer permanente, debido a la inconclusión de los hombres y del devenir de la realidad” (Freire, 1978, pp. 82-83). El ser social que surge y que resulta de una exigencia plural de la transformación, está íntimamente vinculado a un proceso de percepción crítico-educadora y de abandono de la realidad mítica creada y desarrollada por la estructura dominante. La afirmación de una educación crítica y transformadora debe ser esencialmente concientizadora, liberadora y pluralista, la cual restaura la dignidad histórica de los sujetos sociales y le da otro significado a los derechos insurgentes como expresión de necesidades humanas¹⁴. Se impone entonces la práctica descolonizadora, en que la educación se presenta como “el proceso que hace que el ser humano actúe y adquiera conciencia de su propia realidad”. Así, educación significa, según Freire, educación cultural para la humanización o concientización y transformación” (Peluso, 1994, p. 39). Es evidente que la propuesta pedagógica crítica y descolonizadora aquí compartida se revela como un fuerte instrumento de transformación que actúa íntima y permanentemente a fin de concretizar los cambios de la sociedad. Se trata de proposi-

13 Ese ítem se basa, con adaptaciones, en nuestro trabajo anterior *O que a História tem a dizer sobre a Educação em Direitos Humanos*. En Bittar, 2008, pp. 210 y ss.

14 Consultar, en ese sentido Heller (1994, p. 91).

ción metodológica pluralista que privilegia el diálogo intercultural, la participación comunitaria, la formación de una conciencia crítica del mundo y una nueva relación plural dialógica (Peluso, 1994, p. 44). De esa forma, la educación es un proceso constante “reconstruido por la praxis”, que se ha mostrado problematizador, creativo y emancipador (Peluso, 1994, pp. 59-60; Freire, 1980, p. 81; Freire, 1978, pp. 211-217)¹⁵.

Entretanto, en qué medida una comprensión transformadora y descolonizada del tiempo presente y una educación fundada en la pluralidad y respeto a la diversidad pueden contribuir a la concepción innovadora de la formación jurídica. Antes que nada importa aclarar cuál es la propuesta plural de derechos anhelada, y a partir de ese punto de vista el proceso de reconocimiento y afirmación formal universalista de los llamados derechos humanos constituye una consolidación de la modernidad occidental¹⁶. Esa contextualidad de la formación de derechos, aunque favorecida por los ideales de la cultura liberal-individualista, por la doctrina del iusracionalismo y por los vientos de la Ilustración, se debe en gran parte, no solamente en función de las transformaciones de la sociedad, pero por la insurgencia de diversos procesos de luchas y resistencias. El desarrollo y los cambios sociales están directamente vinculados a la aparición, a la multiplicación y a la universalización de los derechos del hombre. Esa producción y reconocimiento histórico en el campo de los derechos humanos refleja, según la opinión de Bragato: “justamente esa lógica que se puede denominar como eurocéntrica, razón por la cual se ha convenido pensarla como producto de la cultura y del esfuerzo político del occidente y, por tanto, tiene poco o nada que ver con la historia de los pueblos no occidentales” (Bragato, 2015, p. 165). No obstante, como llama la atención Rajagopal, es indiscutible la función estratégica del discurso de los derechos humanos como fuerza “moralmente autorizada y de resistencia para las ‘mayorías sociales’ oprimidas del Tercer Mundo”. Tales mayorías o colectivos sociales cada vez más “no sólo se han organizado en torno a identidades ‘tradicionales’ como la clase, la nación o la etnicidad, sino que también lo han hecho alrededor de las ‘nuevas identidades’ como el ser mujer, homosexual o defensor del medio ambiente.” (Rajagopal, 2005, pp. 206-208).

Naturalmente, los derechos humanos se refieren a los procesos de luchas en constante gestación provocadas por necesidades, reivindicaciones y conflictos sociales. En cada época hay derechos de naturaleza

15 Consultar, igualmente Freire (1996, pp. 109 y ss.).

16 Observar Wolkmer (2018).

humana contextualizados y específicos, nacidos de enfrentamientos y resistencias surgidos en cualquier momento y representando necesidades, exigencias valorativas u oposición a las formas injustas de poder. La realidad contemporánea ha valorado y reconocido constantemente nuevos derechos humanos de naturaleza individual y social meta-individuales y atípicos.

Aunque los derechos humanos han servido de instrumento a fin de estimular no solo la lucha y la garantía contra las formas arbitrarias de poder, sino también las prácticas de resistencia y de defensa de las libertades personales, su discurso no ha dejado de identificarse, tradicionalmente, con construcciones formales, dogmáticas y abstractas, en que su legitimación y efectividad se reducen al poder oficial de manipulación del Estado (Wolkmer, 2006, p. 123). En la asertiva de Bragato, “no se puede negar que los derechos humanos son, al mismo tiempo, pretensiones garantizadas por la ley y por normas ampliamente violadas; pretenden ser libertarios y son armas de opresión cuando se transforman en retórica para legitimar intervenciones autoritarias” (Bragato, 2015, p. 168). Para enfrentar la complejidad contemporánea, marcada por la globalización neoliberal y por las nuevas prácticas neocoloniales, se constata la necesidad de reinventar la teoría y la práctica pedagógica destinada a la formación de los derechos humanos (Herrera Flores, 2004, p. 95)¹⁷. Es importante discutir radicalmente la racionalidad individualista, formalista y estatista del Derecho y de la propia institución de los derechos humanos y su pretendida universalidad monocultural.

Seguramente, la construcción de derechos humanos, comprometida con la praxis social condice, citando Herrera Flores (2002, pp. 9 y ss.), con una visión compleja de derechos, en la cual se propone una “racionalidad de resistencia” como pensamiento insurgente desde el Sur, para confrontar con la “racionalidad formal” y capaz de instituir procesos de luchas por la dignidad humana. Mientras tanto hay que reconocer, según Herrera Flores (2018, pp. 170-171), el carácter ambiguo de los derechos humanos considerando que, por un lado están asociados a la producción cultural del occidente y “que han ejercido un papel fundamental en la justificación y la expansión ideológica colonialista,” y reconocer además, por otro lado, “su dimensión transformadora y crítica”, cuando “utilizados para enfrentar la globalización capitalista y la expansión de sus consecuencias injustas y opresivas”¹⁸.

17 En Sánchez Rubio; Herrera Flores; Carvalho (2004).

18 En Castillo (2018, pp. 170-171).

Es significativo, por tanto, el proceso educativo de repensar y de reordenar la dimensión histórica de derechos comprendidos aquí como derechos humanos en su manifestación compleja, contextual, descolonial e intercultural¹⁹.

Ante esa comprensión, es relevante también considerar los derechos humanos desde la perspectiva del pluralismo jurídico en su perfil “emancipador y desde abajo”, posibilitando una normatividad comunitaria y participativa y manifestándose “de una manera más abierta y flexible a la acción individual y colectiva de los miembros de una sociedad menos rígida que la ofrecida por las normas jurídico-estatales.” (Sánchez Rubio, 2018, p. 34)²⁰.

Al mismo tiempo es notorio que se admitan los límites que contaminan la teoría convencional de los derechos humanos, pues representa características “excesivamente normativistas, procedimentales, formalistas y pos-violatorias”. Complementando, hay que transponer esa visión cerrada y avanzar hacia una mirada más amplia a partir de su práctica, reivindicando, según Sánchez Rubio

La “dimensión instituyente y creativa de todos los seres humanos que son quienes participan en la construcción de unos derechos entendidos a tiempo completo y en todo lugar. Frente a una cultura que reduce la defensa de los derechos a instancias judiciales y a políticas públicas [...], se ofrece un concepto más complejo que entiende que los derechos humanos se hacen, construyen, desarrollan y garantizan en todos los espacios sociales (íntimo, doméstico, de producción, de mercado, de ciudadanía, de comunidad, etc.) a través de un sistema plural de garantías e inter-escalas, que implemente un conjunto multigarantista de reconocimiento y protección en todos los niveles [...], tanto en instancias estatales como [...] en instancias no estatales de la sociedad civil, a partir del poder instituyente popular crítico, emancipador y transformador. (Sánchez Rubio, 2018, pp. 14-15)

Sobre este tema importa instrumentalizar una formación jurídica capaz de estimular y sustentar una práctica crítica y emancipadora de derechos humanos, que “parta de historias negadas de los sectores oprimidos y sus capacidades creativas de resistencia y de organización para conquistar las condiciones materiales, culturales, psíquicas y naturales de vida.” (Castilho, 2018, p. 205).

En resumen, es en ese proceso, por la educación jurídica descolonizadora, pluralista y emancipadora que hay que pensar y trabajar para construir la formación crítica de los derechos humanos.

19 Ver: Beuchot (2005); Panikkar (2004) en Baldi (2004).

20 Observar también: Sánchez Rubio (2011, pp. 19-51).

CONCLUSIONES

La perspectiva de derechos humanos contrahegemónicos y descoloniales que surja de espacios dependientes y negados desde el Sur, así como la expresión de las nuevas sociabilidades insurgentes, se convierte en factor esencial no solamente para producir e impulsar la acción transformadora como alternativa para la desconstrucción de viejas prácticas jurídicas de colonialidad del ser, del saber y del poder, sino igualmente para contemplar nuevos y complejos problemas que emergen de la ruptura con el reduccionismo y la segregación de lo colonial, de la cultura normativista etnocéntrica (Quijano, 2003, pp. 201 y ss.)²¹.

Se hace necesario localizar y reconstruir conceptualmente los derechos humanos a fin de que “sean reconocidos por la mayor parte de la humanidad, en la cual se incluya a los no occidentales, [...] respondiendo así a los diversos deseos, visiones, perspectivas y tendencias de los pueblos de diferentes culturas, religiones y civilizaciones” (Yasuaki, 2017, p. 241).

Dentro de ese horizonte hay que buscar, según José Manuel Barreto, condiciones para el diálogo como otra estrategia para descolonizar la teoría de los derechos humanos, en un esfuerzo de cambiar ideas y avanzar.

La transición del hábito de monólogo para una conversación auténtica ayudará a todos a fin de lograr una visión menos etnocéntrica [...]. El cambio del soliloquio al diálogo como metodología, proceso hermenéutico o *ethos* — la lucha para justificar y construir espacios para discusión — puede llevar a la teoría de los derechos humanos a una perspectiva menos eurocéntrica y provincial. En otras palabras, puede conducir a una teoría más pluriversal²² — basada en muchas perspectivas, geografías, historias y racionalidades — y a una comprensión de los derechos humanos, así como de sus consecuencias para la justicia social y global. (Barreto, 2012, p. 35)²³

En síntesis, el desafío reside en darle un nuevo significado a la concepción de derechos humanos que, sin dejar de estar inserida en los actuales procesos culturales de globalización y en la interlocución con las matrices “hegemónicas” del Norte, pueda también centrarse en la geografía de lo local, de lo periférico, del “otro”, como manifestación intercultural de procesos de luchas y resistencias. Es decir: dentro de

21 En Lander (2003, pp. 201-246).

22 Sobre la cuestión de la “pluriversalidad” se puede ver Ramose (2011). Igualmente, Escobar (2018, pp. 43-49). Para una aproximación de la “pluriversalidad” con los derechos humanos, véase también Sánchez Rubio (2011, pp. 39 y ss.)

23 Ver igualmente Baxi (2006)

sus espacios contrahegemónicos y de saberes locales, la dimensión descolonial e intercultural de los derechos humanos instaaura el reconocimiento de nuevas potencialidades de saberes y de relaciones de vida, nuevos procesos liberadores, teniendo en cuenta una dimensión “pluriversal”²⁴ que no se reduzca únicamente a la realidad latinoamericana, sino también a la de otras experiencias sociales no-occidentales, a partir de una mirada humanizadora desde el Sur y hacia el Sur.

BIBLIOGRAFÍA

- Amin, Samir (1989). *El Eurocentrismo. Crítica de una Ideología*. México: Siglo XXI.
- Babinovich-Berkman, Ricardo (2013). *¿Cómo se hicieron los Derechos Humanos? Un viaje por la historia de los principales derechos de las personas*. Buenos Aires: Didot.
- Babinovitch-Berkman, Ricardo (Ed.) (2019). *Los Derechos Humanos desde la Historia. Inmersiones libres*. Santiago de Chile: Editorial Hammurabi.
- Baldi, César Augusto (Org.) (2004). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Barreto, José Manuel (2012). *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*. United Kingdom: Cambridge Scholars Publishing.
- Barreto, José Manuel (2013, 23 de agosto). ¿Podemos descolonizar los derechos humanos? *Open Democracy*. <https://www.opendemocracy.net/es/podemos-descolonizar-los-derechos-humanos/>
- Baxi, Upendra (2006). *The Future of Human Rights*. New Delhi: Oxford University Press.
- Beuchot, Mauricio (2005). *Interculturalidad y Derechos Humanos*. México: UNAM/Siglo XXI.
- Bobbio, Norberto (1992). *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus.
- Bragato, Fernanda Frizzo (2009). *Pessoa Humana e Direitos Humanos na Constituição Brasileira de 1988 a partir da Perspectiva Pós-Colonial* [Tesis doctoral]. São Leopoldo.
- Bragato, Fernanda Frizzo (2014). Para Além do Discurso Eurocêntrico dos Direitos Humanos: contribuições da descolonialidade. *Novos Estudos Jurídicos*, 19(1).
- Bragato, Fernanda Frizzo (2015). Aportes do Pensamento Descolonial para pensar criticamente os Direitos Humanos.

24 Para una cosmovisión epistémica de la “pluriversalidad”, ver Ramos (2011).

- En: Santos Copett, André Leonardo, Lucas, Doglas Cesar y Bragato, Fernanda Frizzo (Orgs.), *Pós-colonialismo, pensamento Descolonial e Direitos Humanos na América Latina*. Santo Ângelo: FURI.
- Castilho, Natalia (2018). *Reinventando os Direitos Humanos a partir do Sul: Herrera Flores e a crítica descolonial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- De Sousa Santos, Boaventura (1989). Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade. *Direito e Sociedade*, (4).
- Dussel, Enrique (1993). *1492. O Encobrimento do Outro. A Origem do Mito da Modernidade*. Petrópolis: Vozes.
- Dussel, Enrique (2006). *20 tesis de política*. México: Siglo XXI.
- Escobar, Arturo (2018). *Otro Posible es Posible: Caminando hacia las transiciones desde Abya Yala/Afro/Latino/América*. Bogotá: Desde Abajo.
- Fariñas Dulce, María José (1997). *Los Derechos Humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la "actitud postmoderna"*. Madrid: Dykinson.
- Freire, Paulo (1978). *Pedagogia do Oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- Freire, Paulo (1980). *Conscientização: teoria e prática da libertação. Uma introdução ao pensamento de Paulo Freire*. São Paulo: Moraes.
- Freire, Paulo (1996). *Educação como Prática da Liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- Gallardo, Helio (2008). *Teoría Crítica: matriz y posibilidad de Derechos Humanos*. Murcia: DSR.
- Galtung, Johan (1994). *Direitos Humanos: uma Nova Perspectiva*. Lisboa: Piaget.
- Grosfoguel, Ramón (2008). Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, (80).
- Heller, Agnes (1978). *Teoría de las necesidades en Marx*. Barcelona: Península.
- Herrera Flores, Joaquin (2002, 20 de noviembre). Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*. <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>
- Herrera Flores, Joaquín (2004). Los Derechos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. En: Sánchez Rubio,

- David.; Herrera Flores, Joaquin y Carvalho, Salo (Orgs.), *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidade desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Herrera Flores, Joaquín (2008). *La reinención de los Derechos Humanos*. Sevilla: Atrapasueños.
- Herrera Flores, Joaquin (2009). *Teoria Crítica dos Direitos Humanos: Os Direitos como Produtos Culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Leal, Silvia; Fagundes Machado, Lucas (Orgs.) (2016). *Direitos Humanos na América Latina*. Curitiba: Multideia.
- Mignolo, Walter (2007). *La idea de América Latina*. Barcelona: Gedisa.
- Mignolo, Walter (2008). Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. *Cadernos de Letras da UFF*, (34).
- Panikkar, Raimundo (2004). Seria a noção de direitos humanos uma concepção ocidental? En Baldi, César Augusto (Org.), *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Peluso, Luis Alberto (1994). *O Projeto da Modernidade no Brasil*. Campinas: Papyrus.
- Quijano, Aníbal (2003). Colonialidad del poder: Eurocentrismo y América Latina. En: Lander, Edgardo (Comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO.
- Rajagopal, Balakrishnan (2005). *El derecho Internacional desde Abajo. El Desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*. Bogotá: ILSA.
- Ramose, Mogobe (2011). Sobre a legitimidade e o estudo da filosofia africana. *Ensaio Filosóficos*, (4).
- Rosillo Martínez, Alejandro (2011a). Fundamentación de Derechos Humanos desde la Filosofía de la Liberación. [Ponencia] VI Conferencia Latinoamericana de Crítica Jurídica. La Plata, Argentina.
- Rosillo Martínez, Alejandro (2011b). *Los inicios de la tradición iberoamericana de Derechos Humanos*. San Luis Potosí: UASLP/ CENEJUS.
- Sánchez Rubio, David (2011). *Encantos y desencantos de los Derechos Humanos. De emancipaciones, liberaciones y dominaciones*. Barcelona: Icaria.
- Sánchez Rubio, David (2018). *Derechos Humanos, Instituyentes, Pensamiento Crítico y Praxis de liberación*. México: Akal.

- Santos Copett, André Leonardo, Lucas, Doglas Cesar y Bragato, Fernanda Frizzo (Orgs.), (2015). *Pós-Colonialismo, pensamento Descolonial e Direitos Humanos na América Latina*. Santo Ângelo: Furi.
- Sidekum, Antônio (2002). Multiculturalismo: desafios para a Educação na América Latina. En: Lambert, E. (Org.), *Educação na América Latina: encontros e desencontros*. Pelotas: EDUCAT/ UFPel.
- Spivak, Gayatri Chakravorty (2011). *¿Puede Hablar el subalterno?* Buenos aires: El Cuenco de Plata.
- Stavenhagen, Rodolfo (1998). Derechos Humanos y Ciudadanía Multicultural: los pueblos indígenas. En: Martín Díaz, Emma y Obra Sierra, Sebastián (Eds.), *Repensando la Ciudadanía*. Sevilla: El Monte.
- Twining, William (2009). *Human Rights, Southern Voices*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Villey, Michel (1998). *Le Droit et Les Droits de L'Homme*. París: PUF.
- Wallerstein, Immanuel (2004). *Análisis de Sistemas-Mundo: una introducción*. México: Siglo XXI.
- Wolkmer, Antonio Carlos (2006). Pluralismo Jurídico, Direitos Humanos e Interculturalidade. *Revista Sequência*, (53).
- Wolkmer, Antonio Carlos (2008). O que a História tem a dizer sobre a Educação em Direitos Humanos. En: Bittar, Eduardo (Coord.), *Educação e Metodologia para os Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin.
- Wolkmer, Antonio Carlos (2015). *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Saraiva.
- Wolkmer, Antonio Carlos (2017). *Teoría Crítica Del Derecho desde América Latina*. México/Madrid: Akal.
- Wolkmer, Antonio Carlos (2018). *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Madrid: Dykinson.
- Wolkmer, Antonio Carlos; Maldonado Bravo, Efendy Emiliano (2026). Horizontes para Se Repensar os Direitos Humanos numa Perspectiva Libertadora. En: Da Silva Leal, Jackson. S. y Machado Fagundes, Lucas (Orgs.), *Direitos Humanos na América Latina*. Curitiba: Multideia.
- Yasuaki, Onuma (2017). *Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional*. Belo Horizonte: Arraes.
- Zea, Leopoldo (1988). *Discurso desde la Marginación y la Barbarie*. México: Fondo de Cultura Económica.

TEORÍA CRÍTICA DE DERECHOS HUMANOS DESDE LO COMÚN

Alejandro Rosillo Martínez

INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos han tenido diversas funciones, algunas de las cuales pueden considerarse contrarias entre sí; en efecto se pueden encontrar varias visiones de derechos humanos. Por visión se entiende un entramado que incluye definiciones, teorías, intereses, pero sobre todo prácticas concretas con un sentido real que generan tramas sociales y relaciones de poder. Derechos humanos no son meros valores a ser realizados, o definiciones de derechos subjetivos que se encuentran en documentos constitucionales o en tratados internacionales, sino que se entienden como procesos socioculturales (Herrera, 2005). Entonces, se puede hablar de por lo menos, de tres visiones de derechos humanos.

David Velazco sostiene que existe “una visión hegemónica de corte conservador; que no sólo se impone como un aspecto fundamental de la dominación simbólica neoliberal, sino que, en la práctica, sólo reconoce los derechos liberales a la libertad, la democracia y el libre mercado, como ese pensamiento los concibe” (Velazco, 2014, p. 2). Otra visión correspondería a aquellas posturas que desarrollan el derecho internacional de los derechos humanos, que parten del supuesto de un Estado que protege y garantiza derechos, muy vinculados al modelo del Estado benefactor, del Estado garantista o del Estado

constitucional. Y, por último, una tercera visión, que significa la búsqueda de otras maneras de entender y proteger derechos humanos, representadas por los movimientos sociales antisistémicos.

De estas tres visiones, en el ámbito político es bien conocida la primera: es la política exterior de Estados Unidos, y en general de los países del Norte global, que ven en los derechos humanos el discurso legitimador de la seguridad jurídica para el libre comercio y las inversiones. La segunda es la más conocida en el ámbito jurídico: normas e instituciones —nacionales o internacionales— que operan dentro o en estrecha relación con el Estado-nación para garantizar una serie de derechos subjetivos reconocidos como universales. Ambas tienen un mismo sustento teórico, que se le podría titular como la “teoría tradicional” de derechos humanos¹.

Si bien es discutible hablar de una “teoría tradicional”, se hace referencia a algunos puntos comunes que se encuentran en la conformación de la comprensión dominante. Esta teoría va acompañada de un imaginario social: cada individuo se considera igual a los demás individuos, con una esfera idéntica de derechos subjetivos. Esta esfera le significa su campo legítimo de acción dentro de la sociedad en dos sentidos: como ámbito donde su actuar en la sociedad no daña a otros individuos y como criterios de control del poder político, tanto en aquello que el Estado no puede hacer para afectarlo como en aquello que debe hacer para beneficiarlo.

Por otra parte, la visión menos conocida, y que requiere una mayor reflexión, es la tercera: aquella que se genera desde subjetividades emergentes, movimientos antisistémicos, es decir, desde abajo. A ésta, se le puede nombrar como una visión liberadora de derechos humanos. Diversos autores relacionados con los procesos liberadores de pueblos o sujetos oprimidos por las actuales estructuras de la globalización capitalista, han destacado la importancia de trascender de las visiones clásicas de derechos humanos a una compleja (Senent, 2007; Sánchez, 2018).

Las praxis de liberación que han efectuado diversos sujetos en los últimos tiempos muestran que la manera normativista-liberal-burguesa de concebir los derechos humanos no da cuenta cabalmente de la realidad. Por eso es necesario abrirse a la complejidad, a recuperar su conexión con la realidad, y de ahí que actualmente “el derecho, que redujo la complejidad de la vida jurídica a la seguridad de la dog-

1 Nombrar como “teoría tradicional” es por referencia al clásico texto de Max Horkheimer, donde contrapone la teoría crítica a la teoría tradicional (Horkheimer, 2003, pp. 223-271).

mática, redescubre el mundo filosófico y sociológico en busca de la prudencia perdida” (De Sousa Santos, 2009, p. 48).

Una visión liberadora de derechos humanos busca no mutilar lo humano; parte del sujeto vivo, corporal y necesitado, y lo mantiene como su punto crítico (Rosillo, 2013). No cae en el solipsismo normativo, ni en el formalismo, sino que aborda derechos humanos desde las diversas parcelas de la realidad histórica donde inciden. Esto porque son momentos de la praxis de liberación de los seres humanos que se constituyen como sujetos en el encuentro con otros sujetos y con el mundo, en busca de producir, reproducir y desarrollar sus vidas. Su soporte se refiere a una teoría crítica, si se entiende por ella, entre otras cosas, “toda teoría que no reduce la ‘realidad’ a lo que existe” (De Sousa Santos, 2000, p. 23). Una visión liberadora de derechos humanos está en función de abrir el pensamiento para valorar las alternativas a lo dado empíricamente. Los derechos humanos deben ser motivo, más que de conformidad con un “sistema constitucional de derechos”, de incomodidad, de inconformismo y de indignación ante las realidades que deben ser transformadas y superadas.

En la conformación de esta teoría crítica de derechos humanos, que responde a una visión liberadora, ¿cómo podría intervenir “lo común” o “el procomún”? Es lo que a continuación se desarrolla.

EL COMÚN Y LA TEORÍA CRÍTICA DE DERECHOS HUMANOS

¿Qué se entiende por teoría crítica de derechos humanos? Ellacuría señala que la función liberadora de la filosofía parte de la constatación de la existencia de ideologías como una de las fuerzas que empujan la historia. De ahí la necesidad de una función crítica y de una capacidad creativa de la filosofía, en uso de un *logos* histórico que va más allá del *logos* contemplativo y no se reduce a un *logos* meramente práxico. Todo esto posibilitado, en parte, por ubicar el lugar epistemológico en la lucha por la liberación realizada por los pueblos (Ellacuría, 2005, pp. 93-121). Es decir, se entiende por teoría crítica de derechos humanos aquella que piensa desde la realidad a partir de las víctimas de los sistemas. Esto significa una comprensión de la inteligencia humana en la que la verdad no está dada, sino que se va construyendo.

Como señala Dussel, “se trata, entonces, de tomar en serio al espacio, al espacio geopolítico. No es lo mismo nacer en el Polo Norte o en Chiapas que en Nueva York” (Dussel, 1996, p. 14). Por tanto, una teoría crítica de derechos humanos no busca la construcción de ciudadanos burgueses de un Estado moderno, sino de personas, pueblos y comunidades que, frente a la exclusión de las que son víctimas, se empoderan para llegar a ser sujetos de su propia historia. En este sentido, un punto de partida es asumir la complejidad, superando el

reduccionismo que se da en la teoría tradicional que sustenta la visión liberal capitalista (el ser humano como mero individuo en busca de sus intereses, dentro de la dicotomía Estado-Mercado), y la visión normativista-axiológica (los derechos humanos como normatividad nacional e internacional que desarrolla valores universales). Para recuperar esta complejidad, la categoría del “común” o el “procomún” puede ser útil.

EL COMÚN O PROCOMÚN²

Para explicar la acción colectiva, y en especial para otorgar nuevas categorías de análisis a las luchas sociales de las últimas décadas, diversos autores han desarrollado la idea del “común” o de lo “procomún”. Se trata de una categoría que se refiere tanto a la recuperación de una historia invisibilizada por la Modernidad, como a una forma de entender la construcción de las relaciones y espacios sociales que ha sido confrontada y destruida por el desarrollo del capitalismo. Es de destacar la obra publicada en 1990 por Elinor Ostrom (2011), *El gobierno de los comunes*, donde a partir de experiencias en diversas partes del mundo, demuestra la posibilidad de una gestión colectiva sustentable de los recursos comunes sin la necesidad de la propiedad pública o privada. Demostró que, en una gran cantidad de casos, las comunidades (o los comuneros) satisfacen sus necesidades de manera colectiva y organizada, utilizando de manera equitativa y racional los recursos como el agua, los bosques, las praderas, etcétera. Esto gracias a que los pobladores tienen la capacidad de establecer normas dinámicas que permiten un control de uso, acceso e infracciones a los recursos comunes.

Las investigaciones de Ostrom contradicen uno de los dogmas de la economía clásica capitalista, que sostiene que en el mercado los individuos actúan bajo su propio egoísmo con deseos ilimitados, por lo que considerar que pueda existir la cooperación y la gratuidad en la gestión de los recursos naturales es una creencia ingenua y peligrosa. Este dogma se le ha conocido como la “tragedia de los comunes”, en referencia al artículo publicado por Garrett Hardin en 1968, donde se afirma que la degradación del ambiente se dará al final de cuentas cuando se trate de un escenario donde muchos individuos utilizan un recurso común escaso. Pone como ejemplo el caso de un pastizal

2 Se usará de manera indistinta el sustantivo “común” y “procomún”, pero siempre diferenciándolo del adjetivo calificativo y de la referencia a *algo común*. Se usa como sustantivo porque se refiere no tanto a un bien o a un conjunto de bienes colectivos, sino a la praxis que genera la autogestión, el autogobierno, etc., y que crea, entonces sí, los bienes comunes.

abierto a todos, y sostiene que un pastor racional buscará su beneficio directo, y entonces procurará un beneficio mayor de manera directa introduciendo más animales a pastorear; al final, como los demás individuos harán lo mismo, el pastizal se terminará (Hardin, 1968, p. 1244). La misma postura fue sostenida por diversos economistas, usando la “tragedia de los comunes” para analizar diversos problemas alrededor del mundo. Al final, sostienen que donde una gran cantidad de individuos tiene un acceso a un recurso para uso común, la extracción será mayor al nivel óptimo para su sustentabilidad (Ostrom, 2011, pp. 37-38). En conclusión, la tragedia sólo puede superarse a través de una regulación externa y vertical de ese recurso, quitándole su característica de común, para hacerlo privado o público.

Los resultados de Ostrom dieron pie a una cantidad importante de investigaciones, fundamentando una práctica y una ética de la economía de la suficiencia (Bollier, 2016, pp. 38-39). Pero, sobre todo —y es lo que interesa en estas páginas— desarrollaron dos puntos fundamentales: recuperar el común de la tiranía de la narrativa que ejercía la “tragedia de los comunes”, que conllevó a realizar una historia del procomún. Y a partir de la recuperación de esta historia, dar cuenta de dos cuestiones: (1) que el común ha existido a través de la historia de la humanidad y que su destrucción ha sido parte de los procesos de la expansión de la modernidad capitalista; y (2) que el fundamento de lo común no está en los bienes colectivos, sino en algo más radical, en la praxis instituyente.

En cuanto la narrativa histórica del común, se recuerda que desde Aristóteles se encontraba una postura en contra, semejante a la de Hardin: “Lo común a muchos recibe el mínimo cuidado: cada cual se preocupa muchísimo de lo propio, de lo común muy poco, o sólo en cuanto atañe a él, en cuanto a los demás se desentendiendo mucho, pues otros [así se piensa] se preocuparán [de ello]” (Aristóteles, 2000, p. 70). Aunque también se recupera el uso de la palabra “común”, como cosa, como bien o como finalidad, durante el pensamiento griego, el romano y el teológico medieval (Laval *et al.*, 2015, pp. 27-49), destaca la lectura que se realiza sobre la *enclosure* (cercamiento) de los comunes en el siglo XIII inglés; la Carta Magna de 1215, y la Carta Foresta de 1225, se interpretan en el contexto de luchas de resistencia de los *commons* a la afectación del dominio real de los bosques (Laval *et al.*, 2015, pp. 335-353).

La transición a la Modernidad significó, en parte, un crecimiento y un aceleramiento de los procesos de cercamiento de lo común (primero, las tierras; luego, los conocimientos). La organización autogestionada de diversas comunidades, principalmente campesinas, aunque también urbanas, fue atacada y destruida de manera violenta,

para lograr la instauración del Estado moderno y el sistema capitalista. Lo común fue cercado, y sustituido por la lógica de la propiedad privada o de la lógica centralista del Estado y la propiedad pública. En este proceso, la persecución de las mujeres significó también una expropiación sobre la corporalidad y la reproducción femenina (Federici, 2015; 2021).

Es de destacar la recuperación que, desde la categoría del común, se realiza de algunos textos de juventud de Karl Marx, especialmente del titulado “En defensa de los ladrones de leña”. Aquí se muestra la crítica que realiza Marx a un proceso de cercamiento de lo común, cuando el Estado prusiano tipificó como delito la recolección de la leña —ramajes caídos en los bosques—, que era una costumbre considerada como un derecho de los pobres para su subsistencia (Bensaïd, 2015). Un bien común, que se autogestionaba desde la comunidad de campesinos pobres, pero que fue cercado para convertirlo en una mercancía: el Estado usó la ley para beneficiar al mercado, protegiendo la propiedad privada contra el uso común. Se impuso la lógica de la mercantilización contra la lógica de la autogestión.

Desde entonces, el cercamiento del común se ha dado en los diversos aspectos de la vida, a través de la privatización y la transformación de toda actividad en mercancía. La regulación de la Modernidad, sustentada por el Estado y el Mercado, por lo privado y lo público, ha significado un constante cercamiento del común: en los recursos naturales, en los espacios e infraestructuras, en el conocimiento y la cultura, en el arte y la estética, etcétera (Bollier, 2016, p. 43).

Si bien la Modernidad se ha distinguido por cercar lo común, una gran cantidad de luchas sociales, pasadas y contemporáneas, se han caracterizado por defenderlo. En este sentido, se habla del paradigma de lo procomún (Bollier, 2016, pp. 177-179), que consiste tanto en procesos de resistencia —contra el cercamiento del común— como en procesos de creatividad —generación de nuevos comunes—. El resurgimiento del común se ha convertido en una práctica global, tanto porque tiene que ver con recursos, bienes, actividades y prácticas variadas, como porque han intervenido poblaciones de distintas partes del mundo.

Pero, ¿cuál es la principal contribución de esta categoría del común o procomún? Esta consiste en diferenciar los bienes comunes, el bien común, las instituciones, de la praxis instituyente. Es decir, asumir que lo radical al hablar del común no es el recurso o el bien, o el tipo de institución o reglamentación, sino el proceso que crea el común y lo renueva constantemente: “El concepto de ‘praxis instituyente’ tiene por primera función hacer inteligible una creación así: instituir nuevas reglas de derecho es, en efecto, crear una nueva ins-

titución, al menos si se entiende por ‘institución’ el sistema de reglas surgido de la actividad instituyente y no esta actividad en sí misma” (Laval *et al.*, 2015, p. 504).

Lo común no es prioritariamente un objeto o un recurso que, por su naturaleza, sea de uso colectivo, sino las instituciones que se crean y recrean a partir de la praxis instituyente. Por eso, el común incluye recursos físicos o intangibles de diversos tipos (recursos naturales, conocimientos, creaciones, etc.), pero se trata de un paradigma en que interviene un sujeto colectivo determinado, con un conjunto de prácticas sociales, valores y normas utilizadas para gestionar esos recursos. Es decir, “el procomún es un recurso + una comunidad + un conjunto de protocolos sociales. Los tres elementos conforman un todo integrado e interdependiente” (Bollier, 2016, pp. 24-25). Lo central no es preguntarnos si tal recurso es un bien común, sino si hay un sujeto colectivo que ha instituido la manera de gestionarlo como común.

El paradigma de lo procomún, cuyo punto radical se encuentra en la praxis instituyente, tiene una característica fundamental: no puede ser predeterminado en leyes universales, ni pretende proponer un modelo abstracto de gestión. Al contrario, la praxis instituyente, aunque parte de lo dado, significa la creación de instituciones que posibilitan al sujeto colectivo concreto a dar más de sí (Laval *et al.*, 2015, p. 511). Instituir un común es un acto de creación, pero también de resistencia ante situaciones de despojo, que se genera desde un sujeto colectivo concreto, en un contexto histórico determinado. Esto no significa que lo común sea “una palabra goma” que pueda referirse a cualquier situación (Laval *et al.*, 2015, p. 27). Al contrario, se trata de rescatar la diversidad en la unidad, la pluralidad en una universalidad analógica (Beuchot, 2009). En este sentido, Bollier habla de principios amplios que son capaces de adaptarse a circunstancias locales (Bollier, 2016, pp. 27-28).

La universalidad del común es la referida a la praxis instituyente, es decir, que los miembros de una comunidad se constituyen como un sujeto colectivo que establece una institucionalidad para la autogestión. De ahí que Laval y Dardot no hablan de principios amplios, sino de un solo principio político: “Lo común no es un bien, [...] Es el principio político a partir del cual debemos construir comunes y hacer con ellos para preservarlos, extenderlos y conseguir que sobrevivan. Es, por este mismo motivo, el principio político que define un nuevo régimen de las luchas a escala mundial” (Laval *et al.*, 2015, p. 59). En este sentido, no se trata de una universalidad abstracta, sino sólo del principio que funda el sentido que debe tener la praxis, la praxis que decide el carácter de común de una cosa o de un conjunto de cosas, a través de la participación activa y deliberante de los sujetos.

DERECHOS HUMANOS Y EL COMÚN

Una vez delineadas las principales características del común, se verán sus aportes para una teoría crítica de derechos humanos. Se debe superar la simplificación que la teoría tradicional ha impuesto a los derechos humanos. La simplificación conlleva, irremediablemente, a la negación o al cercamiento de lo común.

La teoría tradicional de derechos humanos se inscribe, tanto en la visión neoliberal como en la normativista-axiológica, en la epistemología hegemónica de la Modernidad, que busca ideas claras y distintas (Morin, 2005, p. 29). Durante la Modernidad, el pensamiento simplificador, al ser uno de los pilares de regulación (De Sousa Santos, 2005), negó la diversidad de la juridicidad, en búsqueda de la seguridad y el orden que pretende otorgar la dogmática y la lógica-formal cartesiana. En cuanto a derechos humanos, el intento del pensamiento jurídico de generar un concepto o una definición expresada en una “idea clara y distinta”, más que una mejor protección a la dignidad del ser humano, ha traído como consecuencia una mutilación de la realidad y ha desconocido la materialidad de la praxis histórica donde se insertan. Ha encerrado a derechos humanos en un idealismo que desconoce diversas parcelas de la realidad y, por tanto, impone la idea por encima de los hechos.

Esta simplificación de lo jurídico, hace que el derecho y los derechos humanos se conviertan en estrategias de cercamiento de lo común. En su análisis del *Common Law*, Laval y Dardot dan cuenta, sin expresarlo así, de cómo esta epistemología invisibiliza lo que es auténticamente lo común tratándose de la generación del derecho. Al analizar la costumbre como raíz del derecho común, dan cuenta de dos concepciones hegemónicas, afianzadas durante la Modernidad: la “razón común” que es desvelada por la valoración judicial; y “lo común” que lo es por no restringirse a lo local, sino porque se refiere a toda la nación o a la humanidad entera. En ambos casos, el paradigma simplificador se hace presente a través de la abstracción, anulando la diversidad. La consecuencia de esta construcción del derecho es que la ley no es producto de una praxis instituyente, sino de prácticas de cercamiento de lo común.

En cambio, la costumbre es compleja, es un terreno de conflictos, donde se enfrentan o convergen las diversas fuerzas sociales. De ahí que la costumbre, o su interpretación, estaba en función del sujeto que la pronunciaba y empleaba. Los comuneros usaban o se valían de la costumbre para defender lo común, o para recuperar las prácticas que hace de algo, un común; así generaban una praxis instituyente de resistencia y creación. En cambio, el pensamiento simplificador, contrario al desorden, vincularía el *common law* a la razón de expertos

que supuestamente descubrían y afianzaban el derecho contenido en la costumbre. Aunque en realidad:

[...] contrariamente a lo que pretende la ideología de la *Common Law*, la razón de los expertos judiciales no es limitada a “descubrir” y a “declarar” un derecho ya incorporado a las costumbres, contribuye activamente a modelarlo y a producirlo a voluntad, pisoteando el criterio de antigüedad y descalificando a los usuarios de lo común con categorías imprecisas. (Laval *et al.*, 2015, p. 363)

Esta simplificación a través de la abstracción, y como miedo a lo diverso y a lo múltiple, se expresa con claridad en la teoría tradicional de derechos humanos. Un ejemplo es la problematización que se lleva a cabo respecto al uso del término mismo de “derechos humanos”. Sin duda, no es fácil de definir; ni tampoco es simple y claro, pues su uso tiene que ver con diversas parcelas de la realidad humana (como es la costumbre). La pretensión del pensamiento simple es asumir esta dificultad como un aspecto negativo a eliminar, acusando a “derechos humanos” de ser un concepto ambiguo y manipulable (Atienza, 1989, p. 171). Los posibles problemas generados por la vaguedad del concepto “derechos humanos”, por su ambigüedad, o por su alta carga emotiva no se han de solucionar a través de la mutilación de la realidad, y de desconocer las praxis de liberación de los pueblos. Se debe asumir la complejidad de derechos humanos y aprender a conocerla, pues “[no] se trata de retomar la ambición del pensamiento simple de controlar y dominar lo real. Se trata de ejercitarse en un pensamiento capaz de tratar, de dialogar, de negociar, con lo real” (Morin, 2005, p. 22).

La teoría tradicional de derechos humanos, imbuida en el paradigma de la simplicidad, funciona finalmente como patrón de medida y de exclusión; siempre habrá algo o alguien que quedará marginado del análisis y de la práctica por no responder a ese patrón. Tanto las posturas *iusnaturalistas* como las *iuspositivistas*, la visión neoliberal como la normativa-axiológica, son excluyentes y simplistas, sea porque colocan a derechos humanos en un plano de abstracción ajeno a la historia y a las praxis concretas, o porque reducen el derecho a las normas creadas por el Estado, negando la capacidad creadora de juridicidad de las personas y los pueblos.

El sujeto de derechos humanos también es sometido a la simplificación. La subjetividad del pensamiento jurídico moderno ha sido la del sujeto abstracto, que no asume cabalmente al sujeto que se autogenera a partir de su praxis. En diversas doctrinas *iusfilosóficas* tan alejadas en otras cosas, lo subjetivo no es en referencia al sujeto como ser corporal —que requiere de bienes para producir y reproducir su

vida, que se construye junto con otros, y que con su praxis responde al poder de lo real—, sino que emerge un sujeto abstracto que hace elecciones irreales.

Al desconocer lo múltiple y diverso, el pensamiento simplificador reduce la realidad de derechos humanos a un sistema normativo dado por el Estado, y a un sujeto que responde a la racionalidad instrumental del mercado. Como señala Hinkelammert, el sujeto moderno en realidad no es un sujeto de derechos humanos, sino un individuo calculador que asume la subjetividad cartesiana de la dicotomía sujeto-objeto como individuo que debe ser propietario de objetos. Es un individuo calculador que, en ejercicio del derecho de propiedad, calcula sus intereses en función del consumo de mercancías y de la acumulación de posibilidades para aumentar sus ingresos. Su racionalidad, que pretende presentar como la razón universal, es el cálculo del medio-fin o del insumo-producto; es la eficiencia y competitividad como criterios supremos en el sistema neoliberal global (Hinkelammert, 2010, pp. 66-67).

Al constituirse desde el paradigma de la simplicidad, la teoría tradicional de derechos humanos es incompatible con el común. Si el común se refiere radicalmente a la praxis instituyente, la simplificación de derechos humanos la desconoce, y se centra en lo instituido y, a lo más, en referencia al poder constituyente. Este poder se entiende sólo como momento fundante y originario, que se delega a una asamblea o a un tipo de autoridad, y una vez generados los poderes constituyentes —las instituciones estatales—, se anula la potencia de los sujetos concretos, pues la ciudadanía se ejerce a través de representantes; es decir, la praxis instituyente se somete a lo instituido (Laval *et al.*, 2015, p. 471). Así, un catálogo de derechos humanos, establecidos en tratados internacionales o constituciones, y garantizados por las instituciones estatales o internacionales, se vuelven lo instituido que, desde el paradigma de la simplificación, bloquean la praxis instituyente de los sujetos corporales y concretos.

El sujeto abstracto de derechos humanos es también contrario al común. Lo instituido en la Modernidad —entiéndase el Estado y el Mercado capitalista—, requieren asumir al sujeto abstracto y universal del pensamiento simplificante. Como señala Laval y Dardot, el sujeto del poder constituyente está predeterminado previamente a su ejercicio —responde, diríamos, al solipsismo normativo—, y en cambio la praxis instituyente “produce su propio sujeto en la continuidad de un ejercicio que hay que renovar sin cesar más allá del acto creador. Más exactamente, es autoproducción de un sujeto colectivo en y mediante la coproducción continuar de reglas de derecho” (Laval *et al.*, 2015, p. 505). Además, también el sujeto de la racionalidad ins-

trumental, el cual referíamos siguiendo a Hinkelammert, va contra la praxis instituyente del común; de hecho, sin duda, el dogma de la “tragedia de los comunes” hace referencia a esta concepción de sujeto calculador.

Lo común conlleva la creación de “nuevos derechos de uso que impongan, a través del reconocimiento de una norma social de inapropiabilidad, límites a la propiedad privada y, en este sentido, la haga retroceder” (Laval *et al.*, 2015, pp. 459-460). En efecto, la praxis instituyente, como praxis de un sujeto colectivo, no es realizable desde el individuo calculador de la racionalidad medio-fin, sino desde un sujeto corporal que busca, de manera comunitaria, desde prácticas concretas y locales, la satisfacción de las necesidades de vida. De ahí que sea importante distinguir la apropiación-pertenencia de la apropiación-destino; como señalan los filósofos franceses:

[...] hay una diferencia esencial entre dos tipos de apropiación: la apropiación-pertenencia, por la que una cosa llega a ser objeto de propiedad, y la apropiación-destino, por la que algo es adecuado a cierto fin —la satisfacción de las necesidades sociales—. Instituir lo inapropiable es sustraer algo a la apropiación-pertenencia para mejor realizar la apropiación-destino, es en suma impedirle apropiárselo, para así poder adecuarlo mejor a su destino social —por ejemplo, la tierra o las necesidades de alimento. Es regular su uso sin hacerse su propietario, es decir, sin otorgarse el poder de disponer de ello como su amo. Por este motivo, aun comprendiendo que se pueda seguir hablando de ‘bienes comunes’ como consigna de reagrupamiento para el combate, preferiremos por nuestra parte abstenernos de hablar de “bienes”: no hay ‘bienes comunes’; sólo hay comunes que instituir. (Laval *et al.*, 2015, p. 665)

Los comunes por instituir sólo serán si el sujeto de derechos humanos deja de ser el sujeto abstracto, para construir constantemente al sujeto colectivo, corporal y necesitado.

Si lo anterior demuestra que las visiones tradicionales de derechos humanos son incompatibles con la praxis instituyente, entonces ¿qué debe aportar una teoría crítica de derechos humanos para una visión liberadora que sea compatible con el común? Por supuesto, debemos partir de superar el paradigma simplificador para asumir una comprensión compleja de derechos humanos. La complejidad permite recuperar la dimensión instituyente de los derechos humanos, al concebirllos como praxis procesuales, donde lo instituido es solo una parte, un complemento, para lograr construir tramas y relaciones sociales que permitan la satisfacción de las necesidades de vida de todo ser humano, en su medio natural de producción de esa vida. En este sentido, los “derechos humanos son bienes relacionales de medios y

acciones con los que se pueden satisfacer necesidades materiales y espirituales” (Sánchez, 2018, p. 13) y serían “el resultado de luchas sociales y colectivas que tienden a la construcción de espacios sociales, económicos, políticos y jurídicos que permitan el empoderamiento de todos y todas para poder luchar plural y diferenciadamente por una vida digna de ser vivida” (Herrera, 2005, pp. 246-247).

Esta concepción de derechos humanos, que recupera su complejidad, es compatible con la praxis instituyente de lo común. O, en otras palabras, comprenden a derechos humanos como momentos de la praxis instituyente, es decir, como elementos dinámicos que a veces pueden ser el resultado —es decir, lo instituido—, pero también lo que cuestiona, renueva y remueve lo instituido —es decir, lo instituyente. Así, los derechos humanos son un momento de la praxis instituyente, pues más que referirlos a valores universales o un patrón estándar de configuración del poder político, es construcción del común, donde lo importante “es pensarlo en relación con el movimiento de su institución” (Laval *et al.*, 2015, p. 511).

Reducir derechos humanos a lo instituido, implica la fetichización de las instituciones, en términos de la filosofía de la liberación de Enrique Dussel. Como una (nueva) divinidad, el Estado se coloca como fuente de vida, y se invisibiliza a los sujetos vivos, de carne y hueso, cuyas acciones son las que realmente constituyen la vida política de una sociedad. El Estado se convierte en totalidad, y a través de considerarlo como único y exclusivo garante y fundante de “derechos humanos”, se procura demostrar que como sistema no produce explotados ni excluidos: el carácter general y universal de derechos humanos pretende sustentar esa perfección del sistema. No obstante, no se debe entender esta crítica como un neoliberalismo promotor del “estado mínimo”, pues también se ha pretendido colocar al “mercado” como esa nueva divinidad que otorga vida y dignidad a los seres humanos, y como un sistema perfecto (“la mano invisible”) que dará los bienes necesarios a todos los participantes que actúen “egoístamente” en busca de sus propios intereses; quien sea víctima de tal sistema, lo será por su propia responsabilidad, debido a su ineficiencia. En este sentido, también podría afirmarse que los derechos humanos se institucionalizan en el “mercado”, al ser el ámbito de ejercicio de la libertad. Superar ambos extremos de institucionalización de los derechos humanos resulta fundamental para lo común:

Las entidades “Mercado” y “Estado”, tanto en la filosofía política como en la economía clásica, fueron así consideradas como los dos polos necesarios y suficientes para el buen funcionamiento de la sociedad. La economía política de los comunes pretende, precisamente, salir de esta oposición entre

Estado y mercado, tanto en el plano práctico como teórico. (Laval *et al.*, 2015, p. 158)

Pero la pretensión de la institucionalidad perfecta es empíricamente imposible (Dussel, 1998, p. 413); irremediablemente, de una u otra forma, todo sistema creará excluidos y explotados, y como sujetos conscientes y colectivos emprenderán nuevas praxis instituyentes. Por más que se argumenten las bondades de un sistema institucional de derechos humanos, reducirlos a lo instituido es perder su potencial emancipador como praxis instituyente. Es el riesgo de petrificar derechos humanos y convertirlos en herramientas de cercamiento de lo común. Señalan Laval y Dardot:

Los sujetos que se comprometen en una actividad no están condenados a pasar de la fusión a la petrificación, de la efervescencia a la esclerosis, si no separan la finalidad de su actividad de las relaciones que tejen entre ellos para conducirla conjuntamente, de las formas de reflexión y de las formas de intervención sobre la institución que se dan a sí mismos, de los valores y las significaciones que, en última instancia, orientan lo que hacen juntos. La única praxis instituyente emancipadora es la que hace lo común la nueva significación del imaginario social. (Laval *et al.*, 2015, pp. 511-512)

La praxis instituyente siempre es necesaria, pues es criticable y renovable en todo momento aquello que no permite la producción y reproducción de la vida al intentar apropiarse con dominio absoluto y vertical de lo común. Se trata de una crítica entendida como generadora de toma de consciencia de los excluidos y explotados, que se autogeneran como sujeto colectivo que realiza una praxis que les permita la creación y la novedad en la historia.

La necesaria apertura de la realidad histórica hacia la novedad para combatir a las instituciones excluyentes y opresoras, nos muestra que derechos humanos, entendidos como momentos de la praxis instituyente, parten de un derecho base: el derecho a generar derechos. Estos nuevos derechos significarán la transformación del sistema, un cambio en las tramas sociales, que posibilite la transferencia de poder con el fin de que los excluidos y explotados puedan dejar de serlo y puedan producir, reproducir y desarrollar su vida. Al oponerse estos nuevos derechos al status quo, la institucionalidad vigente reaccionará y los considerará ilegales; de una u otra forma, existirán argumentos legales para criminalizar esa generación de nuevos derechos. En este camino, progresivamente, la institucionalidad vigente comienza a perder legitimidad e irá mostrando cómo la coacción legítima se transforma en violencia (Dussel, 1998, p. 541).

La novedad que se enfrenta al *status quo*, debido a la praxis instituyente, es combatida por el propio sistema a través de diversos modos. Uno de ellos es mostrar que esa novedad es ilegal, criminal y ajena a un orden que debe respetarse para conservar la paz y, paradójicamente, el disfrute de los derechos.

Desde la praxis instituyente, la creación de nuevos derechos no sólo se refiere a los derechos todavía no sancionados positivamente, sino a la juridificación —en un sentido amplio, creativo y plural, sin reducirnos al derecho moderno estatal— de la exigencia de subvertir las situaciones de insatisfacción de necesidades provocadas por el sistema. Esto implica la puesta en marcha de procesos que generen una nueva institucionalidad, desde los procesos de autocreación del sujeto colectivo: “Lo común tal como aquí lo entendemos significa ante todo el autogobierno de los seres humanos, de las instituciones y de las reglas que se dan para ordenar sus relaciones mutuas” (Laval *et al.*, 2015, p. 519).

Por eso, como sucede con frecuencia, existen derechos sancionados positivamente por la institucionalidad imperante, pero que, en los hechos, no significan la satisfacción de las necesidades y, por tanto, se generan excluidos. Entonces el sistema se comporta, por decirlo de alguna manera, de forma hipócrita: predica la institucionalización de derechos humanos, pero en la realidad se verifica su incumplimiento. Pero también muestra cinismo: crea todo un arsenal ideológico para defender su perfección, soslayando e invisibilizando las exigencias de las subjetividades emergentes. En este sentido, por ejemplo, se encuentran los argumentos que ubican a los derechos sociales como “no exigibles”, reduciéndolos a meros principios programáticos de las políticas estatales, en contraposición de los derechos civiles y políticos que efectivamente se predicen como exigibles. El cinismo del sistema se vale de diversas estrategias; entre ellas está la de dividir la realidad de manera que pretende manipular a su conveniencia la relación de los subsistemas entre sí. Los derechos sociales no son exigibles —se argumenta— porque dependen de factores no-jurídicos, de los bienes disponibles, de la situación económica, es decir, dependen del subsistema económico, y el subsistema jurídico debe respetar la propia dinámica de la economía; pero, en cambio, el derecho a la propiedad es exigible y protegido totalmente por el subsistema jurídico en beneficio del funcionamiento del subsistema económico. A final de cuentas, la institucionalidad encuentra estrategias para descalificar las pretensiones de satisfacción de necesidades y la impronta generación de lo común.

Desde el paradigma del procomún, los “nuevos derechos” no se refieren sólo a los derechos “no sancionados positivamente”, sino tam-

bién a derechos reconocidos por el orden jurídico que no se llevan a cabo en la realidad histórica debido a otros elementos del propio orden jurídico o a las tramas de poder generadas por otros subsistemas. Generar derechos significa también generar las condiciones necesarias para ejercer “derechos” ya positivizados, es decir, de una nueva institucionalidad, de un nuevo común, pues la creación de esas condiciones significa la transformación del sistema. En este sentido, el uso alternativo del derecho o el pluralismo jurídico no deben entenderse como parte de los argumentos de una institucionalidad vigente, sino como estrategias de la comunidad excluida, de sujetos colectivos, para crear nuevos derechos o nuevas maneras de ejercer derechos. O, en otras palabras, del ejercicio de praxis instituyentes que generan una institucionalidad diferente.

Desde una teoría crítica, que asuma su complejidad, se deben entender los derechos humanos como momentos de la praxis instituyente, en cuanto ésta se realiza por un sujeto colectivo que busca, al ejercer el derecho a generar derechos, subvertir la institucionalidad que le niega la satisfacción de sus necesidades, y dar paso a una nueva institucionalidad. Esto conlleva el colocar a la praxis como el hecho más radical, que antecede al estado, a la “naturaleza humana”, al mercado, o a cualquier ley universal.

CONCLUSIÓN

Se ha insistido en que, desde la complejidad, derechos humanos se conciben como procesos donde subjetividades emergentes se empoderan para resignificar espacios que les permitan satisfacer sus necesidades para vivir con dignidad. En ese sentido, pueden considerarse tanto lo instituido como momentos de la praxis instituyente. La teoría tradicional ha reducido a derechos humanos tan sólo a lo instituido desde una concepción moderna del poder constituyente, del poder político y del derecho. De ahí la insuficiencia, en parte, del Estado social, pues

[...] se dejó encerrar en un dispositivo que sólo conoce dos términos, puesto uno frente al otro: por un lado, los derechos del ciudadano; por otra parte, los Estados que supuestamente deben garantizarlos, sin tener en cuenta los medios para garantizarlos, salvo una “redistribución” y una “solidaridad” que algunos esperaban, en cierta época, que fuesen compatibles con el capitalismo “civilizado”. (Laval *et al.*, 2015, p. 619)

En cambio, una teoría crítica se centra en la praxis instituyente de sujetos colectivos, donde derechos humanos son momentos dinámicos

que cooperan en la resignificación del imaginario social y la creación de nuevos comunes (Bollier, 2016, p. 105).

BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles (2000). *La política*. Bogotá: Panamericana.
- Atienza, Manuel (1989). *Introducción al derecho*. Barcelona: Barcanova.
- Bensaïd, Daniel (2015). *Contra el expolio de nuestras vidas. Una defensa del derecho a la soberanía energética, a la vivienda y a los bienes comunes*. Madrid: Errata Naturae.
- Beuchot, Mauricio (2009). *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de la interpretación*. México: UNAM-Itaca.
- Bollier, David (2016). *Pensar desde los comunes. Una breve introducción*. Madrid: Sursiendo-Traficantes de sueños.
- De Sousa Santos, Boaventura (2000). *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- De Sousa Santos, Boaventura (2005). *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. Madrid: Trotta.
- De Sousa Santos, Boaventura (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta.
- Dussel, Enrique (1996). *Filosofía de la liberación*. Bogotá: Nueva América.
- Dussel, Enrique (1998). *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión*. Madrid: Trotta.
- Ellacuría, Ignacio (1991). *Veinte años de historia en El Salvador (1969-1989). Escritos políticos, Tomo I*. San Salvador: UCA Editores.
- Federici, Silvia (2015). *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Federici, Silvia (2021). *Brujas, caza de brujas y mujeres*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Hardin, Garrett (1968). The tragedy of the commons. *Science*, (162), 1243-1248.
- Herrera Flores, Joaquín (2005). *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata.
- Hinkelammert, Franz (2010). *Yo soy, si tú eres. El sujeto de los derechos humanos*. México: Centro de Estudios Ecueménicos.
- Horkheimer, Max (2003). *Teoría crítica*. Buenos Aires: Amorrortu.

- Laval, Christian y Dardot, Pierre (2015). *Común. Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI*. Barcelona: Gedisa.
- Morin, Edgar (2005). *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona: Gedisa.
- Ostrom, Elinor (2011). *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rosillo, Alejandro (2013). *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*. México: Ítaca.
- Sánchez Rubio, David (2018). *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*. México: Akal.
- Senent, Juan Antonio (2007). *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Velasco, David (2014). *La visión hegemónica de los derechos humanos y las crisis permanentes del derecho internacional de los derechos humanos*. Guadalajara: ITESO.

DERECHOS HUMANOS, SISTEMAS DE PODER Y LUCHAS SOCIALES

UNA REFLEXIÓN DESDE EL PENSAMIENTO CRÍTICO¹

Manuel E. Gándara Carballido

INTRODUCCIÓN

En los procesos de transformación social, resulta fundamental lograr una aproximación que permita observar los fenómenos sociales desde visiones múltiples, al mismo tiempo que situadas y contextualizadas; aproximaciones que nos ayuden a conocer el marco concreto en que dichos fenómenos tienen lugar y sean capaces de colocar en debate aspectos comúnmente invisibilizados y sus interrelaciones. Si bien este tipo de análisis aumenta los niveles de complejidad, también permite establecer posibles estrategias de acción que atiendan a las causas de fondo y hagan viables alternativas transformadoras.

Necesitamos comprender nuestros contextos locales, regionales, nacionales y mundiales para poder identificar formas de acción que contribuyan a su transformación para lograr condiciones de vida digna para todos y todas. Se requiere, por tanto, un ejercicio de análisis capaz de dar cuenta de la forma en que los distintos sistemas de poder (capitalismo neoliberal, patriarcado, colonialismo/racismo) implantan, producen y reproducen su dominio en las poblaciones, valiéndose

¹ En este texto retomo y actualizo las reflexiones planteadas en Gándara, Manuel (2016). El pensamiento crítico en derechos humanos y la necesaria articulación de las luchas. *Panóptica* (11), 351-370.

para ello de formas de gobierno, ordenamientos jurídicos y horizontes culturales diferenciados según las especificidades de cada contexto.

Este escenario resulta aún más desafiante cuando constatamos el alto nivel de fragmentación (e incluso disputa) que constituye al campo de los distintos actores sociales que luchan por una sociedad más justa y fraterna. Sin poner en duda la legitimidad de cada una de sus reivindicaciones, es notable el desafío que significa intentar un proceso de diálogo y articulación entre ellos. Es por ello que Boaventura de Sousa Santos llega a afirmar lo siguiente:

El drama de las luchas de los excluidos en contra la opresión es que, en tanto la dominación contemporánea siempre articula y combina, de modos distintos, capitalismo, colonialismo y patriarcado, la resistencia está fragmentada entre los que luchan contra el capitalismo (explotación de la fuerza de trabajo, acumulación primitiva de tierras por desposesión), los que luchan contra el colonialismo (racismo antiindígena y anti-negro, universalismo eurocéntrico, patrimonialismo y colonialismo interno, islamofobia) y los que luchan contra el patriarcado (sexismo, homofobia). En tanto la dominación siga articulada y la resistencia fragmentada, no habrá liberación. (Peralta, 2017)

Puestos delante de este desafío, afirmamos la necesidad de nuevos horizontes teóricos que acompañen las luchas que se vienen llevando adelante en nombre de los derechos humanos.

Si por una parte se reconoce a los derechos humanos el valor que tienen en diversos procesos de liberación, al mismo tiempo es necesario afirmar que éstos sirven también discurso a favor de los intereses del capitalismo globalizado. Sin desconocer la legitimidad que el discurso que los derechos humanos ha alcanzado, y su capacidad de convocatoria y movilización social a favor de las luchas por una vida digna, la ambigüedad antes mencionada, que puede ser denunciada como el secuestro de la narrativa de los derechos en función de los intereses de las clases sociales que detentan el poder y de la ideología y la cultura dominantes, hace necesario un proceso de reapropiación de la narrativa de los derechos que permita recuperar todo su potencial emancipador.

De resolver o no éste conflicto depende no sólo el fortalecimiento de las prácticas por transformación social, sino también la misma recuperación del potencial político del discurso de los derechos humanos, y por tanto su pertinencia histórica (De Sousa Santos, 1997). Ariadna Estévez realiza una crítica contundente respecto a al uso interesado de los derechos humanos dentro del ámbito del capitalismo.

Asumir críticamente los derechos humanos, entendiéndolos como procesos de lucha por condiciones de vida digna, nos lleva no

solo a ver si un determinado derecho está siendo garantizado, sino a un análisis de nuestra sociedad que permita determinar qué causas estructurales (modelo de civilización, relaciones sociales de producción, sistemas socio-culturales, formas de organización política) establecen una determinada configuración que hace imposible la vida digna para todos y todas (incluida la naturaleza). Esta forma de comprender los derechos humanos no niega acciones específicas más sectoriales, sobre derechos concretos, pero exige una comprensión del conjunto capaz de orientar una práctica realmente transformadora.

Los derechos humanos van más allá de reivindicaciones específicas que han logrado sancionarse como garantías jurídicas, por lo que necesitamos preguntarnos por las razones estructurales que hacen que en nuestra sociedad se mantengan y reproduzcan relaciones asimétricas de poder, tenemos que cuestionar si las formas de organización socio-económica, si los modelos políticos y los marcos civilizatorios que definen determinadas relaciones sociales, contribuyen o no a la satisfacción de tales condiciones para todos y todas.

LA LUCHA POR LOS DERECHOS INCLUYE LA LUCHA POR LA FORMA DE ENUNCIARLOS

En el análisis que nos proponemos es necesario prestar atención a los derechos humanos como artefacto tanto discursivo como normativo. Así, la lucha por tales derechos exige también atender a los modos en que dicho discurso es usado con diferentes propósitos, bien para potenciar la indignación y las luchas, bien para legitimar el orden asimétrico imperante. Más allá de su uso formal como instrumento jurídico destinado a garantizar las conquistas, los derechos se constituyen también en un referente simbólico que brinda orientación y da marco a múltiples luchas a nivel mundial (Santos, 2012, p. 193), sirviendo, por tanto, de herramienta discursiva legitimadora. Sin embargo, este uso que podemos denominar de estratégico, requiere de discernimiento. En general, podemos afirmar que “los derechos humanos son pasivamente asumidos como significativo compartido y culturalmente aceptado, contribuyendo así a un imaginario social difuso de la categoría de derechos humanos entendida como homogénea” (Santos, 2012, p. 203). Así, aun cuando los movimientos sociales hacen uso del discurso de los derechos humanos evidenciando su potencial político emancipador, ello no niega la necesidad de someter a discernimiento crítico dicho concepto. Al respecto, Helio Gallardo describe la manifestación de este fenómeno en el contexto latinoamericano en los siguientes términos:

Las instituciones jurídicas latinoamericanas y las lógicas que las animan, así como la enseñanza académica del Derecho y la práctica, con el inevitable sentido común que las acompaña, de las ONGs interesadas en derechos humanos, están fuertemente permeadas por ideologías de Derecho natural, ya sea el de inspiración clerical, o clásico, por provenir del Mundo Antiguo, ya sea del iusnaturalismo o derecho natural moderno. Para estos imaginarios ideológicos, conceptos/valores como el de justicia poseen un carácter metafísico, es decir, flotan por encima de las tramas sociales y las deshistorizan como función de la reproducción de las dominaciones vigentes y necesarias y de sus instituciones e identificaciones grupales e individuales inerciales, estas últimas como dispositivos internalizados o subjetivos imprescindibles para esa reproducción. (2008, p. 429)

Se hace necesario, por tanto, analizar los usos ideológicos de la narrativa de los derechos, realizando, así una crítica del discurso hegemónico liberal que conforma a nuestras sociedades. Una concepción de derechos construida a partir del ocultamiento de los procesos de lucha, que niegue la dimensión socio-histórica en su forma de comprenderlos, invisibiliza a los actores sociales y sus causas, construyendo una comprensión de los derechos despolitizada. Igualmente, una concepción de derechos descontextualizada impide comprender las interrelaciones entre las dimensiones social, política, económica, cultural, etcétera.

Debe entenderse que, dado que a nuestra práctica siempre le subyace una formulación teórica, y que la política es la administración de las expectativas del futuro, la acción política busca controlar el lenguaje sobre el cual se construyen dichas expectativas. Las teorías, los discursos, las narrativas definen programas de comprensión e intervención en la realidad. Implican, por tanto, una construcción política. Sin este discernimiento crítico no hay posibilidad de autonomía ni de futuros alternativos. De cara a los retos que se nos presentan, es necesario despensar y repensar las cosas, las palabras, los conceptos que utilizamos para apropiarnos de esa realidad que queremos transformar. No nos sirven los discursos contruidos desde los centros de poder/saber, interesados en mantener sus privilegios. Quien controla los nombres y las categorías, quien controla el discurso, está en capacidad de construir e imponer su comprensión de la realidad.

Una teoría crítica de los derechos humanos debe atender a los contextos, a los discursos, a las representaciones desde las cuales la realidad es comprendida, analizada e intervenida; ha de preguntarse por las formas de hacer viable este cambio cultural; procurará construir herramientas teórico-prácticas capaces de desmontar las narrativas desde las cuales la globalización neoliberal coloniza las concepciones de ser humano, de mundo, de sociedad y de Estado, desde las

cuales esta nueva cara del capitalismo define un horizonte de (sin) sentido. Al mismo tiempo, la teoría crítica en derechos humanos ha de asumir una tarea propositiva capaz de visibilizar, provocar, convocar y articular otros modos de ser, de significar y de transformar la realidad, poniendo a dialogar las múltiples formas socio-culturales desde las cuales se intenta hacer posible un mundo más justo y digno para todos y todas. La transformación de la hegemonía cultural exige intervenir en el sistema de creencias, en el lenguaje, en el conocimiento, en los afectos.

Se parte de unas condiciones concretas que conforman la realidad social que nos demanda una respuesta, y sobre la que la acción tiene un potencial transformador. Frente a ello, el desafío cultural, tal y como propone Herrera Flores, es el desarrollo de subjetividades rebeldes capaces de confrontar el sentido común imperante. Para esta tarea, “lo más urgente es contar con una nueva capacidad de espanto y de indignación que sustente una nueva teoría y una nueva práctica de inconformismo desestabilizadora, es decir, rebelde” (De Sousa Santos, 2003, p. 57). Todo ello apunta a la configuración de un nuevo imaginario social inconformista y creativo, crítico y lúcido (Herrera, 2005b y 2007). Pero este proceso deberá necesariamente superar la reductiva concepción propia de la racionalidad abstracta moderna, incorporando los afectos, las sensaciones, las pasiones y la búsqueda de sentido: “Se trata de nuevas constelaciones donde se combinan ideas, emociones, sentimientos de espanto y de indignación, pasiones de sentidos inagotables. Son monogramas del espíritu puestos a la disposición de nuevas prácticas rebeldes e inconformistas” (De Sousa Santos, 2003, p. 66).

La práctica social a favor de los derechos humanos exige no sólo una formulación teórica sólida, una idea convocante y movilizadora, requiere también tener sustento en los afectos y emociones de la gente, sostenerse en la capacidad para apasionar y vincular desde los querer, convocando a la totalidad de la persona. El reto consiste en ser capaces de ofrecer propuestas lúcidas, lúdicas y sabias.

SUPERAR LA FRAGMENTACIÓN DE LO SOCIAL PARA SEGUIR PENSANDO CRÍTICAMENTE

A partir del panorama expuesto, nos proponemos a continuación dar cuenta de un aspecto que consideramos central para la praxis de los derechos humanos; nos referimos a la necesidad de estructurar una forma de pensar la realidad y, por tanto, de asumir las luchas por transformarla, que haga posible superar la fragmentación propia de la perspectiva epistémica que caracteriza a la modernidad occidental. Fragmentación que se refleja en el modo en el que comprendemos los

sistemas de poder, y en las estrategias desarrolladas para superar las asimetrías sociales.

El pensamiento crítico tiene por delante el desafío de ser capaz de develar, discernir, visibilizar y desestabilizar al sistema de dominación múltiple (hablamos de relaciones de dominación en diversos ámbitos de la vida, pero que existen de manera interconectada: de clase, de etnia, de género, etaria, de dominio sobre lo libidinal y de la naturaleza) que define a nuestras sociedades y que, como parte de su configuración de poder, logran presentarse como racionales, naturales, necesarias e inmodificables (Solórzano, 2010, p. 8).

El pensamiento crítico debe enfrentar el desafío que implica superar la fragmentación de las formas de saber y la artificiosa separación de los ámbitos de la realidad; ello le ayudará a comprender las interrelaciones entre las distintas formas de opresión, exclusión, subordinación y explotación que operan en nuestras sociedades, favoreciendo de esa manera el trabajo de articulación y traducción de las distintas luchas contrahegemónicas que se vienen adelantando en el mundo. En este sentido, como es sabido, apunta el concepto de interseccionalidad formulado desde el feminismo anglosajón para evidenciar las diversas formas de discriminación a que son sometidas las mujeres a partir de los múltiples ejes de identidad y opresión, impactando sobre la posibilidad de su acceso a derechos y oportunidades (AWID, 2004, pp. 1-8).

Según muestra Lander, el pensamiento hegemónico occidental representa lo sociohistórico a partir de una visión “compartimentada” del mundo; se conciben así las dimensiones política, social y económica como si éstas fuesen dimensiones autónomas (Lander, 2004, p. 171). A partir de esta separación de ámbitos es posible el mecanismo que supone la autonomía teórica e ideológica de las decisiones políticas con respecto de la economía (Saúl, 2000, p. 109).

La fragmentación de los ámbitos de vida actúa y se refuerza desde la segmentación disciplinar que opera en el campo de los saberes, y hace necesario transitar hacia enfoques realmente interdisciplinarios y transdisciplinarios que hagan frente a los moldes que rigen la organización dominante del conocimiento; sólo así será posible avanzar hacia un saber social que, rompiendo con los actuales parámetros ideológicos, teóricos y metodológicos, se aventure por nuevos caminos (Zemelman, 2000, p. 7).

Según hacen ver Santiago Castro-Gómez y Ramón Grosfoguel, al analizar los aportes de determinadas corrientes críticas de innegable significación, los propios teóricos poscoloniales anglosajones, así como los estudiosos del sistema-mundo, incurren en este centramiento en alguna dimensión de la realidad en desmedro de otras, incli-

nándose a favor de lo cultural, los primeros (aun reconociendo como hacen la importancia de prestar atención a las estructuras económicas), y a favor de la dimensión económica, en el segundo caso (aunque asuman los discursos racistas y sexistas como propios del discurso capitalista) (Castro-Gómez y Grosfoguel, 2007, p. 15). Esa misma crítica es realizada por Payne en los siguientes términos:

Dado que esos diversos movimientos longitudinales dentro de los estudios culturales proceden a demostrar un sexismo, colonialismo, etnocentrismo o racismo predominante dentro de las diversas disciplinas de las humanidades y las ciencias sociales, cada uno a su vez presenta su proyecto crítico como el medio más efectivo o legítimamente universal de exponer un etnocentrismo método-lógico que opera en la producción del conocimiento. (Payne, 2002, p. 25)

De igual manera, desde el pensamiento feminista se acusa, con razón, a la teología de la liberación, y al propio pensamiento decolonial, de no prestar la atención necesaria a la perspectiva de género en sus análisis sobre las formas de opresión social (Mendoza, 2010, pp. 24 y 30). Desde distintas corrientes del feminismo se vienen planteando marcos teórico-analíticos muy importantes que asumen la exigencia de este análisis complejo cuya necesidad detectamos; un análisis y una acción, por tanto, que parta de la inter-retro-relación de las distintas dimensiones de la realidad social, de las formas en que los distintos sistemas de poder se constituyen, refuerzan, reproducen. Nos referimos, por ejemplo, a los aportes sobre la necesidad de un análisis interseccional, planteado por la feminista afrodescendiente norteamericana Kimberlé W. Crenshaw (1991). Igualmente, significativo es el planteamiento hecho por Ochy Curiel, feminista decolonial dominicana, sobre la importancia de atender a la imbricación de las opresiones (Barroso, 2017).

Otro ejercicio reciente que pretende dar cuenta de esta comprensión integradora de las distintas dimensiones de la realidad, si bien lo hace insistiendo en la idea de capitalismo y lucha de clases como elementos centrales, es el propuesto por Nancy Fraser. Fraser plantea la idea de una concepción extendida de capitalismo y de lucha de clases, incorporando otros sistemas de poder, que ella entiende como posibilitadores del sistema capitalista (Fraser y Jaeggi, 2020).

También De Sousa Santos llama la atención sobre la importancia de atender a la relación de reforzamiento mutuo entre la materialidad de las relaciones sociales y políticas, y los discursos, ideologías y prácticas simbólicas, siendo necesario asumir análisis complejos que integren las diversas dimensiones de la realidad, y desarrollar criterios analíticos que permitan comprender y empoderar las luchas eco-

nómicas, sociales, políticas o culturales, sin establecer a priori una jerarquía entre ellas (De Sousa Santos, 2008, pp. 59-60). Además, a propósito de la referida invisibilización de las diferencias y desigualdades, propia de la comprensión hegemónica de nuestras sociedades, este mismo autor advierte del papel que en tal ocultamiento juega el Estado moderno:

La supuesta inconmensurabilidad entre diferentes formas de desigualdad y de dominación está en la base del Estado monocultural moderno, pues torna creíble la igualdad jurídico-formal de los ciudadanos: como las diferencias son múltiples (potencialmente infinitas) entre los ciudadanos y no se acumulan, es posible la indiferencia con relación a ellas. (De Sousa Santos, 2010, pp. 86-87)

Ante este panorama, se plantea la necesidad de que el proceso de segunda descolonización (luego de la muy limitada primera experiencia que fue restringida a lo jurídico-político), se dirija a “la heterarquía de las múltiples relaciones raciales, étnicas, sexuales, epistémicas, económicas y de género que la primera descolonización dejó intactas” (Castro-Gómez y Grosfoguel, 2007, pp. 16-17). Precisamente por ello, en lugar de hablar de “sistema-mundo capitalista”, como hiciera Wallerstein (1991), prefieren hablar de “sistema-mundo europeo / euro-norteamericano capitalista / patriarcal moderno / colonial” (Grosfoguel, 2005).

Este llamado de atención sobre la necesidad de una comprensión “heterárquica” de las estructuras de poder-dominación nos parece sumamente valioso para el desarrollo de un pensamiento crítico en derechos humanos. Más allá de la clásica jerarquización de los ámbitos de la realidad entre estructura y superestructura, se propone entender que la articulación entre los regímenes de poder conforma lo que el sociólogo Kyriakos Kontopoulos (1993) denomina una “heterarquía”; de esta forma, se conciben las estructuras sociales desde un pensamiento heterárquico que posibilite una comprensión de la realidad en la que no prime una sola jerarquía de poder. En los términos de Castro-Gómez y Grosfoguel:

Necesitamos un lenguaje capaz de pensar los sistemas de poder como una serie de dispositivos heterónomos vinculados en red. Las heterarquías son estructuras complejas en las que no existe un nivel básico que gobierna sobre los demás, sino que todos los niveles ejercen algún grado de influencia mutua en diferentes aspectos particulares y atendiendo a coyunturas históricas específicas. En una heterarquía, la integración de los elementos disfuncionales al sistema jamás es completa, como en la jerarquía, sino parcial, lo cual significa que en el capitalismo global no hay lógicas au-

tónomas ni tampoco una sola lógica determinante ‘en última instancia’ que gobierna sobre todas las demás, sino que más bien existen procesos complejos, heterogéneos y múltiples, con diferentes temporalidades, dentro de un solo sistema-mundo de larga duración. En el momento en que los múltiples dispositivos de poder son considerados como sistemas complejos vinculados en red, la idea de una lógica ‘en última instancia’ y del dominio autónomo de unos dispositivos sobre otros desaparece. (2007, p. 10)

Se pretende así dotarnos de herramientas de análisis que permitan una comprensión de la realidad sociohistórica capaz de articular las diversas relaciones de poder: las relaciones coloniales y postcoloniales, la explotación de clase propia del sistema capitalista, el sexismo y el racismo, entre otras (De Sousa Santos, 2009a, pp. 287-288). Esa complejización del análisis pone en evidencia cómo “el proceso de incorporación periférica a la incesante acumulación de capital se articuló de manera compleja con prácticas y discursos homofóbicos, eurocéntricos, sexistas y racistas” (Castro-Gómez y Grosfoguel, 2007, pp. 18-19). Repetimos que éste es un aporte que consideramos fundamental para el desarrollo del pensamiento crítico en general y para un pensamiento crítico en derechos humanos en particular.

El énfasis que hacemos en esta propuesta tiene como base el entendido de que hoy en día nos encontramos en el momento propicio para la producción de otros discursos, fruto de las luchas que han llevado adelante los distintos sectores sociales históricamente oprimidos, y ahora emergentes, quienes gracias a su historia de resistencia y al saber que subyace a su experiencia de organización y movilización, pueden hoy dar forma a tales discursos.

UN PENSAMIENTO Y UNA FORMA DE PENSAR QUE PERMITA ARTICULAR LAS LUCHAS

Necesitamos construcciones teóricas que nos permitan comprender el conjunto de desafíos que se nos presentan en los procesos emancipadores; construcciones que sin pretender una teoría total o universal, nos permitan superar la fragmentación de los ámbitos de la realidad social y de las luchas que buscan su transformación. Es necesaria una reconstrucción teórica que contribuya a la constitución de una base de convergencia de las luchas, las iniciativas, de los movimientos sociales. En palabra del sociólogo Edgardo Lander:

Es esto lo que define hoy los mayores retos políticos de las resistencias anticapitalistas, y la reivindicación de las emancipaciones humanas: las articulaciones múltiples entre esta diversidad de comunidades, sujetos, organizaciones y movimientos que hoy se incluyen bajo la denominación de movimiento en contra de la globalización neoliberal. El reconocimiento de

esta diversidad humana exige igualmente el reconocimiento de la rica multiplicidad de las formas y regímenes del saber humano y la imposibilidad de postular la primacía o privilegio epistemológico de cualquiera de estos, sea a nombre de la ciencia o a nombre de la vanguardia. (2012, pp. 41-42)

Como consecuencia concreta de no intentar invisibilizar o subordinar ninguna dimensión de la realidad dando prioridad a algún factor específico de ella, el pensamiento crítico estará en mejores condiciones para brindar su aporte a la necesaria articulación y traducción entre las distintas luchas emancipatorias. Pero, para ello, es necesario, como decíamos, dejar atrás la pretensión de encontrar un principio particular de transformación social y un determinado colectivo como el agente o sujeto de liberación total (De Sousa Santos, 1999, p. 201). Tal principio único no existe y la pretensión de ofrecer una explicación total que estructure y organice el conjunto de las resistencias no sólo resulta errónea sino sumamente peligrosa para las propias luchas sociales, por impedir a los distintos actores reconocerse en sus propias prácticas y, desde ahí, poner en común sus formas de resistencia y las aspiraciones desde las que dotan de sentido su realidad (De Sousa Santos, 1999, p. 203). Tal y como plantea De Sousa Santos:

Ninguna teoría unificada puede, eventualmente, traducir el inmenso mosaico de movimientos, luchas e iniciativas de una manera coherente. Bajo el paradigma revolucionario moderno, la creencia en una teoría unificada estaba tan afianzada que los diferentes movimientos revolucionarios tuvieron que adherirse a las descripciones más simples de su realidad empírica, a fin de que encajaran con las exigencias teóricas [...] En lugar de una teoría que unifique la inmensa variedad de luchas y movimientos, lo que necesitamos es una teoría de traducción, es decir, una teoría que en lugar de dirigirse a crear otra realidad (teórica) por encima y además de los movimientos, intente conseguir crear un entendimiento mutuo, una mutua inteligibilidad entre éstos para que se beneficien de las experiencias de los otros y para que se interconecten entre ellos. (2009b, p. 571)

Se pretende, pues, un quehacer teórico que facilite la traducción de las luchas, que haga puente entre los saberes que desde esas luchas se construyen, que posibilite aprendizajes compartidos. Este quehacer se nos presenta como desafío a un pensamiento crítico que hasta ahora no ha sabido ofrecer ese servicio a la emancipación social, posibilitando que las tensiones y contradicciones entre los diversos colectivos que luchan sean trabajadas favoreciendo la articulación entre los movimientos de distinta índole, promoviendo alianzas en las que ningún actor se sienta excluido o subordinado a las lógicas, necesida-

des e intereses de otros actores o de identidades diversas (De Sousa Santos, 2011).

Más allá de las dudas en torno a la posibilidad de formular un modelo explicativo de la realidad y su construcción histórica, el pensamiento crítico se enfrenta a desafíos muy significativos en torno a la manera de estructurar y articular las luchas. Es necesario un modo de pensar que permita confrontar la articulación de formas de control biopolítico, necropolítico y psicopolítico, y construir alternativas que, reconociendo las múltiples formas de hacer posible la vida digna, generen un proyecto amplio e inclusivo de mundo en el que quepan muchos mundos. El método de trabajo debe permitir pensar las prácticas sociales creando lugares de encuentro y debate donde cada uno de los actores implicados pueda hacer ver su mundo y horizontes de sentido y hacer valer sus necesidades e intereses.

Por su parte, el planteamiento de Herrera, quien propone pensar los derechos humanos como procesos de lucha por condiciones de vida digna (Herrera, 2008), por acceso a bienes materiales e inmateriales, no jerarquizados a priori, sino definidos a partir de los distintos contextos, puede resultar un marco fértil para caminar en el sentido que venimos proponiendo.

Todo lo planteado sobre la necesidad de superar una concepción fragmentada de los ámbitos de la realidad y la segmentación disciplinaria del saber, tiene claros correlatos en la forma de concebir la lucha por los derechos humanos, toda vez que éstos son, de hecho, una realidad pluridimensional (Fariñas Dulce, 1997, p. 57), por lo que requieren de análisis complejos, de definiciones transdisciplinarias y de luchas articuladas que respondan a los diversos mecanismos en que las dinámicas de subordinación se posibilitan y retroalimentan. Tal y como plantea la profesora Fariñas Dulce, es necesario acercarse a dichas luchas por los derechos considerándolos no como mero objeto cognitivo, sino como campo cognitivo; aproximación que los hace susceptibles de distintas perspectivas de análisis y diferentes métodos de comprensión (Fariñas Dulce, 1997).

Pensar los derechos humanos desde este nuevo marco contribuirá a enfrentar las trampas teóricas e ideológicas que subyacen a la concepción hegemónica que sobre estos derechos ofrece el pensamiento liberal, apoyando de esta manera las luchas por transformar las relaciones de poder que constituyen nuestro momento sociohistórico; esto es, relaciones de explotación, racismo, patriarcado, fetichismo mercantil, colonialidad, exclusión, subordinación, marginación, etcétera (De Sousa Santos, 2011).

La consideración de los procesos de dominación a partir de la matriz heterárquica de poder encuentra desarrollos posibles con una

concepción de derechos humanos que no limite las luchas a un ámbito específico de lo social, sino que formule una noción capaz de acoger la diversidad de procesos. Al fin y al cabo, como bien dice Herrera Flores:

Bajo la convención terminológica derechos humanos lo que subyacen son los diferentes y plurales procesos históricos de lucha por la dignidad humana. Siendo el contenido de ésta, toda forma de acción antagonista contra la división social del trabajo y de los roles cotidianos que coloca a unos en posiciones privilegiadas en relación con los bienes necesarios para la vida y a otros en marcos de desigualdad, de subordinación y de falta de medios para llevar al debate público sus pretensiones de vida digna. Es decir, paralelamente a nuestra denuncia de los procesos de división social del trabajo y del acceso a los bienes, hay que reflexionar sobre cómo ir actuando política, social y teóricamente para hacer visibles esas otras dominaciones (la creación de espacios de visibilidad) que no son más que otras formas —junto a la dominación de clase y la constatación de que unas y otras se entrelazan sistemáticamente- de secuestrar la capacidad humana de hacer y de actuar con el objetivo de transformar el mundo (la creación de espacios de lucha). (2005a, p. 151)

El discurso liberal sobre los derechos humanos desmoviliza a los actores sociales simplificando los fenómenos, fragmentando y aislando las luchas, a la vez que homogeneiza los modos de entender a la humanidad; así mismo, invisibiliza a los sujetos sociales arrebatándoles el protagonismo en la construcción histórica de los derechos, en un claro intento por contrarrestar la construcción de poder que esas luchas les permite construir.

PARA IR CONCLUYENDO...

Son amplias y lamentables las consecuencias de una aproximación ingenua por parte de los actores sociales con respecto a los instrumentos con los que comprenden la realidad y a partir de los cuales definen los modos de intervención en ella. Consideramos que los costos de tal ingenuidad pueden ser demasiado altos en términos prácticos y de contradicción ideológica.

Las teorías no son meros conjuntos de relaciones entre conceptos; ellas funcionan como marco de comprensión, condicionando nuestra aproximación a la realidad, nuestra valoración de ella y la manera en que entendemos si podemos o no transformarla. Por ello, cuando se plantea la necesidad de una opción teórica específica, se hace apuntando más allá de esa misma teoría, atendiendo a sus consecuencias prácticas en los distintos ámbitos de acción. La crítica de la teoría liberal de los derechos humanos, y de la concepción liberal del derecho

en general, puede servir a los actores sociales comprometidos con la transformación social para repensar el horizonte de su práctica, de manera que la misma no quede atrapada en los límites que establece esta concepción de lo jurídico. Si bien es necesario mantener la lucha en el plano del derecho, es igualmente necesario ir creando otras formas de garantía de tipo político, social, económico y cultural, que sirvan para anclar los logros que se van alcanzando en el marco de la lucha social.

Las claves ofrecidas por el pensamiento crítico pueden resultar de particular significación en los procesos de lucha por una vida digna, en la medida en que buscan ofrecer a los colectivos que emprenden tales luchas herramientas que contribuyan al discernimiento crítico de las teorías subyacentes a sus prácticas, y de los efectos que tales teorías acarrear. Consideramos que éste puede ser un aporte a ser considerado por los sujetos implicados en procesos de transformación social, quienes frecuentemente dan cuenta en su discurso de diversas concepciones de derechos humanos, que en ocasiones llegan a ser contradictorias. Esta diversidad de concepciones, más que a una opción teórica explícita por parte de los colectivos y movimientos sociales, responde con frecuencia a la inercia propia de cierto activismo, en la que los diferentes discursos se van sobreponiendo sin que exista el conveniente debate en torno al marco teórico que los alimenta.

Para quienes están implicados en las diversas luchas por la emancipación social, resulta de particular importancia determinar hasta qué punto su práctica se ha visto frenada por un análisis de la realidad y por un marco teórico que no se corresponden con sus objetivos de transformación social, ni sus opciones éticas, políticas e ideológicas.

Así, de manera coherente con lo que entendemos debe ser la labor de una teoría crítica de los derechos humanos y con sus claves epistemológicas, cuestionamos el marco conceptual de los derechos humanos que ha venido imperando, por considerar que éste dificulta las necesarias prácticas sociales de promoción y defensa de los derechos en el actual contexto histórico. En este mismo sentido, asumimos los derechos humanos como el resultado de procesos de luchas sociales y colectivas, en la búsqueda por construir espacios que hagan posible el empoderamiento de los sujetos, de manera tal que puedan formular y llevar adelante una vida digna, a partir de sus diferenciados horizontes socioculturales.

Frente a los postulados que sostiene el discurso liberal hegemónico, el concepto de derechos humanos ha de asumirse siempre en proceso de construcción y necesitado de contextualización e historicización, de complejización y de atención a la pluralidad humana. La reinención de los derechos humanos estará así inscrita en los di-

versos contextos socio-históricos en los que desarrollan sus prácticas quienes pretendan llevar a cabo las diversas formas de lucha emancipatoria; será, por tanto, una producción contextualizada que supere las lógicas fragmentadas y de razonamiento lineal. Esta historización del quehacer teórico asegurará que la misma, evitando ejercicios de idealización, pueda entrar en diálogo y enriquecerse con las formulaciones surgidas desde otros contextos y prácticas.

En este marco, la consideración de los procesos de dominación a partir de la matriz heterárquica de poder contribuye con los posibles desarrollos de una concepción de derechos humanos que no limite las luchas necesarias a un único ámbito de lo social, sino que formule una noción capaz de acoger los diversos procesos en curso en los distintos campos de la realidad.

El ejercicio realizado en este trabajo ha querido dar cuenta de la posibilidad y de la necesidad del diálogo de saberes y de prácticas; además de identificar la urgencia por superar los compartimientos estancos en las formas de concebir y actuar a que la fragmentación del conocimiento sobre la realidad social ha condenado tanto a los intelectuales como a los colectivos de activistas que luchan por la transformación de la realidad; todo ello ha llevado tanto a unos como a otros a un empobrecimiento de sus prácticas y a un desperdicio de sus experiencias y aportes, con un significativo costo para sus luchas.

BIBLIOGRAFÍA

- AWID — Association for Women's Rights in Development (2004). Intersectionality: A Tool for Gender and economic Justice. *Women's Rights and Economics Change*, (9). www.awid.org/Library/Intersectionality-A-Tool-for-Gender-and-Economic-Justice2
- Barroso, José (2017). Imbricación de las opresiones. Un camino para la transformación social desde la decolonialidad. Entrevista con Ochy Curiel. <https://iberoamericasocial.com/imbricacion-las-opresiones-camino-la-transformacion-social-desde-la-decolonialidad-entrevista-ochy-curiel/>
- Borón, Atilio (2009). Las ciencias sociales en la era neoliberal: Entre la academia y el pensamiento crítico. En: Tavares dos Santos, Vicente (Org.), *Mundialização e sociologia crítica da América Latina*. Porto alegre: UFRGS.
- Castro-Gómez, Santiago y Grosfoguel, Ramón (2007). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores).

- Crenshaw, Kimberlé (1991). *Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias, y violencia contra las mujeres de color*. <https://www.uncuyo.edu.ar/transparencia/upload/crenshaw-kimberle-cartografiando-los-margenes-1.pdf>
- De Sousa Santos, Boaventura (1997). Una concepción multicultural de los Derechos Humanos. *Revista Memoria*, (101).
- De Sousa Santos, Boaventura (1999). Porque é tão difícil construir uma teoria crítica? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, (54).
- De Sousa Santos, Boaventura (2003) *La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social*. Bogotá: ILSA.
- De Sousa Santos, Boaventura (2005). *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. Madrid: Trotta.
- De Sousa Santos, Boaventura (2008). *Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria*. Buenos Aires: CLACSO.
- De Sousa Santos, Boaventura (2009a). *Una epistemología del Sur: La reinención del conocimiento y la emancipación social*. México: Siglo XXI/CLACSO.
- De Sousa Santos, Boaventura (2009b) *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*. Madrid: Trotta.
- De Sousa Santos, Boaventura (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Buenos Aires: Antropofagia.
- De Sousa Santos, Boaventura (2011). Interrogando al pensamiento crítico latinoamericano. *Cuadernos del Pensamiento Crítico Latinoamericano*, (43).
- Fariñas Dulce, María José (1997). *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna*. Madrid: Dykinson.
- Fornet-Betancourt, Raúl (2001). *Transformación intercultural de la filosofía*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- Fraser, Nancy y Jaeggi, Rahel (2020). *Capitalismo em debate: uma conversa na teoria crítica*. São Paulo: Boitempo.
- Gallardo, Helio (2008). *Teoria crítica dos Direitos Humanos no século XXI*. Porto Alegre: Edipucrs.
- Gándara Carballido, Manuel (2016). El pensamiento crítico en derechos humanos y la necesaria articulación de las luchas. *Panóptica*, (11).
- Grosfoguel, Ramón (2005). The Implications of Subaltern Epistemologies for Global Capitalism: Transmodernity, Border Thinking and Global Coloniality. En: Appelbaum, Richard y

- Robinson, William (Eds.), *Critical Globalization Studies*. New York /London: Routledge.
- Herrera Flores, Joaquín (2005a). De habitaciones propias y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, (33).
- Herrera Flores, Joaquín (2005b). *El proceso cultural: Materiales para la creatividad humana*. Sevilla: Aconcagua.
- Herrera Flores, Joaquín (2005c). Irrumpiendo afirmativamente en lo real. En: De Moura, Marcelo (Org.), *Irrumpiendo no real. Escritos de teoría crítica dos direitos humanos*. Pelotas: Educat.
- Herrera Flores, Joaquín (2007). *O nome do Riso. Breve tratado sobre arte e dignidade*. Porto Alegre: Movimento.
- Herrera Flores, Joaquín (2008). *La reinención de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños.
- Kontopoulos, Kyriakos (1993). *The Logics of Social Structures*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lander, Edgardo (2004). Universidad y producción de conocimiento: Reflexiones sobre la colonialidad del saber en América Latina. En: Sánchez Ramos, Irene y Sosa Elízaga, Raquel (Coords.), *América Latina: Los desafíos del pensamiento crítico*. México: Siglo XXI.
- Lander, Edgardo (2006). Pensamiento crítico latinoamericano: la impugnación del eurocentrismo. En: Lander, Edgardo et al. (Coords.), *Desarrollo, eurocentrismo y economía popular. Más allá del paradigma neoliberal*. Caracas: Ministerio para la Economía Popular.
- Lander, Edgardo (2012). ¿Reinventar el socialismo? *Alternativas. Revista de análisis y reflexión teológica*, 19(43).
- Mendoza, Breny (2010). La epistemología del sur, la colonialidad del género y el feminismo latinoamericano. En: Espinosa Miñoso, Yuderkis (Coord.), *Aproximaciones críticas a las prácticas teórico-políticas del feminismo latinoamericano Volumen I*. Buenos Aires: En la frontera.
- Payne, Michael (2002). Introducción. Algunas versiones de teoría crítica y teoría cultural. En: Payne, Michael (Comp.), *Diccionario de Teoría Crítica y Estudios Culturales*. Buenos Aires: Paidós.
- Peralta, María Inés (2017). No habrá liberación en tanto la dominación siga articulada y la resistencia fragmentada. *ConCienciaSocial. Revista digital de Trabajo Social*, 1(1). <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/ConCienciaSocial/>

- Santos, Ana (2012). Direitos humanos e movimentos sociais em Portugal: apropriação, ressignificação e des/politização. En: Macdowell dos Santos, Cecilia (Org.), *A Mobilização transnacional do direito. Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina.
- Saúl, Renato (2000). A nova economia e o déficit institucional dos direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, (57/58).
- Solórzano, Norman (2010). ¿De qué hablamos cuando hablamos de pensamiento crítico? [Ponencia]. *Encuentro Internacional de Pensamiento Crítico*. Costa Rica, Heredia.
- Wallerstein, Immanuel (1991). *Geopolitics and Geoculture*. Cambridge/Paris: Cambridge University Press/Editions de la Maison des Sciences de l'Homme.
- Zemelman, Hugo (2000). Debate sobre la situación actual de las ciencias sociales. http://www.archivochile.com/Ideas_Autores/zemelmanh/zemelman0007.pdf

LOS DERECHOS HUMANOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL MARXISMO

Napoleón Rosario Conde Gaxiola

INTRODUCCIÓN

Pretendo llevar a cabo un análisis sobre los derechos humanos desde la perspectiva dialéctica-materialista y del materialismo histórico. Se argumentará sobre la idea de los derechos humanos en tanto derechos subjetivos enlazados con la propiedad privada, es decir, del ser humano en tanto miembro de la sociedad capitalista. También se visualizarán tales derechos como un concepto clave del liberalismo, así como la posibilidad de rescatarlo de los modelos jurídicos del positivismo y del relativismo. Por otro lado, se reflexionará la viabilidad de su reconstitución desde un punto de vista crítico del derecho mismo en los tiempos de penuria económica, política y social, sobretodo, de la pandemia de Covid-19. A su vez, comentamos un poco sobre la idea de derechos humanos en el jus-naturalismo. La idea central es generar un punto de vista pertinente de una postura crítica en los momentos actuales de crisis económica y sanitaria.

DESARROLLO

Para escribir y hablar sobre el materialismo histórico y el materialismo dialéctico, y su postura sobre el derecho y los derechos humanos, se hace necesario comentar algunas ideas preliminares sobre la historicidad de tales concepciones y visiones.

Empecemos por el materialismo histórico. Es un saber y una práctica que ha constituido el fundamento histórico del marxismo. Es una ciencia que indaga la constitución de las leyes generales del desarrollo social, político, histórico e ideológico en la humanidad. Su construcción y génesis configuró una transformación vertebral en la evolución de las clases sociales, al auxiliar, principalmente, a los trabajadores en la formación de una concepción determinada del mundo, y asimismo formuló la adopción del horizonte materialista en el campo de la naturaleza y la sociedad. Nos ayuda a diseñar, comprender y edificar sobre la relevancia del factor subjetivo, es decir, la subjetividad, el imaginario, la representación, la práctica y la concepción del mundo.

Sus creadores, Carlos Marx y Federico Engels, desarrollan tales ideas en *La ideología alemana* (Marx y Engels, 1968), y en el libro *Contribución a la crítica de la economía política* (Marx, 2008). Su elaboración teórica es observada en los tres tomos del libro *El Capital* (Marx, 2014), ya que constituye uno de los paradigmas centrales de una teoría general para entender la esencia de la formación social capitalista. Los ensayos titulados *La lucha de clases en Francia de 1848 a 1850* (Marx, 1970), y *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte* (Marx, 1970), son una clara muestra de un análisis crítico de interpretación de la dinámica social desde la perspectiva del materialismo histórico. Lo mismo sucede en *El manifiesto comunista* (Marx, 1970), que además de configurar un estupendo estudio de la sociedad burguesa es, a su vez, una interpretación materialista opuesta al idealismo, e histórica por su contenido dinámico, diferente al enfoque estático. Es materialista en la medida en que asume el hecho central de la sociedad en lo material al establecer las causas cardinales de su existencia en la obtención de los medios de vida de las masas populares. Para comprender tal proceso, construyen la articulación entre la superestructura política en tanto reflejo de la base económica de una sociedad.

Sin duda alguna, podemos indicar la jerarquía, epistémica y empírica, del llamado materialismo histórico, muy superior a las teorías sociales del siglo diecinueve y veinte, como es el caso de la sociología, la ciencia política, la antropología, la pedagogía, y disciplinas similares; y de las corrientes de pensamiento de la era decimonónica, como el positivismo sociológico de Augusto Comte (2016, pp. 33-77), la antropología de Lewis Morgan (1971, pp. 99-115), el normativismo de la Escuela Exegética Francesa, el historicismo de Von Savigny (2019), el logicismo matemático de Gottlob Frege (1984, pp. 49-85), el fiscalismo y el biologicismo de Herbert Spencer (2019, pp. 31 y ss).

Por otro lado, se tiene al materialismo dialéctico, que es la base filosófica y científica del marxismo. También incluye su metodología

científica, en la que tiene un lugar preponderante el papel del método que, en su caso, se refiere a la crítica del método de la economía política. Sus autores originarios han sido, históricamente hablando, Carlos Marx y Federico Engels, quienes lo elaboraron a partir de 1840, y continuado durante la década del cincuenta, sobre todo en la llamada “Contribución” y, durante los sesenta y setentas hasta 1883, debido a la muerte de Marx, y hasta 1895 debido al fallecimiento de Engels. En esa vía, el método es un procedimiento para estructurar la praxis. Es un asunto, en tanto medio gnoseológico, acerca de la forma de reproducir en el pensamiento el objeto, tópico o temática que se estudia. A diferencia de otros métodos como el inductivo y el deductivo, el fenoménico o el positivista, el analítico y el sintético tiene su origen en la práctica social, siendo el eje primordial para la transformación de la sociedad. Es un reflejo del ser y de la realidad objetiva. Otros métodos, como el sistémico, el conductual, el estructural y el cultural, así como el individualismo metodológico, no constituyen el fundamento real de la lucha de clases. Aborda el papel de los principios y conceptos, así como las fronteras y sus límites.

A continuación, vamos a abordar la postura de Marx sobre los derechos humanos. Los críticos del marxismo difunden la idea de que Marx ha sido enemigo del derecho y de los llamados derechos humanos. Una muestra clara la constituye uno de los principales textos, denominado “Debates sobre la ley contra los hurtos de leña”, publicado en 1842, en el momento histórico donde comienza a asumir una postura crítica respecto a la propiedad privada (Marx, 1982). Aunque no sea un crítico antiliberal, adopta una posición relativamente materialista, histórica y dialéctica; al menos en esa época los defensores de la propiedad forman parte de la Escuela Exegética Francesa, la jurisprudencia analítica anglosajona, los partidarios de la jurisprudencia de conceptos, en Alemania, y otras posturas insertas en el derecho decimonónico de carácter metafísico e idealista.

No se trata de distinguir entre el Marx maduro y el Marx joven, o entre el Marx materialista y el idealista, como ha propuesto el desaparecido Louis Althusser (1966), sino de resaltar su visión histórica. En estos escritos existe una línea defensiva a favor de los derechos humanos. Es la época de plena juventud de Marx y de la llamada *Gaceta del Rin*. Y en esa medida, transita mucho más rápido que el jus-naturalismo y que el jus-positivismo. Un jurista argentino, llamado Carlos Massini, se ha dedicado a denostar la idea de Marx y de los derechos humanos. Dice:

Resulta totalmente vana, por lo tanto, la pretensión de los autores que citamos al comienzo, de fundar los “derechos humanos” en la ideología

marxista; es preciso realizar, en este punto, una opción inexcusable: o aceptamos los principios marxistas y renunciamos incondicionalmente a postular la existencia y fundamento de los “derechos humanos” o, por el contrario, aceptamos la existencia de estos derechos y renunciamos, consecuentemente, a todas aquellas premisas sobre las cuales pretendió Marx sentar las bases de su paradójico paraíso sin clases, sin estado y sin “derechos”. (Massini, 1986, p. 157)

Así, vemos que la postura de Massini es sumamente subjetivista y descalificadora al no visualizar la existencia de derechos humanos y, sobre todo, la posibilidad de una sociedad sin clases, estado y derecho. Él prefiere, abiertamente, una sociedad post-liberal, un derecho cosificado supuestamente sostenido en los derechos humanos, y un jus-naturalismo unívoco opuesto a Ernst Bloch, quien fue capaz de fusionar el marxismo con la religión (Bloch, 1961), de la misma manera que lo hicieron, Enrique Dussel (2006), Franz Hinkelammert (2018), y otros pensadores de la teología de la liberación. Es por eso su adaptación a una idea conservadora de los derechos subjetivos, sin afectar los grandes intereses de las clases dominantes. Como se ve en Bloch, existe un jus-naturalismo dialéctico.

En otra arista, indica:

Ciertas características fundamentales del sistema ideológico marxista: su colectivismo a ultranza, su positivismo jurídico y su exclusión de una noción valorativa de la justicia, hacen imposible elaborar una noción de “derechos humanos” a partir de los supuestos filosóficos del marxismo. Ello se hace evidente, sobre todo, a partir del presupuesto fundamental del que hemos partido, es decir, del carácter suprapositivo del fundamento de esos derechos. (Massini, 1986, p. 156)

Nos damos cuenta de la noción de derechos humanos que él asume, ligándola directamente al modo capitalista de producción, en la que es esencial su horizonte temático donde sobresale la propiedad privada, el colectivismo, el formalismo y la negación de los conflictos de clase, llevándolo a un trascendentalismo absolutista. Piensa que los derechos humanos están enlazados con la justicia, la equidad, el deber ser, en tanto conceptos fundamentales de un derecho naturalista reaccionario, totalmente distante del jus-naturalismo analógico del hermeneuta mexicano Mauricio Beuchot (Beuchot, 2005, pp. 9-44).

En otro lado, Massini continúa:

Cualquier ideología integralmente revolucionaria —sea marxista o no— debe adoptar una posición similar frente al tema de los derechos fundamentales del hombre. En efecto, las categorías jurídicas: persona, responsabilidad, reparto, sanción, deber, etc., no se compadecen con la visión

pseudo-escatológica de un futuro maravilloso, sin autoridad y de libertad absoluta. Además, al ser la tarea revolucionaria obra de la colectividad toda, no queda en ella lugar para las pretensiones de los sujetos individuales o de las sociedades infrapolíticas, una de cuyas modalidades son los "derechos humanos". (Massini, 1986, pp. 156-157)

Hemos escogido un jurista univocista defensor de la normatividad, la acumulación, la competencia, el valor de cambio y otros puntos más. En esa tesitura, cuestiona el marco pseudo-escatológico del marxismo, y se sitúa, irónicamente, como un crítico más, pues se añade al abanico anticomunista en el campo de las ciencias del derecho. Finalmente, vemos que Massini es un anticomunista (Massini, 1976).

Por otro lado, para Javier Hervada, los derechos humanos son preexistentes a la propia legislación, a la norma y a la misma decisión jurídica. Señala:

Negar que los derechos humanos sean verdaderos derechos porque son preexistentes a la ley positiva es un apriorismo, esto es, procede de adoptar un concepto de derecho elaborado sobre las leyes positivas (estatales o no) sin que los derechos humanos hayan sido tomados en consideración. (Hervada, 1982, pp. 248-249)

Vemos que, para él, la dimensión jurídica es natural y cultural. Para justificar esta última, entiende que el derecho es un asunto vinculado con la religión, en el sentido de una metafísica unívoca, y es, a su vez, natural, en la medida en que los derechos humanos son anteriores a toda legislación, situación legal o juricidad. Esto significa que los derechos subjetivos se ubican por encima de la sociedad y del derecho positivo. Para él, hay una esencia fundamental perteneciente al ser humano, muy encima del deber ser y de las normas. De no aceptarse dicha reflexión, parece obvia su negación de los derechos humanos. Los positivistas y los post-positivistas, al visualizar lo legal sobre lo humano, nos dan la clave para entender todo tipo de derecho por su cuestionamiento a la justicia, la dignidad, la virtud y la misma naturaleza humana. En esa vía, los jus-realistas, los analíticos y los relativistas, han propuesto una versión de los derechos humanos muy limitada e insuficiente, parecida al positivismo kelseniano y post-kelseniano, que se ha negado a reconocerlos. En el caso del derecho natural, en especial Hervada, llega a proponer una teoría general de los derechos humanos, teniendo como base la teoría del derecho naturalista (Hervada, 1993).

Hablar sobre los derechos humanos, desde una perspectiva marxista, implica adoptar la postura del jurista soviético Evgeny Pashukanis. Él toma como plataforma la concepción materialista que articula

el derecho y la ética con el sistema mercantil. En lo concreto, no reflexiona sobre la teoría de los derechos humanos en sentido estricto, ya que la postura burguesa la coloca bajo una línea del liberalismo, la cual concibe como una conquista real del ciudadano. Él comenta la existencia del sujeto egoísta, el sujeto jurídico y la persona moral como las tres principales máscaras en la sociedad productora de mercancías. Deduciendo su pensamiento podríamos hablar un poco sobre el sujeto de los derechos humanos. Nos dice:

Así, los tres momentos mencionados más arriba, o como se prefería decir en otro tiempo, los tres principios del egoísmo, de la libertad y del valor supremos de la persona, están indisolublemente unidos el uno con el otro y representan en su totalidad la expresión racional de una única, y misma relación social. El sujeto egoísta, el sujeto jurídico y la persona moral son las tres principales máscaras bajo las cuales aparece el hombre en la sociedad productora de mercancías. La economía de las relaciones de valor nos da la clave para comprender la estructura jurídica y moral, no en el sentido del contenido de la norma jurídica o moral, sino en el sentido de la forma misma del derecho y de la moral. (Pashukanis, 2016, pp. 203-204)

Así como indica el jurista soviético, es fundamental el papel de las relaciones sociales para entender la esencia de la ética, la persona, los valores y, se podría decir, de los derechos humanos. Estos no pueden ser abordados desde la perspectiva formal y monista, sino desde la economía de la relación de valor, es decir, el método del marxismo de la crítica de la economía política. Para Marx, el estudio del derecho lo lleva a señalar lo siguiente:

Mi investigación desembocó en el resultado de que tanto las condiciones jurídicas como las formas políticas no podían comprenderse por sí mismas ni a partir de lo que ha dado en llamarse el desarrollo general del espíritu humano, sino que, por el contrario, radican en las condiciones materiales de vida, cuya totalidad agrupa Hegel, según el procedimiento de los ingleses y franceses del siglo XVIII, bajo el nombre de “sociedad civil”, pero que era menester buscar la anatomía de la sociedad civil en la economía política. (Marx, 2008, p. 4)

Eso significa que el derecho en general, y los derechos humanos en particular, no pueden entenderse desde un horizonte únicamente espiritual, sino bajo las condiciones materiales de existencia, es decir bajo relaciones concretas de producción, señalando que es el ser social el que se ubica por encima de la conciencia social. Luego señala:

Comencé en París la investigación de esta última, prosiguiéndola en Bruselas, hacia donde había emigrado como consecuencia de una orden de

expulsión del señor Guizot. El resultado general que obtuve y que, una vez obtenido, sirvió de hilo conductor de mis estudios, puede formularse brevemente de la siguiente manera. En la producción social de su existencia, los hombres establecen determinadas relaciones, necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción que corresponden a un determinado estadio evolutivo de sus fuerzas productivas materiales. La totalidad de esas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la cual se alza un edificio [*überbau*] jurídico y político, y a la cual corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material determina [*bedingen*] el proceso social, político e intelectual de la vida en general. (Marx, 2008, pp. 4-5)

Observamos cómo Marx le asigna el lugar primero a la estructura económica de la sociedad, la cual determina la cultura, la política y la educación de una sociedad. Su idea es muy diferente al positivismo kelseniano, que coloca a la norma y a la coacción sin tomar en cuenta la economía, es decir, trata el asunto del derecho desde un eje monista, orientado a negar los intereses económicos de los actores jurídicos. Una constante del derecho moderno, desde el historicismo de von Savigny y la jurisprudencia de conceptos al reciente neopositivismo de Luigi Ferrajoli, ha sido la negación de la forma jurídica en tanto reflejo de la forma mercado, desarrollada por Pashukanis y actualizada por el jurista brasileño Alysson Leandro Mascaro, al decir: “Lo fundamental del derecho es la forma jurídica, que es espejo de la forma mercantil (Mascaro, 2016)”. Esto indica el nexo absoluto y relativo de la propuesta marxista sobre el derecho.

En síntesis, Marx señala que los derechos humanos, históricamente, han sido distorsionados, fundamentalmente por el derecho natural a partir de la centuria dieciochesca y decimonónica, al pretender universalizar la idea de un concepto abstracto de justicia y del derecho mismo. Para él, “en el fondo es, por tanto, como todo derecho, el derecho de la desigualdad (Marx y Engels, 1971, p. 16)”.

En ese sentido, el derecho y los derechos humanos, a nivel discursivo, son la apología de una abstracta igualdad entre diversos sujetos jurídicos pretendiendo, a nivel real, evitar la desigualdad. En esa vía, se ha hablado de un capitalismo igualitario o de un liberalismo, sea paleo-liberal o neoliberal, que pregona la razón práctica del capital autonombrándose post-capitalista, en aras de evitar hablar de la sociedad y el estado democrático popular, socialista o comunista. El liberalismo presume la existencia de una estructura económica sin cambiar el capitalismo. Hay una presunción en los sujetos señalados de defender a los llamados derechos humanos como algo propio y característico de la civilización moderna y tecnológica, mediante la

implantación de los famosos estados constitucionales de derecho en su defensa de los derechos subjetivos. Para ellos, el ejemplo a seguir son las formaciones sociales europeas, sobre todo de carácter social-demócrata.

La perspectiva marxista critica a los derechos humanos, al apostar por los derechos de propiedad privada. Veamos cómo lo dice Marx, cuando discute con Bauer la cuestión de los derechos políticos:

Una parte de estos derechos humanos son derechos políticos, derechos que sólo pueden ser ejercidos en comunidad con otros. Su contenido es la participación en la comunidad, y precisamente en la comunidad política, en el Estado. La categoría que los comprende es la de libertad política, derechos políticos. Estos, como hemos visto, no presuponen en modo alguno la abolición coherente y positiva de la religión, por consiguiente, tampoco, v. g., del judaísmo. (Marx, 1978, pp. 193-194)

Aquí señala el hecho de que parte de los derechos humanos son derechos políticos, es decir prerrogativas que en el discurso capitalista son presumidos por la burguesía. Asimismo, Marx indica que entre los derechos humanos se encuentra la libertad de conciencia y el derecho a practicar cualquier culto. Así vemos que los mismos derechos humanos son derechos religiosos, es decir, la existencia de la supuesta libertad de culto, sin olvidar que buena parte del cristianismo y el judaísmo apoyan la propiedad privada como condición esencial de los derechos humanos. Aquí radica la diferencia de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, donde estos pregonan formalmente una supuesta libertad política y religiosa.

Marx continúa su reflexión de la siguiente manera:

Constatemos ante todo el hecho de que, a diferencia de los *droits du citoyen*, los llamados derechos humanos, los *droits de l'homme*, no son otra cosa que los derechos del miembro de la sociedad burguesa, es decir del hombre egoísta, separado del hombre y de la comunidad. (Marx, 1978, p. 195)

Vemos la crítica de Marx a la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que en su artículo 2 subraya que los verdaderos derechos humanos, como la igualdad, la libertad, la seguridad y la propiedad. Se observa que lo primordial del derecho humano es el derecho a la propiedad privada. Incluso se puede hablar del derecho humano a la igualdad, al plantear la isonomía o supuesta igualdad ante la ley. Marx recuerda el artículo 3 de la Constitución de 1795, que dice: “La igualdad consiste en que la ley es la misma para todos, sea protegiendo sea castigando (Marx, 1978, p. 196)”. Y también el artículo 8, sobre

la seguridad: “La seguridad consiste en la protección acordada por la sociedad a cada uno de sus miembros para que conserve su persona, sus derechos y sus propiedades (Marx, 1978, p. 196)”.

Observamos que la seguridad jurídica, y la propia certeza jurídica, es la categoría central del capitalismo, en la que lo central es la conservación de la persona y del sujeto jurídico del derecho, al suponer que el gobierno y la forma estatal consisten en que toda la sociedad burguesa es la conservación de la propiedad privada y su protección total al individuo:

Ninguno de los llamados derechos humanos va por tanto más allá del hombre egoísta, del hombre como miembro de la sociedad burguesa, es decir del individuo replegado sobre sí mismo, su interés privado y su ámbito privado, o disociado de la comunidad. Lejos de concebir al hombre como ser a nivel de especie, los derechos humanos presentan la misma vida de la especie, la sociedad como un marco externo a los individuos, como una restricción de su independencia originaria. El único vínculo que los mantiene unidos es la necesidad natural, apetencias e intereses privados, la conservación de su propiedad y de su persona egoísta. (Marx, 1978, p. 197)

Así el tema, para Marx consiste en no confundirse en el papel de los derechos humanos en la sociedad burguesa. Al señalar que el capitalismo es el escenario ideal para proteger y amparar su propiedad, la cual ha sido apropiada y embargada por la subjetividad jurídica típica del triunfo del capitalismo en la época ilustrada.

A partir de Marx nos convencemos de la interacción entre los derechos humanos y el capitalismo, que también supone la expropiación de los bienes económicos, no sólo del siervo sino de los propios señores feudales. Es en el reino de la hegemonía de la mercancía, situación no observable en la sociedad pre-capitalista. Es por eso que el imperio mercantil obtiene su máximo beneficio de la circulación de mercancías al hegemonizar las relaciones sociales. Los derechos humanos, o su discurso, en el hecho de que los emancipadores políticos convierten al ser humano en un simple medio para la existencia de los mismos.

Marx continúa:

Sólo cuando el hombre real, individual reabsorba en sí mismo al abstracto ciudadano y, como hombre individual, exista a nivel de especie en su vida empírica, en su trabajo individual, en sus relaciones individuales; sólo cuando, habiendo reconocido y organizado sus “fuerzas propias” como fuerzas sociales, ya no separe de sí la fuerza social en forma de fuerza política; sólo entonces, se habrá cumplido la emancipación humana. (Marx, 1978, p. 201)

Nuestro autor reflexiona sobre el camino que el ser humano de carne y hueso debe formular para sentirse independiente de cualquier tipo de religión, sea judía o cristiana. A nuestro juicio, Marx entiende que los derechos humanos aparecen en la lucha de clases entre la burguesía y los proletarios. El propio Norberto Bobbio señala que los derechos humanos son típicos del capitalismo, y que sólo pueden existir en la democracia liberal (Bobbio, 1991). Igualmente, Jürgen Habermas, en su vertiente liberal distante de su época marxista en la Escuela de Frankfurt, trata de retomar la idea de dignidad como elemento central de los derechos humanos (Habermas, 2010, pp. 4-5).

Así vemos que la temática de los derechos humanos está ligada, en lo fundamental, a los socialdemócratas, la llamada democracia cristiana, el republicanismo, el comunitarismo, a nivel teórico y práctico. De nuestra parte, no adoptamos una postura liquidacionista frente a los derechos humanos. Pensamos su relevancia en el momento actual de transición entre el neoliberalismo y el post-liberalismo. Sería absurdo negar los derechos humanos ante las protestas sociales del movimiento feminista, ecológico con perspectiva de género, libertad religiosa, de expresión y educación, el derecho al aborto, la liberación sexual, etcétera.

Es necesario recuperar la idea de derechos humanos de posturas liberales, analíticas, normativistas, fenomenológicas, sistémicas y post-positivistas, entre otras. Lo que he querido presentar ha sido cierta relevancia desde el materialismo histórico, abordándolo en tanto ciencia y teoría general del marxismo, y su importancia con la crítica y recuperación de los derechos humanos. En la actual fase del neoliberalismo se han puesto de moda los eventos sobre los derechos subjetivos, publicaciones y creación de posgrados académicos sobre tal asunto. Mi pretensión ha sido rescatar, en lo que sea posible, la posición actual sobre su pasado, presente y futuro del marxismo en general, recuperando la esencia no sólo de los derechos humanos, sino también de la justicia, la equidad, la axiología, el ser y deber ser y la puesta en debate con otras corrientes de pensamiento.

CONCLUSIÓN

Hemos propuesto la necesidad, concreta y real, de pensar mínimamente la vigencia del marxismo mediante el materialismo histórico y la dialéctica materialista, tan puesta en boga por el jus-positivismo, el jus-relativismo y el post-positivismo. Donde se encuentran sus ideas principales en el presente texto. Se visualiza en la idea de ubicar la ciencia de la historia y teoría general del marxismo. También se observa en el método dialéctico y de la crítica del método de la economía política. A su vez, se ubica en el reconocimiento económico, político,

ideológico, social y cultural de los llamados derechos humanos. Esperamos haber presentado las ideas puntuales aquí señaladas. Bajo ningún punto de vista hay una denostación de los derechos humanos, sino un reconocimiento objetivo a su validez en la medida en que puedan ser ubicados en un sistema donde la mercancía reina en su plenitud, es decir, bajo la forma cosificada del valor de las mercancías.

BIBLIOGRAFÍA

- Althusser, Louis (1996). *La revolución teórica de Marx*. México: Siglo XXI.
- Beuchot, Mauricio (2005). *Interculturalidad y derechos humanos*. México: Siglo XXI/ UNAM.
- Bloch, Ernst (1961). *Derecho natural y dignidad humana*. Madrid: Aguilar.
- Bobbio, Norberto (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.
- Comte, Augusto (2016). *La filosofía positiva*. México: Porrúa.
- Dussel, Enrique (2006). *20 tesis de política*. México: Siglo XXI.
- Frege, Gottlob (1984). *Investigaciones lógicas*. Madrid: Tecnos.
- Habermas, Jürgen (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, (64).
- Hervada, Javier (1982). Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, (9).
- Hervada, Javier (1993). *Escritos de Derecho natural*. Pamplona: EUNSA.
- Hinkelammert, Franz (2018). *Totalitarismo de mercado. El mercado capitalista como ser supremo*. Madrid: Akal.
- Marx, Karl (1978). *Manuscritos de París. Escritos de los "Anuarios francoalemanes"*. Barcelona: Editorial Crítica.
- Marx, Karl (1982). *Escritos de Juventud*. México: FCE.
- Marx, Karl (2008). *Contribución a la crítica de la economía política*. México: Siglo XXI.
- Marx, Karl (2014). *El capital. Tomo I*. México: FCE.
- Marx, Karl y Engels, Friedrich (1968). *La ideología alemana*. Uruguay: Ediciones Pueblos Unidos).
- Marx, Karl y Engels, Friedrich (1970). *Obras Escogidas. Tomo I*. Moscú: Editorial Progreso.
- Marx, Karl y Engels, Friedrich (1971). *Obras Escogidas. Tomo II*. Moscú: Editorial Progreso.

- Mascaro, Alysson Leandro (2016). Derecho, capitalismo y estado. Para una lectura marxista del derecho. En: Conde, Napoleón y Romero, Víctor (Coords.), *La crítica del derecho desde América Latina*. México: Horizontes.
- Massini, Carlos (1976). *Ensayo Crítico acerca del pensamiento filosófico-jurídico de Carlos Marx*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Massini, Carlos (1986). Los “derechos humanos” desde la perspectiva marxista: consideraciones críticas. *Persona y Derecho*, (14).
- Morgan, Lewis (1971). *La sociedad primitiva*. Madrid: Ayuso.
- Pashukanis, Evgeny (2016). *Teoría general del derecho y marxismo*. Bolivia: Ministerio de Trabajo y Previsión Social.
- Spencer, Herbert (2019). *Demasiadas leyes*. Guerrero: Editorial Prensa.
- Von Savigny, Friederich Karl (2019). *Los fundamentos de la Ciencia Jurídica*. Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

EL DERECHO HUMANO A LA COMUNICACIÓN MATERIAL DE LOS PUEBLOS¹

Sebastián Alejandro García Caicedo

INTRODUCCIÓN

El fundamento tradicional del derecho humano a la comunicación se ha reducido a lo que la matriz liberal burguesa de los derechos ha creído que significa, vinculándolo únicamente con derechos como la libertad de expresión, pensamiento, prensa, conciencia o información, y prohibiciones de censura en cualquiera de sus modalidades. Un reduccionismo encubridor del verdadero significado que, la comunicación, elevada al nivel de la reflexión y reconocimiento jurídico, implica. Se continua con la creencia de que comunicación tiene mucho que ver solo con medios de comunicación, acceso igualitario al espectro electromagnético, el ejercicio del periodismo, el libre acceso a la información pública, pluralismo informativo (activo y pasivo), medidas anti oligopólicas, etcétera. Si bien eso es cierto y necesario reivindicar por el cinismo con que las élites mundiales se han hecho con el control de las subjetividades a través de las tecnologías comunicativas, también es igual de cierto que son reflexiones un poco es-

1 Las presentes reflexiones se encuentran de manera más amplia en la tesis de maestría titulada “En disputa por el derecho humano a la comunicación en Colombia. Hacia su fundamento desde abajo”, presentada para optar por el título de Maestro en Derechos Humanos en la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

trechas a la hora de analizar más materialmente este derecho. Se ha fetichizado al Estado moderno y su forma jurídica, escondiendo el significado del capital como esa relación social aún imperante en las sociedades actuales. Siguen creyendo en el individuo abstracto y en el Estado como los únicos puntos de arranque del fundamento del derecho humano a la comunicación. De esa manera, se han convertido en víctimas del idealismo, tanto en su forma iusnaturalista como iuspositivista y socio contractualista como las formas hegemónicas para legitimar y explicar el qué y para qué de este derecho humano.

En ese sentido, en oposición a esa matriz, las reflexiones que proponemos instan a realizar un análisis crítico, analizando este derecho acudiendo a lo que la dialéctica materialista nos ofrece, para así poder construir un fundamento alternativo del mismo. Es decir, recurrimos en parte a lo que Antonio Salamanca ha denominado como iusmaterialismo para tratar de explicar el hecho y la praxis que significa el derecho humano a la comunicación, así como aquello reivindicado teóricamente como “derecho popular insurgente”, recordando un poco el derecho consuetudinario de los pobres argumentado hace unos años por Marx. Con ese abrebocas, proponemos entonces hablar de un derecho humano a la comunicación material de los pueblos, como la categoría explicativa para ese propósito de buscar un fundamento no burgués ni liberal en este derecho. Al plantearse en instancia material, este derecho tratará de ser explicado bajo dos supuestos:

1. Incorpora un componente material, que se explica en el criterio marxista de la producción, desarrollo y reproducción de la vida;
2. Se ve envuelto por un componente estructural sustantivo, en tanto expone a la comunicación como parte de la estructura necesitante y capacitante del ser humano como un *Homo sapiens sapiens* o un animal de realidades, que invita a pensarlo bajo sus tres momentos de plenitud: la verdad, la comunicación o afección y la libertad, todos materiales.

EL DERECHO POPULAR INSURGENTE DE LA PRAXIS

Antes de comenzar a hablar del derecho humano a la comunicación material de los pueblos, es necesario situarnos sobre qué entendemos por derechos humanos. Derechos humanos pueden ser muchas cosas. No obstante, para nosotros, estos:

1. No son esencias universales anteriores al ser humano: devienen de ellos;

2. No provienen del ejercicio racional pensante del ser humano: se desarrollan en sus acciones diarias concretas como praxis;
3. Tampoco son externos al ser humano como simple voluntad de un agente superior autorizado para producirlos: están en el ser humano, sus relaciones con los demás seres humanos y la naturaleza.

Los derechos humanos encuentran su contenido y alcances en un espacio socio metabólico que está en la historia. Es decir, el fundamento de los derechos humanos es, ante todo, material e histórico. Asimismo, derechos humanos no son discursos neutrales, apolíticos, aislados de la vida social, sin ideología y ética; por el contrario, tienen un horizonte determinado: el de producir, desarrollar y reproducir la vida de aquellas personas que encuentran límites para ello y la naturaleza, en el marco de toda una estructura histórica de dominación que es política y económica. Los derechos humanos son entonces un hecho, una relación social que puede o no expresarse positivamente, pero que encierra una ideología determinada.

Como tal, el capitalismo también los ha usado como discurso encubridor de la explotación en la que se basa para existir; los ha vuelto apariencia de eso real y justificación para lograr hegemonía. El capital hizo de los derechos humanos un mito de su razón mercantil, los subsumió a su lógica como respuesta coherente de su matriz histórica. La constatación histórica nos permite identificar eso, así como la representación colonial, racista, dependiente y eurocéntrica que estos tienen (Rojas, 2018), pero también pueden ser negación de esa negación, y positividad de algo nuevo. “Así como los pueblos pueden poner a su servicio la tecnología que encierran las máquinas, los pueblos pueden poner a su servicio el Derecho revolucionario” (Salamanca, 2021, p. 106).

Siguiendo a Helio Gallardo (2006; 2008), podríamos decir que los derechos humanos tienen un carácter sociohistórico que requiere de una sensibilidad para producir, desarrollar y reproducir la vida, en acción. Lo jurídico es una realidad que se construye y se va construyendo históricamente por medio de las acciones, no de las ideas: es ortopraxis más que ortodoxia. Pero no es cualquier praxis, sino una consciente. Los derechos humanos encuentran su argumento en quienes los padecen. Se corporalizan, no corporativizan, ubicándose en eso lanzado a la exterioridad que niega la vida de algunos sujetos, los margina a la muerte. Con derechos humanos se reafirma la voluntad de vivir que tiene el sujeto como contenido material; provienen y encuentran asidero en aquellos donde se devela la injusticia. Es un quehacer de la historia que busca abrir nuevas formas de realidad: una

creación liberadora de la realidad. Buscan liberación en cuatro sentidos: material, ideológica, personal y colectiva, y también del individualismo mezquino. Un ejercicio que puede valerse de algunas herramientas teórico-prácticas para ello. Los derechos humanos, entonces, no vienen del Estado ni se subsumen a un momento bastante confuso de creación, sino que se van creando a partir de una dimensión instituyente fundamentada en la necesidad de una justicia histórica como praxis interpretativa de la cotidianidad sufriente (Rosillo y Machado, 2020).

Recordando un poco al joven Marx (2007), los derechos humanos son un derecho consuetudinario de los pobres. En oposición a la costumbre del privilegio y de la costumbre del derecho positivo, se reivindica la pobreza de los desposeídos como fundamento de los derechos humanos. El derecho no es un mero enunciado lógico-formal, sino una relación de fuerzas en movimiento, donde existen algunas tendencias a dominar y explotar (Rivera, 2010), de lo cual se sale a partir de la lucha de los movimientos sociales (Gallardo, 2006), pero también de las prácticas cotidianas individuales que tienen el objetivo de combatir los excesos del poder que impiden la autoconstitución y autonomía de los sujetos (Gallardo, 2006; Sánchez, 2017). Luchas que nacen de una toma de consciencia de lo que en la realidad oprime, para con eso generar una comunidad viva que dialoga críticamente sobre esa realidad (intersubjetividad crítica), consensua, y así adelanta la lucha socio comunitaria que les permita abrir las puertas para poder apropiarse de más posibilidades y así conseguir más libertad. Más que una simple reapropiación del poder normativo, como quisiera Jesús Antonio de la Torre Rangel (2005), se piensa en una reapropiación de las condiciones materiales de vida de quienes producen el derecho, que viene como condición e interrelación dialéctica de la primera más que lógica o secuencial, vertida en la afirmación y negación: “la función del sistema del derecho, es por un lado, de conservación cuando la vida está afirmada, y por el otro, de transformación donde la vida está negada” (Medici, 2016, p. 225).

Derechos humanos, son entonces praxis populares e insurgente dotadas de materialidad. “Son un camino y no el final de un camino” (Gallardo, 2008, p. 178). Retomando a Prestes y Ribas (2019), significan una dialéctica entre reivindicación y contestación, la primera ejercida a manera de táctica y la segunda como estrategia, que debe llevar a buen término el des(uso) del derecho en su forma jurídica modernacapitalista-colonial, en tránsito a la desaparición de la forma social que lo produce y a la cual responde: “o direito insurgente é o (des)uso tático do direito, ou seja, uso tático do direito combinado com estratégia de extingibilidade. Aqui está, enfim, a dimensão (anti) jurídica

da insurgência” (Prestes, 2018, p. 1590). En ese orden de ideas, los derechos humanos son una crítica a la forma-ideología jurídica colonial y dependiente que se relaciona con la acción contestataria de los movimientos populares y resulta de algunas mediaciones entre teorías críticas del derecho. Y como fundamento, significa que no basta con decir qué son los derechos humanos, sino para qué son.

Esa funcionalidad, interna en el fundamento de los derechos humanos se deriva del contenido de la praxis normativa que dijimos son los derechos humanos, pues no es suficiente con afirmar un derecho más justo y eficaz, ni atribuir a relaciones prácticas de otros modos de producir la vida una juridicidad, sino describir el movimiento de insurgencia de esas prácticas jurídicas como contestación. Las prácticas jurídicas insurgentes que son los derechos humanos tienen un proyecto dirigido a contrarrestar el modo capitalista de administrar la muerte. En síntesis, podríamos decir que los derechos humanos son praxis vivas de los pueblos, individuales y colectivas, orientadas por el criterio de la producción y reproducción de su vida y la de la naturaleza, dirigidas a una plena satisfacción de sus necesidades para el desarrollo y florecimiento de sus capacidades, bajo un horizonte no instrumental y como forma de liberación de posibilidades —y de todo tipo de opresión—, que los haga realmente libres y contribuyan con un *contínuum* histórico emancipatorio. Son táctica y estrategia de transformación.

EL CONTENIDO MATERIAL DEL DERECHO HUMANO A LA COMUNICACIÓN MATERIAL DE LOS PUEBLOS

Ahora bien, para comenzar a plantear la propuesta se considera necesario, en primer lugar, aproximarse a dotar a este derecho de ciertos contenidos materiales en su existencia y alcances, a la luz de la negación de la negatividad que de ellos se ha hecho. En ese sentido, se parte de una crítica concreta dirigida a la desigualdad equivocista (Beuchot, 2010) que ha producido el concepto de libertad burguesa en este campo. Un equivocismo que no niega únicamente a ciertos sujetos y les cohibe la posibilidad de comunicación, sino que se exhibe como paradójico, pues niega la libertad misma y opera como violencia para legalizar un aparato estructural injusto, antidemocrático y aniquilador de la comunicación.

De esa manera, se defiende la inclusión de tres axiomas básicos en el núcleo esencial de este derecho que, aunque se toman como independientes, guardan relación intrínseca, coherencial y respectiva, como necesario para superar ese campo de incomunicación producido por la filosofía liberal en torno a la fundamentación de este derecho. Ellos tienen que ver con las tres dimensiones de la plenitud de

la vida humana: la intelectual, sentimental y opcional (volitiva). Estos son:

1. El axioma de lo material cognitivo;
2. El axioma de lo material afectivo;
3. El axioma de lo material emancipatorio. Son materiales, porque todos tienen su anclaje de existencia en la corporalidad viva del ser humano como *homo sapiens*, la cual define como principio toda posterior teorización.

DE LO MATERIAL COGNITIVO

En cuanto a este axioma, se puede argumentar que tiene que ver con lo que hasta el momento se ha dicho. Es decir, a su reducción a la simple libertad de información, opinión y conocimiento a través de la prensa o sus equivalentes, con todos sus ingredientes y derivados. Empero, se separa de ese discurso, en cuanto se plantea en instancia concreta de realidad y no de abstracción, encontrando su núcleo en las necesidades materiales de información veraz, opinión crítica dialéctica bien informada y conocimiento para poder vivir y florecer (Salamanca, 2010; 2011). Por demás, no tiene en su matriz el discurso unívoco de ser un derecho perteneciente al individuo, sino a la comunidad, al pueblo. En efecto, comprende que el sujeto es vivo, corporal, con necesidades y condicionamientos materiales, intersubjetivo y en una constante actividad práxica. Entiende que la finalidad de vivir es estar vivo y que para ello es necesario satisfacer las necesidades materiales de existencia, para lo cual se usa la comunicación. Se tiene entonces un principio material que pone la satisfacción de esas necesidades como un hecho radical (Rosillo, 2019). Desde la comunicación se brega para que existan las condiciones mínimas para la producción, reproducción y aumento de la vida humana y de la naturaleza, pues la vida no es un fin utilitario en sí mismo que se somete a la racionalidad del mercado y la competencia, sino que es el contenido mismo de la vida.

En ese sentido, la comunicación se entiende como lo derivado de la necesidad y capacidad de verdad material de las personas y los pueblos para la vida. Comunicar, más que libertad, es mediación comunitaria necesaria para la vida y la consecución de la verdad. No se trata de solo ser libre para expresar, opinar, informar o dar noticias, sino de reconocerse como sujeto que actúa en función de la producción y reproducción de la vida propia, del otro y la naturaleza. Se deja de lado el reduccionismo e instrumentalización que hace de la comunicación el capitalismo, concibiéndolo como “un acto de vida que trasmite no sólo información, sino también sentimientos, emociones

y pensamientos usando lenguajes diversos como la palabra, la lengua, lo visual, lo corporal” (Leyva y Kohler, 2020, p. 20). Este derecho logra un grado de formalización mayor en el plano de la realidad, que va más allá de la existencia de normas y principios constitucionales o internacionales, permaneciendo más acorde con su realización y existencia efectiva en las praxis instituyentes de esas normas. Contribuye con la superación de la ficción jurídico-normativa de las libertades de expresión, información y prensa, y la de la civilización ficticia digital y todo el proceso de subsunción real de la comunicación por el capitalismo.

De esta manera, este derecho preconiza la necesidad de recuperar sabidurías y formas solidarias de relacionamiento social para contribuir a que se haga justicia con aquellas personas y grupos de personas a quienes se les ha negado hasta la vida misma. Por consiguiente, se pretende poner en el centro de este derecho humano al sujeto, pero no cualquier sujeto, sino aquel que históricamente y de manera situada lucha y requiere satisfacer sus necesidades básicas para producir y reproducir su vida. Como diría Rosillo (2013), se brega por un fundamento acompasado con las necesidades históricas de lucha que se surten desde el sur global y los sujetos empobrecidos.

DE LO MATERIAL AFECTIVO

Este axioma se plantea sobre dos ejes: tratar a la información como un valor de uso, en lugar de un valor de cambio: es un medio para satisfacer y potenciar la necesidad-capacidad de verdad del ser humano, y afirmar que existe comunicación, en tanto, afectividad con los demás seres humanos, la comunidad y la naturaleza (solidaridad, sentimiento, comunicación). La consecuencia inmediata del primer polo es que no pueden existir monopolios u oligopolios en torno a la información y comunicación, mientras que el segundo pone de presente el carácter de otredad amplia, de compartir, que tiene la necesidad-capacidad de conocer, informar-informarse o comunicar algo. Es decir, entiende que la posibilidad del ejercicio comunicativo no es de unos pocos y que la comunicación no solo se da entre seres humanos individuales, sino entre ellos, ellos y la comunidad, y ellos y la naturaleza, en el marco de una estructura material o físico-histórica posibilitante que se aprehende sintientemente de manera constante, en orden de potenciar ejercicios de libertad.

Esa afectividad funciona no solo en el marco de la necesidad-capacidad de verdad, sino también en las de comunicación y libertad materiales. Así, se tiene una verdad práctica que puede conjugar lo descriptivo con lo normativo, como moralidad práctica, dentro de una praxis sociohistórica de alteridad tendiente a la libertad. El derecho

humano a la comunicación que planteamos está abierto a la historia, a lo ético, estético y lo político. Sería una mediación para que la convivencia social sea consensual, dentro de lo factible (Medici, 2016), siguiendo el criterio de satisfacer las necesidades y florecer las capacidades que permitan producir y reproducir la vida de los seres individuales, la comunidad y la naturaleza. Es un derecho humano que incluye el encuentro con el otro en tanto otro, no a partir de la falacia posmoderna y relativista que confunde diversidad con fragmentación, hechos con opiniones; que brinda una apariencia de diverso, pero con el socavamiento de lo diferente.

Democratiza la palabra y deshegemoniza el discurso. Se basa en el principio de pluralismo informativo, en orden de disputar el sentido común y las narrativas, teniendo como base la necesidad intelectual del ser humano de que, para tomar decisiones autónomas, requiere información veraz, completa, crítica y con posibilidades de conocimiento amplio de la realidad. Funge como principio de liberación cognitiva, para lo cual prescribe que los medios de comunicación deben ser ideológicamente plurales, performativamente sinceros y desideologizados, y sin vicios de mistificación. Posibilita una democratización que pasa desde la producción y circulación de la información hasta su apropiación-consumo y reproducción: desde quién dice algo, pasando sobre a quién tanto le llega esa información, hasta lo que la misma información contiene y produce como efecto en las prácticas cotidianas.

Procura por la pluralidad de fuentes, independencia y diversidad en los contenidos y formas de participación. Ello, sobre la base de garantizar una auténtica libre expresión de las grandes mayorías populares y los sectores sociales históricamente excluidos. La democratización de los medios no es, por lo tanto, un componente discursivo vacío y abstracto en este derecho, sino concreto y urgente para la liberación de los pueblos oprimidos, que asume el compromiso de erigir medios de comunicación ciudadanos autónomos al Estado y los grandes conglomerados económicos, fungiendo como elementos de develación de lo que ellos tratan de ocultar. Se plantea desde una visión horizontal, castiga engaños y desnuda los complejos industriales mediáticos. Entonces, no habrá industrias mediáticas con propiedad privada sobre los medios y la información, sino redes comunitarias y populares que funcionen como facilitadoras de ella para la vida. De esta forma, se supera esa confusión sumisa, cerrada e interesada que lía medios de comunicación con derecho humano a la comunicación, asume la monopolización de la información en los grandes y acaudalados grupos empresariales e impide a la mayoría acceder a la comunicación y la información (Guerrero, 2015).

Se trata de un derecho abierto a instancias de participación y producción de comunicación más amplias, democráticas y no coloniales, que no es cómplice ni propugna por homogeneizar la vida y moldear un consumidor universal favorable al capital (Maisonave, 2019). Y que se asume no solo con tecnologías comunicativas, sino también con aquello que teje la vida de los pueblos y los integra con la Madre Tierra: desarrolla, revitaliza, entiende, dialoga, escucha y respeta a los demás seres y la naturaleza, desde una posición ética horizontal, recíproca y solidaria. Es un derecho que entiende a la comunicación de manera ontológica —no esencialista— e interrelacional, esto es, que involucra en su sentido la manera en cómo se es y se está en el mundo, enfatizando en las relaciones entre las personas y todos los seres que habitan en la Madre Tierra y el cosmos (Leyva y Kohler, 2020).

DE LO MATERIAL EMANCIPATORIO

Ahora bien, como emancipación material, este derecho se define en el marco de una necesidad-capacidad de libertad material. Es decir, este derecho ubicado en esa aprehensión primordial de la realidad, acceso al conocimiento, relación con el otro en sentido amplio, entendido por fuera del circuito industrial mediático y pretendiendo la producción y reproducción de la vida de los pueblos y la naturaleza, en últimas lo que pretende es barajar en su núcleo la posibilidad de desbloqueo para que los oprimidos y excluidos puedan autorrealizar su vida y se puedan ejecutar proyectos colectivos de revolución y liberación de su sistema de posibilidades con pleno florecimiento de sus capacidades, dentro de unas necesidades de:

1. Empoderamiento con la fuerza de liberación personal y comunitaria;
2. Autodeterminación revolucionaria en el proyecto personal y comunitario;
3. Fortalecimiento en la permanencia histórica hegemónica de la ejecución del proyecto político revolucionario (Salamanca, 2010; 2011).

Así las cosas, el derecho humano a la comunicación material de los pueblos es una praxis liberadora: significa la posibilidad de expresar, informar y transformar lo que de injusto tiene la realidad. Se podría decir que es un instrumento que socializa el conocimiento producido por los seres humanos, devela lo oculto y sirve de base para la liberación espiritual y material del oprimido: le da la verdad para ello.

Concibe al sujeto como el protagonista-autor de la historia y del mismo derecho humano a la comunicación. No usa a los seres huma-

nos para mantener lo favorable a un grupo de ellos, sino que amplía su esfera para que ellos accedan a lo necesario para construir su propia historia, desde un análisis situado, histórico, dialéctico, crítico. Reconoce la capacidad creativa y de acción del sujeto, dándole titularidad comunicativa más allá de su delimitación y cerco estatal, para ubicarse contextualmente en lo que la comunidad consensualmente define y va definiendo históricamente de manera real. Eso significa que no se tiene un derecho humano a la comunicación uniforme ni uniformizador en todo tiempo y lugar. Va dando de sí lo que se requiere en un espacio y momento determinado para ir liberando y haciendo florecer las capacidades necesarias para que la comunidad y la naturaleza pueda producir y reproducir su vida. Posibilita desarrollar un *homo juridicus* (Supiot, 2007) liberador, en tanto praxis de emancipación. Una emancipación no solo del hombre individual, sino de los seres humanos, la comunidad y la naturaleza. De ahí que se muestre como resistencia a la hegemonía del orden de la razón neoliberal (Brown, 2016). Baraja en su núcleo y contribuye con la emancipación humana, en tanto, discierne sobre el reconocimiento y organización de las fuerzas propias del ser humanos como fuerzas sociales concretas (Marx, 1844).

Por eso, como hecho radical de interpelación y confrontación material a la imposibilidad de la vida, el derecho humano a la comunicación material de los pueblos permanece adyacente para enfrentar la muerte del sujeto que la sufre. Su contenido emancipatorio tiene que ver, primigeniamente, con refutar materialmente la verdad del sistema que origina esa negación, desde el oprimido del sistema (Rosillo, 2019). Sin desconocer la dimensión individual del sujeto, integra una praxis que busca liberar al sujeto dueño de la verdad como momento material, objetivo e intelectivo situado en las víctimas que busca la transformación del estado de cosas que las ha puesto en esa posición y, en consecuencia, propone una nueva institucionalidad que posibilite la vida e impide la muerte. De ahí que sea un contenido emancipatorio situado contextual y políticamente. No se reduce a una simple armonización horizontal de las relaciones de poder, sino que se afirma posicionadamente con las víctimas en esa dialéctica configurativa de las formas de ser y estar en el mundo. Con ello, se confirma el carácter relacional, histórico, dinámico y conflictivo que supone este derecho, donde se enaltece a un sujeto político capaz de resignificar narrativas en confrontación directa contra las estructuras que auspician la dominación y explotación.

El derecho humano a la comunicación material de los pueblos pone en el centro la ampliación de la libertad de los seres humanos y la naturaleza, entendida como el incremento de sus posibilidades y

capacidades para realizar su vida (Guerrero, 2015). Entendido como praxis, significa como un proceso de totalidad social de transformación de la realidad tanto natural como histórica, pero en orden liberador y de florecimiento de las capacidades del ser humano y la naturaleza, así como de nuevas estructuras más humanas, en el marco de posibilidades existentes para ello.

EL CONTENIDO ESTRUCTURAL SUSTANTIVO DEL DERECHO HUMANO A LA COMUNICACIÓN MATERIAL DE LOS PUEBLOS

Ahora bien, decíamos que este derecho no solo tiene unos principios materiales, sino que también incorpora una dimensión estructural sustantiva que lo explica. Pues bien, siguiendo un poco a Ellacuría, Salamanca y Zubiri, podemos decir que, el ser humano, es un animal de realidades. Como animal, significa que pertenece a una especie. Esa especie, hasta el desarrollo actual de la historia, es el *Homo sapiens sapiens*. Él no está por fuera de la realidad, ni de la historia: hace parte de la historia y se subsume por la realidad. La realidad posibilita a los individuos y a la misma especie. De ahí que sea animal, pero de realidades. Esa posibilitación es material, física, deviene de una estructura que hace que el *Homo sapiens sapiens* sea tal. Hablamos del *phylum* o sustrato filogenético con que cuentan todos los miembros de la especie *Homo sapiens sapiens*, que hace, a su vez, que todos estos sujetos se integren. Todos hacemos parte del *phylum* que otorga sustantividad material a nuestra existencia, más allá de lo ontogenético de cada uno: no es igual unidad física que uniformidad.

Ahora, el animal de realidades, al enfrentarse al mundo, con su realidad en la historia, no se comporta igual que otras especies, aunque traiga de ellas algunos resquicios que no puede eludir. Este animal particular no solo responde a estímulos, en un esquema cerrado de una sola posibilidad de acción muchas veces incontrolable, sino dentro de un marco amplio de opciones, sobre los que se elige, se selecciona libremente, que opera a la par como elección liberadora. Es decir, el animal de realidades tiene la posibilidad de elegir libremente la manera en cómo va a responder a la realidad, lo que define su acción concreta y dicha acción hace que este animal vaya liberando nuevas formas y situaciones a las que nuevamente se va a tener que enfrentar. Construye libremente su derrotero de vida. El animal de realidades es dueño de su propio destino; se hace a cargo de su realidad. Y lo es físicamente, no idealmente.

Y en ese enfrentarse físicamente con la realidad para ir liberándola, el animal de realidades lo hace con un acto constitutivo, que opera como principio de acción material, física: la inteligencia sentiente. El sentir humano y el inteligir no se contradicen, sino que se traducen en

una unidad constitutiva de un único acto de aprehensión de la realidad: el acto es unitario, no escindido donde primero se siente y luego se entiende o viceversa. La inteligencia es sentiente y el sentir es intelectual. El animal de realidades se enfrenta al mundo como inteligencia sentiente, la cual no consiste en ser acto de pensar, razonar, introducirse en el mundo de las ideas por fuera de lo físico. La inteligencia no se mueve ni se forma por fuera de la realidad misma: hay una principalidad de la realidad en los actos intelectivos. “Inteligencia es aquí el modo propio y total de enfrentarse con las cosas en tanto que reales. La aprehensión de las cosas como realidad es el acto elemental de eso que llamamos inteligencia, más que un acto de comportamiento intelectual es un enfrentamiento, un aprehender las cosas como realidad” (Ellacuría, 1999, p. 320).

Así, se tiene que la actualidad de una cosa en la inteligencia es una reactualización de su realidad. La inteligencia sentiente, como la praxis primigenia del animal de realidades, tiene un carácter material intrínseco y activo del proceso de conocimiento y de toda actividad intelectual, condicionada por múltiples factores biológicos-materiales que se encuentran en el desarrollo de la historia. De ahí que exista una unidad constitutiva entre teoría y praxis: la teoría es un momento de una praxis física. Desde la realidad física del animal de realidades el ser humano entiende, conoce y entiende. La situación es que eso no se hace como función alejada de la vida, por la misma condición de físico viviente que tiene el animal de realidades, pero también porque se hace para vivir: se entiende para seguir viviendo y asegurar las condiciones que posibiliten y amplíen la vida del animal de realidades, o sea para actuar en función de la vida (Samour, 2014).

Y esa es la sustantividad de toda praxis del ser humano. Este no opera en el vacío ni emerge espontáneamente de una abstracción racional o divinidad que lo crea, pero tampoco es mera existencia empírica (objetiva) que se verifica con los sentidos y métodos creados para ello, sino que deviene materialmente desde la propia realidad del ser humano en interactividad-praxis con el mundo real que requiere conocer, entender y aprehender para desarrollar su vida, desde el primer acto de intelección. Se trata de una actividad única, unitariamente psico-orgánica, que hace que el acto de racionalización más grande se vea sumergido en ese condicionamiento biológico-material de lo sensorial orientado al mantenimiento e incremento de la vida, aunque ese acto de racionalización sea un momento de ese entender primario (Samour, 2014).

Se tiene entonces una primera forma de impresión de la realidad que se le da al animal humano para conocer, que luego se la siente en forma física afectante con los otros miembros de la especie: co-

municación material (igualdad-solidaridad), y se avanza en forma de opción tendente: libertad material, pero siempre a partir de esa primera forma de impresión que unifica el proceso material y real de inteligencia sentiente: desde la praxis intelectual, que opera como verdad material. O sea, existe una respectividad física entre los momentos de verdad-comunicación-libertad materiales que son propios del animal de realidades en su aprehensión de la realidad histórica, que ha devenido en la constitución de un *phylum* determinado, el cual opera como unidad física de toda acción de ese animal de realidades. El ser humano no puede negar la sustantividad de su animalidad, sino más bien entender que tiene la opción de potenciar su humanidad y expandir a la animalidad en sus capacidades, en un juego en el que, siendo actor y autor de la realidad, la aprehende, la carga, se encarga, comparte y se hace a cargo de ella, teniendo como límite los condicionamientos materiales y reales existentes para ello en la historia como totalidad física (el cosmos) (Ellacuría, 1999).

Entonces el sujeto titular de las praxis normativas que en ese devenir surjan, no es un individuo abstracto dado apriorísticamente, sino un sujeto personal y colectivo inmerso en unas históricas y concretas estructuras y relaciones, las cuales deben verificarse en su aportación o no a la producción y aumento de la vida del animal de realidades, con consecuencias en la ampliación de posibilidades mayores de humanización y de desarrollo de las capacidades de ese sujeto personal y colectivo. Ahora, hablar de tener una sustantividad no reduce al ser humano a ser simple sustancia, sino sistema de notas de la realidad: una sustantividad, cuyas propiedades no son inherentes sin más, sino más bien “momentos de un sistema total, en una intrínseca referencia de unas a otras en el sistema; por tanto, con coherencia sistemática”. (Samour, 2014, p. 173). En mí existe una unidad coherencial filética que me integra de manera física al otro, que me lanza hacia el otro, sin hacerme perder mi individualidad, pero ahora delimitada por esa realidad estructural unitaria que es el *phylum*. El propio Yo se afirma en y desde la co-determinación del otro, que no proviene, como origen, del diálogo o comunicación personal, sino de la conexión real filogenética que se tiene (Ellacuría, 1999).

Y en esta sustantividad propia del animal de realidades, derechos humanos se ubican también como parte de esa unidad filética e histórica de la especie humana. Si los entendemos como praxis morales normativas, juridificación de un sistema de necesidades-capacidades propio del *Homo sapiens sapiens* en su sustantividad, tendientes a la producción y reproducción de la vida (Salamanca, 2003; 2010; 2011), pues lo son en medio y a partir de dicha sustantividad. Su despliegue, como se anticipaba, se observa en los tres momentos de desarrollo de

la vida del animal de realidades y su enfrentamiento con la realidad: verdad, afección-comunicación y voluntad-libertad materiales, que pueden ir dando los contenidos, límites y alcances de los derechos humanos históricamente, pero cuya partida se encuentra en el inteligir sentiente: de ahí nacen los derechos humanos.

Derechos humanos son una acción moral de realidad [ARE] (Salamanca, 2003), una praxis moral que se ejecuta diariamente, un curso que se instala entre la vida y la muerte a lo largo de la vida del ser humano. Es así, el ser humano vive o muere, no tiene alternativas. Acción será entonces toda la actividad que engloba la vida humana, en esa dualidad vida-muerte. Cada acción tiene un *telos* (fin) en esa binariedad de acción de vida (*eros*, producción-reproducción de la vida) o acción muerte (*thanatos*). Así, toda acción es moral antes de ser racional: es un dinamismo físico ineludible, que da el juicio último de la formulación racional de los derechos humanos. Estos parten de un deber-una obligación de actuar, pero eso debitorio es natural, físico antes que racional y estriba en el deber de realización de la vida no en su degradación.

Y, en el caso específico del derecho humano a la comunicación material de los pueblos, eso también es así. Podría pensarse, como de hecho se ha pensado tradicionalmente, que la sustantividad de este derecho tendría que ver únicamente y en parte con el momento intelectual de verdad, pero no es tan así si recordamos ese carácter unitario y en respectividad de toda acción humana. Por lo tanto, este derecho también es momento de comunicación (en sentido de sentimiento o afección) y de libertad (en sentido de voluntad), aunque primigenia y mayoritariamente sea de verdad material.

El momento de verdad para este derecho arranca con el hecho físico de la aprehensión primordial de realidad: me doy cuenta de que algo se me está haciendo presente, antes de toda consciencia. De ahí la realidad se mueve hacia un análisis de ese enfrentamiento del animal de realidades con la realidad, pero que ya viene de suyo físico. Finalmente, se busca integrar un análisis más racional de esos momentos, que puede consistir en la teorización o no de algo de ese enfrentamiento con la realidad. Se conforma entonces por tres momentos diferenciados:

1. De información primigenia de la realidad;
2. De análisis sistémico que supone alguna opinión crítica formada por ese análisis o consenso cuando se dialoga críticamente de ello;
3. De explicación racional, o dar razones del porqué de las causas de ese hecho, de crear conocimiento (Salamanca, 2003). La

verdad aparece como verdad informativa, verdad de opinión y verdad como razón.

Pero ese momento de intelección, entendido como verdad, no flota solo en el aire, sino que en él se transita hacia un momento de sentimiento-comunicación-afección. Es verdad para cuidar a la naturaleza y a los otros en la comunidad: amor; y también para cuidar a la comunidad política en general: justicia. Pero, no por eso, viene separado del momento físico estructurante de la aprehensión primordial de realidad. Esta comunicación o afección material deviene de la existencia de una comunicación biológica; es decir, por el nexo social que se presenta como habitud social de alteridad y por lo impersonal que tiene lo social. La sociedad no es mera suma de individuos, sino más bien estructuración de individuos estructurados físicamente. La alteridad no es una entelequia imaginaria que suena solidaria, sino una realidad física inevitable. Se vive en la realidad confirmando la vida real de los demás. Y esto se da en la habitud, como principio de socialidad, es decir, como la forma en que el hombre se actualiza respecto de los demás. La habitud es una forma especial que tiene cada ser humano de enfrentarse con las cosas, que lo hace respectivo a ellas (Ellacuría, 1999). “Convivir es estar vitalmente presente a los demás, formar cuerpo con ellos: es presencialidad física de la vida de cada cual dentro de la vida de los demás”. (Ellacuría, 1999, p. 382). Pues el derecho humano a la comunicación material de los pueblos se instala como afección sentimental, como el segundo momento de la acción unitaria que significa su contenido. No puede ser solo verdad.

Ahora bien, tampoco solo es verdad y afección, sino también libertad u opción tendente. Este momento de libertad, también ya viene materialmente integrado por la aprehensión primaria de la realidad. Y se refleja en libertad de, como liberación de lo que esclaviza física, biológicamente al ser humano; libertad para, como instancia de auto-determinación para decidir producir y reproducir la vida o la muerte; y, libertad en como ejecución de ese proyecto desde el sistema de posibilidades existente, con el fin de irlo amplificando (Salamanca, 2003). Una libertad limitada por el sistema de posibilidades que existe para tenderse en realidad a eso que se quiere. No se quiere ni se tiende a cualquier cosa, sino a lo físicamente posible. La determinación de lo que se quiere ser y hacer en razón de ello, por fuera del simple estímulo, hace referencia a la libertad. “Libertad que es, por lo tanto, libertad ‘de’ la naturaleza, pero ‘en’ y ‘desde’ la naturaleza como subtensión dinámica y, sobre todo, libertad para ser lo que se quiere ser” (Ellacuría, 1999, p. 350). En alguna medida el hombre puede auto-dominarse, pero lo hace para apropiarse de posibilidades de vida y de realización.

Resuelve las cosas por decisión; se va haciendo a sí mismo por apropiación, justificando la creación de unas posibilidades y la anulación de otras. En efecto, la libertad es autodeterminación, que hace que no haya actos de libertad, sino más bien acciones libres, que son aquellas que me enfrentan a las cosas como realidades, no estimúlicamente (Ellacuría, 1999).

Así las cosas, y siendo muy breve con la explicación, el derecho humano a la comunicación material de los pueblos, tiene algo de todo esto. Se encuentra en todo el despliegue sustantivo de la acción y la praxis moral del animal de realidades. Ahí descansa su sustantividad plena y trabaja de, por y para ella. Es un derecho humano que incorpora en sus contenidos:

1. Una democratización de los productores de información, en virtud del momento informativo e intelectual de la realidad, por la verdad material;
2. Una democratización de las voces que analizan y comparten la información, en virtud del momento de opinión crítica dialéctica (de la verdad) y la afección-sentimiento material;
3. La fuerza de empoderamiento popular de la comunicación para la vida y producción de la vida de los pueblos y la naturaleza, en virtud del momento de conocimiento-razón (de la verdad) y la libertad o volición material.

CONCLUSIONES

Este texto trató de construir un fundamento alternativo del derecho humano a la comunicación, asumiendo para ello una visión materialista y dialéctica, diciendo que la comunicación es material y de los pueblos. Con esto busca combatir el campo de incomunicación, la mentira, la abstracción, el engaño y el bloqueo de libertad que se ha edificado desde su fundamento tradicional burgués. Su explicación se vierte, en un primer momento, sobre la base del principio material de la producción y reproducción de la vida, que se despliega en tres axiomas constitutivos de la plenitud humana, los cuales funcionan en respectividad y de manera articulada: verdad, comunicación-afección y libertad material. En un segundo momento, como instancia superadora del idealismo burgués, se trata de explicar cuál es la sustantividad y sustrato material de este derecho. Para ello, se acoge la noción de *phylum* y estructura psico-orgánica que tiene el ser humano como un animal perteneciente a la especie *Homo sapiens sapiens*, que otorga una primariedad física estructural y estructurante de todo el proceso de realización humana y despliegue de su acción: también enmarcada en la verdad, como momento intelectual; en la comunicación o senti-

miento, como momento de afección; y, en la libertad, como momento de volición o decisión de opción como instancia de posibilidad. Cada uno de ellos se despliega en su especificidad, pero nunca pierde la estructura física de la que parte el animal de realidades, demarcada por eso llamado como inteligencia sentiente de la realidad.

Esto nos permite situar un derecho humano a la comunicación libre del idealismo, el etnocentrismo, estadocéntrismo, individualismo, así como el encubrimiento e interés de clase con que se ha formulado hasta el momento y ha justificado su existencia, permitiéndonos entenderlo con una historicidad propia y en una construcción práctica diaria, que se sitúa política y éticamente con quienes no han disfrutado sino padecido este derecho humano; es decir, desde el lugar donde se ha negado su efectividad práctica, pudiendo ser una herramienta teórica útil al momento de evidenciar su dinamismo de producción (¿quién realmente lo produce?), circulación (¿cómo se distribuye o comunica?) y apropiación-expropiación (¿a quién empodera, quién hace uso de él y de qué manera?), para futuros estudios tanto en el campo de la comunicación y la cultura, como del derecho y los estudios sociales.

BIBLIOGRAFÍA

- Beuchot, Mauricio (2010). *Hermenéutica, analogía y derechos humanos*. San Luis de Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales MISPAT/UASLP.
- Brown, Wendy (2016). *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*. Buenos Aires: Malpaso ediciones.
- De la Torre Rangel, Jesús Antonio (2005). *El derecho que nace del Pueblo*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- Ellacuría, Ignacio (1999). *Filosofía de la realidad histórica*. San Salvador: UCA editores.
- Gallardo, Helio (2008). *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. San Luis de Potosí: Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí/Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- Gallardo, Helio 2006 *Derechos humanos como movimiento social* (Bogotá: desde abajo).
- Guerrero, Mario (2015). *Derecho a comunicar y periodismo en Colombia* [Tesis de maestría]. Universidad Nacional de Colombia.
- Leyva, Xochitl y Kohler, Axel (2020). *La situación del derecho a la comunicación con énfasis en las y los comunicadores indígenas y afrodescendientes de América Latina*. México: Clacpi/PVIFS/

- AlterNativa/Cesmeca-Unicach/Cooperativa Editorial Retos/
CLACSO.
- Maisonnave, Marcelo (2019). *El derecho humano a la comunicación. Análisis de la Ley 26.522 (Ley de servicios de comunicación audiovisual) en Argentina* [Tesis de Maestría]. Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- Marx, Karl (1984). Sobre la cuestión judía. En: Roces, Wenceslao (Dir.), *Obras fundamentales de Marx y Engels*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Marx, Karl (2007). *Los debates de la Dieta Renana*. Barcelona: Gedisa.
- Medici, Alejandro (2016). *Otro nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát/UASLP.
- Prestes, Ricardo (2018). “Direito Insurgente. Fundamentações Marxistas desde a América Latina”. *Direito & Praxis*, 9(3).
- Prestes, Ricardo y Ribas, Luiz (2019). El des(uso) táctico del derecho insurgente. En: Sandoval, Daniel, Melgarito, Blanca y Caraballo, Leonel (Coords.), *Derecho, lucha de clases y reconfiguración del capital en Nuestra América*. Buenos Aires: CLACSO.
- Rivera, Carlos (2010). El derecho de lo común. *Crítica jurídica*, (29).
- Rojas, Eduardo (2018). *Constitucionalismo social latinoamericano como crítica de la ideología jurídica colonial. Constitución material, jurídica y reforma agraria en Cuba* [Tesis de Maestría]. Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- Rosillo, Alejandro (2019). Materialidad de derechos humanos y antropología jurídica. En: Luevano, Guillermo, Terven, Adriana y Rosillo, Alejandro (Coords.), *Prácticas institucionales de la justicia estatal y comunitaria. Estudios de antropología jurídica*. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát/ Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- Rosillo, Alejandro y Machado, Lucas (2020). *Derecho y liberación. Pensamiento jurídico crítico desde la filosofía de la liberación*. Bogotá: ILSA.
- Salamanca, Antonio (2003). *Fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Nueva Utopía.
- Salamanca, Antonio (2010). Iusmaterialismo. Teoría de los derechos de los pueblos. *Crítica jurídica*, (29).
- Salamanca, Antonio (2011). *Teoría socialista del derecho (Iusmaterialismo)*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Salamanca, Antonio (2021). La (re) insurgencia histórica de los derechos humanos de los pueblos y derechos de la Naturaleza

en América Latina: un desafío a la ideología iusnaturalista e iuspositivista de la burguesía. *Nullius: revista de pensamiento crítico en el ámbito del derecho*, 2(1).

Samour, Héctor (2014). Zubiri y el proyecto de filosofía de liberación de Ignacio Ellacuría. *Estudios centroamericanos*, (69).

Sánchez, David (2017). Crítica a una cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos. *Culturas jurídicas*, 4(7).

Supiot, Alain (2007). *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

LOS DERECHOS BIOCULTURALES EN EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

ALCANCE Y PERSPECTIVAS EN EL POSCONFLICTO¹

Javier Gonzaga Valencia Hernández y
Diego León Mora Corrales

INTRODUCCIÓN

La presente investigación consiste en un análisis de la situación de los pueblos étnicos afrodescendientes en Colombia que habitan en el departamento del Chocó, municipios de Istmina y Condoto, en el marco del posconflicto iniciado después de la firma de los acuerdos de paz en el año 2016.

La tierra, quién la controla y los recursos que ésta entraña, es el elemento común que une a las comunidades étnicas y al conflicto armado en una relación desigual y de victimización. En este escenario sobresalen la minería ilegal y criminal y la producción y tráfico de sustancias ilegales, como los factores que más impactan a las comunidades, al ser fuente de financiación de los grupos al margen de la ley y motivo de desplazamientos forzados.

El marco de comprensión lo haremos desde la perspectiva de los “nuevos derechos” que surgen de la necesidad de proteger de manera integral la naturaleza y los pueblos étnicos, frente los diferentes

1 Este capítulo es el resultado del trabajo desarrollado a través del programa de investigación “Reconstrucción del tejido social en zonas de posconflicto en Colombia”, código SIGP 57579, con el proyecto de investigación “Modelo ecosistémico de mejoramiento rural y construcción de paz: instalación de capacidades locales”, código SIGP 58960. Financiado en el marco de la convocatoria Colombia Científica, por medio del contrato FP44842-213-2018.

actores legales o ilegales que ven los territorios de estos pueblos como una inmensa cantera de “recursos” para explorar, sin tener en cuenta los impactos que producen en la vida y en los ecosistemas.

Siguiendo a Medici (2018), “Los derechos ‘nuevos’, emergentes, buscan responder a las diversas dimensiones de las crisis societarias que no se puede responder sino desde la complejidad de los vínculos sociedad-naturaleza en sus diversos aspectos, socioeconómicos, ecológicos, culturales”.

En este sentido tenderemos en cuenta la sentencia T-622 de 2016 de la Corte Constitucional Colombiana, que se convirtió en un hito del derecho ambiental y de la protección de comunidades étnicas al declarar al río Atrato como una entidad sujeta de derechos, e impartir una serie de órdenes para garantizar tanto la pervivencia del río, como de las comunidades que dependen de él, órdenes cuyos efectos fueron rastreados por esta investigación. Esta sentencia reconoce los derechos bioculturales de los grupos étnicos del Choco biogeográfico, como una forma de protección de comunidades étnicas, frente a la inmensa problemática asociada a la contaminación de las fuentes de agua y al declarar al río Atrato como una entidad sujeta de derechos se pretende garantizar la pervivencia y restauración ecológica del río y a su vez la de los habitantes de ese territorio.

En el Acuerdo Final de Paz suscrito entre el gobierno colombiano y la desmovilizada Guerrilla de las FARC en el año 2016, se propone una reforma rural integral y uno de sus mecanismos es el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos, como forma de minimizar o terminar el cultivo y tráfico de sustancias de uso ilícito en conjunto con las comunidades para superar este flagelo y como estrategia para garantizar la pervivencia de los pueblos originarios y articular las diferentes entidades y proyectos que tienen incidencia en los territorios étnicos. Destacamos que se hace imprescindible la garantía que tienen las comunidades a ser consultadas cada que se pretenda llevar a cabo medidas que puedan afectarles directamente, de conformidad con lo establecido en el convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.

Los resultados se obtuvieron a partir de una metodología de tipo explicativo, que en palabras de Hernández *et al.* (2014) sostiene que este tipo de estudios van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de sus relaciones y está orientado en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta o como se relacionan las tres variables: conflicto armado interno, los acuerdos de paz y derechos bioculturales y la protección ambiental en Colombia, proporcionando de esta manera una descripción, sentido y entendimiento en la correlación de las variables de

estudio. El diseño de tipo no experimental, con un enfoque cualitativo implicó en primera instancia revisión documental e interpretación de los diferentes datos, a partir la técnica de análisis del contenido, lo que permitió estudiar y analizar la comunicación de una manera objetiva y sistemática. En segundo lugar, se tuvieron en cuenta técnicas cualitativas como la observación participante y las entrevistas semiestructuradas con la comunidad de los municipios de Istmina y Condoto, departamento de Chocó, Colombia.

Se concluye que a pesar de la riqueza ecosistémica y cultural de estos territorios, del nuevo marco jurídico y la nueva institucionalidad propuesta en los acuerdos de paz, como los PEDET, los grupos étnicos y sus territorios siguen siendo afectados por factores como la violencia de los grupos armados ilegales diferentes a los que firmaron el acuerdo de paz en el año 2016, el deterioro ambiental por la extracción de minerales y de madera, la poca intervención y control estatal frente a estos factores de violencia. Es imperativo implementar enfoques diferenciales, o étnicos, que atiendan más al carácter colectivo de las comunidades étnicas, que a la eficacia de los derechos bioculturales, que depende de la movilización social, política y jurídica de los estos pueblos y la articulación de las entidades nacionales e internacionales que hacen presencia en esos territorios.

SOBRE LOS DERECHOS BIOCULTURALES

Como lo indica la composición gramatical del concepto, estos derechos expresan la intrínseca unión entre la cultura de las comunidades étnicas con la naturaleza y disponibilidad de los recursos naturales que las sustentan.

Los derechos bioculturales surgen como una respuesta al sistema tradicional de protección de los pueblos indígenas el cual “trata la tierra y otros recursos naturales separadamente de los recursos culturales (Chen y Gilmoure, 2015, p. 4)”.²

De esta manera, la discusión sobre los derechos bioculturales como categoría legal surge ante la crisis ambiental y la necesidad de integrar en un mismo concepto los elementos naturaleza y cultura, inseparables para la existencia de las comunidades étnicas, las cuales están siendo mayormente puestas en riesgo conforme avanza la masificación y globalización de la industria y del extractivismo.

Como afirma Medici:

² Por ejemplo, la Declaración de derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 trata el tema de los recursos naturales mientras que los recursos intelectuales y culturales han sido abordados por la ley de propiedad intelectual individual.

Los derechos de los pueblos, integrando sus sapienciales de relación con la naturaleza en una noción de soberanía ampliada a este aspecto material y cultural, que se plasman en los nuevos derechos emergentes, los derechos de la naturaleza, y los derechos bioculturales, que articulan en una unidad inescindible la pluralidad de sociometabolismos y culturas de relación con la naturaleza, frente al pensamiento único del gran depredador material y cultural. (Medici, 2018, p. 110)

Bavikatte (2015, p. 8), dice al respecto que: “[...] el concepto de derechos bioculturales es de vieja data. Ha sido ampliamente utilizado para indicar un modo de vida que se desarrolla dentro de una relación holística entre la naturaleza y la cultura”.

Estos derechos han sido desarrollados principalmente por la jurisprudencia de las altas cortes de algunos países; existen casos juzgados por la High Court of Uttarakhand, India (Bagni, 2018). En Colombia, este concepto aparece por primera vez en la Sentencia T-622 de 2016 de la Corte Constitucional, la cual reconoce “[...] al Río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas” (Corte Constitucional, 2016). Con esto la Corte entiende al río Atrato como una entidad ecológica cuya preservación depende de la pervivencia cultural de las comunidades étnicas que la habitan.

En este orden de ideas, la Corte define los Derechos Bioculturales como:

Los derechos que tienen las comunidades étnicas a administrar y a ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios —de acuerdo con sus propias leyes y costumbres— y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad. (Corte Constitucional, 2017)

De esta manera, dichos derechos surgen de la intrínseca relación de interdependencia que existe entre la naturaleza, sus recursos y las comunidades étnicas que la habitan, elementos que no pueden considerarse aisladamente, en tanto la forma de vida desarrollada tradicionalmente por estas comunidades se encuentra determinada por su ecosistema, a la vez que la conservación de este es posibilitada por las prácticas culturales de aquellas.

En este sentido, Ulloa (2001, p. 13), ejemplifica esta relación a través del Plan de Vida (1996) de La Organización Regional Indígena Embera-Wounan-OREWA, el cual plantea que:

Para los pueblos indígenas del departamento [Chocó] el bienestar está basado en el sentido de pertenencia a la Naturaleza como un legado ancestral de su origen; la Naturaleza y el mundo están constituidos por múltiples espíritus donde cada uno de ellos representa una de las especies de los seres vivos o muertos que existen. El tejido simbólico de la cosmovisión de los pueblos indígenas juega un papel definitivo en el equilibrio de los ecosistemas que se encuentran en su territorio. Es por eso que cuando se atenta contra la Naturaleza se atenta contra la cultura y viceversa.

Según la sentencia T-622 de 2016 esta relación de interdependencia también es predicable a las comunidades afrodescendientes del país, las cuales, como en el departamento del Chocó, han desarrollado su cultura de acuerdo con las condiciones del medio que habitan, en este caso, las de río Atrato.

Por otro lado, como categoría legal, los derechos bioculturales, según la Corte Constitucional (Sentencia T-622 de 2016) buscan integrar las diferentes disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano en materia de protección de las comunidades étnicas y de los recursos naturales que las sustentan, que en la Constitución se encuentran en los artículos 7, 8, 79, 80, 330 y 55 transitorio.

Lo anterior significa que estos derechos no son nuevas prerrogativas para las comunidades étnicas, en lugar de ello “son una categoría especial que unifica sus derechos a los recursos naturales y a la cultura, entendiéndolos integrados e interrelacionados” (Corte Constitucional, 2016).

CONFLICTO ARMADO, ACUERDOS DE PAZ Y POSCONFLICTO

No obstante el hecho de que las características del conflicto colombiano no se acojan literalmente al artículo 1 del Protocolo II de Ginebra, es un hecho notorio que en Colombia existen organizaciones armadas que se enfrentan al Estado, con capacidades militares y tácticas que pueden oponer al Ejército Nacional y con las que ejercen control territorial en diferente medida y con diferentes métodos, que pueden ir desde un trabajo por ganar la aceptación de los habitantes, hasta la imposición del control a través del miedo.

El caso del cultivo de palma de cera, en la región del Bajo Atrato (Chocó), abordado por García (2013), ejemplifica en cierta medida el paso del control territorial de la guerrilla de las FARC a un control del territorio por parte de grupos paramilitares, viendo la población el cambio de una guerrilla que extorsionaba e incluso asesinaba a empresarios palmicultores, en concordancia con su propaganda política, a la entrada de grupos paramilitares que ejercieron una violencia desmedida en la población con el fin de eliminar las bases sociales de la guerrilla, a través también del control territorial como arma política

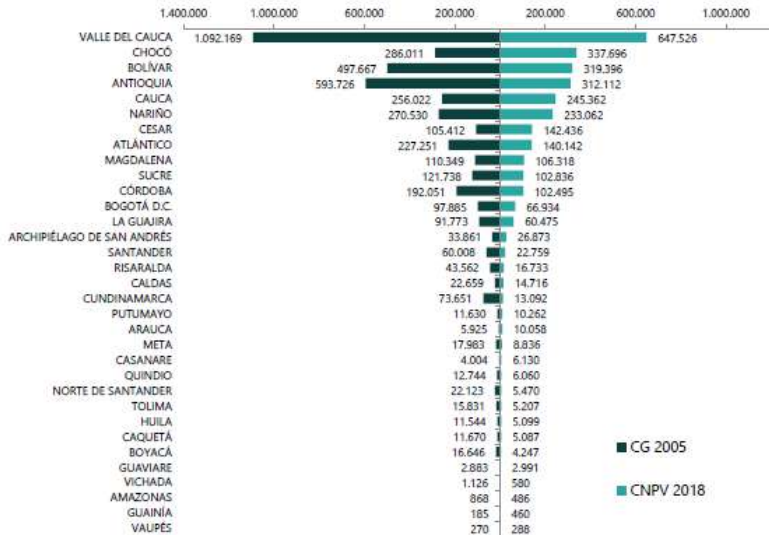
pero también como forma de apropiación de las rentas y de la tierra, la cual resultaba cultivada con palma africana. (García, 2013).

Nieto (2008, p. 139) afirma que en Colombia hay un conflicto armado que puede ser catalogado como tal de acuerdo con el derecho internacional³, de carácter interno y de baja intensidad. Con lo anterior hace referencia al tipo de accionar de las guerrillas colombianas, las cuales, si bien intentan realizar un control en su área de influencia, es cierto también que tienen un accionar móvil en razón al mismo carácter guerrillero, de manera que tienden a financiar su organización a través de actividades como la extorsión y el cobro por el paso de mercancías, especialmente provenientes de la minería y el narcotráfico.

Según la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (2017), entidad que emerge de la Ley de Víctimas, el conflicto armado en Colombia ha dejado más de 1,2 millones de víctimas étnicas. Según esta entidad, los departamentos que lideran esta cifra son Valle del Cauca, Nariño, Chocó, Antioquia y Cauca, los cuales, como puede apreciarse en las siguientes gráficas del DANE, son algunos de los departamentos en los cuales se concentra la población étnica de Colombia.

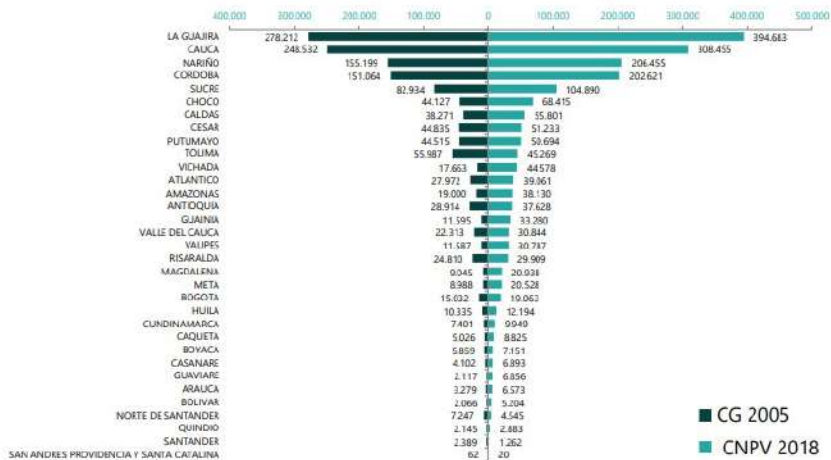
3 El artículo 1 del protocolo II de Ginebra de 1977 indica que un conflicto armado interno es aquél que se desarrolla “en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas (Protocolo II de Ginebra, 1977)”.

Figura 1. Distribución geográfica del autorreconocimiento NARP (CG 2005-CNPV 2018)



Fuente: DANE-dcd. CNPV 2018.

Figura 2. Población indígena por departamentos (CG 2005-CNPV 2018)



Fuente: DANE-dcd. CNPV 2018.

Según Betancur (2016), “tanto campesinos, como indígenas y afrocolombianos, constituyen los sectores sociales más afectados por el

conflicto armado, no solo en términos de víctimas, sino porque han sufrido de manera directa la confrontación en sus territorios”.

En otras palabras, el conflicto armado colombiano se ha desarrollado principalmente en el campo y en las selvas, lugares donde combaten guerrillas, paramilitares y fuerzas del Estado; y los grupos al margen de la ley pueden ejercer control territorial, en donde el Estado colombiano tiene poca o nula presencia.

CONFLICTO ARMADO Y PUEBLOS INDÍGENAS

Moreno (2008) relata que en la década de los setenta logran consolidarse organizaciones indígenas de carácter regional como el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), las cuales, apalancadas por las luchas del campesinado por la tierra, comienzan a tomar fuerza hasta que en 1982 consiguen conformar la Organización Nacional Indígena (ONIC). Dichas organizaciones fueron creadas con el fin de defender los valores de identidad, territorio, cultura y autonomía, valores que significan que tanto la cultura como la identidad de los pueblos indígenas, están unidas al territorio, y que precisan de autonomía en la gestión de sus recursos, justicia y asuntos político administrativos, para poder subsistir como pueblos. Por esta razón es que han consolidado instituciones como los cabildos y la guardia indígena, para ejercer el control sobre las áreas que habitan, principalmente a través de la figura del resguardo indígena⁴.

En las zonas de conflicto armado, como el norte del departamento del Cauca, Moreno (2008) menciona que los indígenas han desarrollado estrategias de autoprotección, como realizar asambleas permanentes⁵ durante y después de los enfrentamientos, las cuales, de la mano con la guardia indígena, han ayudado a evitar el desplazamiento individual de familias, y con ello han evitado en cierta medida la disgregación de las comunidades.

4 Según la Constitución Política, los resguardos indígenas son entidades territoriales (art. 286), además también son propiedad colectiva y no enajenable (art. 329), esto, en teoría, otorga a las comunidades étnicas los derechos de usar, usufructuar y disponer de sus tierras.

5 “Durante enfrentamientos entre grupos armados en el territorio indígena, los guardias indígenas, por ejemplo, conducen a la población a los sitios de Asambleas Permanentes. Después del combate, requisan el terreno para asegurarse que no quedaron artefactos explosivos. También han actuado en el rescate de personas secuestradas por los grupos armados. Fue muy célebre el rescate del alcalde de Toribio, Arquímides Vitonás, secuestrado por las FARC en el departamento de Caquetá, en el 2004. 240 guardias indígenas se movilizaron hasta allá y consiguieron la liberación del alcalde a través de la presión hecha sobre la guerrilla (Moreno, 2008, p. 24)”.

Si bien estas capacidades organizativas ofrecen algún grado de protección a las comunidades indígenas como sujetos colectivos, también juegan en contra de sus líderes, quienes se convierten en objetivos militares de los grupos al margen de la ley que los ven como una competencia en materia de control territorial.

Todas estas amenazas y asesinatos parecen indicar la intención de las FARC por establecer su control sobre la población en estos municipios, intentando desplazar por la fuerza otros tipos de autoridades competidoras, que en este caso serían los líderes indígenas. (Moreno, 2008, p. 24)

Según el mismo autor, estas vulneraciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas también provienen de grupos paramilitares que desde los años noventa intentan eliminar a las guerrillas de las regiones, atacando a las bases sociales que sustentan la insurgencia.⁶

CONFLICTO ARMADO Y PUEBLOS AFRODESCENDIENTES

De acuerdo con Lozano (2010, p. 312), como grupos étnicos, al igual que los indígenas, las comunidades afrodescendientes son especialmente vulnerables a los efectos del conflicto armado interno, particularmente al desplazamiento forzado, fenómeno que en el caso del Pacífico colombiano comenzó a tener alcances críticos que coincidieron con el proceso de titulación de los territorios colectivos afrodescendientes.

El primer título colectivo de la región, y del país, se expidió el 13 de septiembre de 1996, sobre 8.250 hectáreas al Consejo Comunitario La Madre, en Riosucio [Chocó] (Resolución 0286 de 1996). Esto sucedió [...] tres meses antes de ocurrir los primeros desplazamientos masivos en la zona por cuenta del accionar de estos grupos. Lo anterior implicó que el proceso de titulación transcurriera de manera simultánea al avance del conflicto armado. (García, 2013, p. 229)

En este contexto, los desplazamientos forzados están ligados a la usurpación de tierras para el cultivo de palma africana por parte de empresarios del negocio del aceite de palma, en alianza con grupos paramilitares. Dicha usurpación tiene que ver con el carácter imprescriptible, inembargable e inalienable de estos territorios cuyos titulares se ven en la imposibilidad material de controlarlos y de ejercer la autoridad.

⁶ Una de las mayores amenazas que deben enfrentar las comunidades étnicas del país es el reclutamiento forzado y la incorporación en las filas de los grupos al margen de la ley tanto de indígenas como de afrodescendientes.

Otro factor que ha generado desplazamiento forzado de población afrodescendiente en el pacífico colombiano es la erradicación forzosa de cultivos de uso ilícito a través de la aspersión aérea con el herbicida glifosato, tema que fue tratado en el auto 073 de 2014 de la Corte Constitucional, en el cual la Corte dejó por sentado que si bien estas comunidades no se caracterizan por tener un uso tradicional de la hoja de coca, esto no les quita el derecho fundamental a ser consultadas cuando las autoridades pretendan realizar erradicación de cultivos de uso ilícito, máxime cuando es por aspersión aérea, método que según la Corte se encuentra probado que tiene la capacidad de generar impactos negativos en el medio ambiente y en los cultivos de pancoger.

CONFLICTO ARMADO, CULTIVOS DE USO ILÍCITO Y MINERÍA ILEGAL

El narcotráfico ha jugado un papel central en el conflicto armado de Colombia en los últimos años, en este sentido afirman Núñez *et al.* (2019) que “Los cárteles de las drogas encontraron grandes ganancias en este negocio ilícito y, con la ayuda y asociación de los grupos guerrilleros y de las autodefensas, desbordaron la violencia [...] especialmente en las zonas rurales”.

Así, el narcotráfico ha alcanzado a las comunidades étnicas, las cuales han sido afectadas por este negocio por dos vías: en primer lugar, han sido víctimas del despojo de sus tierras por parte de actores armados al margen de la ley para el establecimiento de cultivos de uso ilícito de hoja de coca, marihuana, y amapola; y, por otro lado, han sufrido los efectos nocivos de las aspersiones con glifosato realizadas por las autoridades públicas para la erradicación forzosa de dichos cultivos.

En el departamento del Chocó, el tema de las aspersiones aéreas aparece en la sentencia T-236 de 2017, en la cual el personero del municipio de Nóvita interpuso una acción de tutela demandando la suspensión inmediata de dicha forma de erradicación forzada hasta que se consulte y se concerté “dicha medida con las comunidades afrodescendientes y los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados” (Corte Constitucional, 2017).

En este caso, el personero municipal afirmó haberse visto en la necesidad de interponer dicha acción debido a que las autoridades responsables “se han mostrado ajenas a las quejas, los daños ambientales, la problemática sanitaria y de salud” (Corte Constitucional, 2017), lo cual ha llevado a la comunidad a tener que desplazarse a otros lugares debido a las afectaciones en la salud y en los cultivos de pancoger generadas por las aspersiones con herbicida.

De acuerdo con la sentencia T-622 de 2016, la proliferación de los actores armados en el departamento del Chocó y el aumento de la violencia desde los años noventa ha coincidido con un aumento exponencial de la minería ilegal, convirtiéndose la extracción de oro en un nuevo financiador del conflicto armado el cual se materializa en disputas bélicas por el control territorial, y

[...] tiene como consecuencia el desplazamiento forzado, la degradación de los patrimonios, la disminución de los bosques, extinción de especies endémicas y contaminación de los ríos, entre otros factores que ponen en alto riesgo el patrimonio natural y cultural del país. (Corte Constitucional, 2016)

Aparte de estos impactos, la Corte Constitucional destaca el hecho de que los actores armados ilegales han impuesto sus prácticas mineras como único modelo económico posible en el departamento del Chocó, desplazando las actividades tradicionales de las comunidades y por ende afectando gravemente la diversidad cultural de la región. En este sentido se encuentra la intervención en el proceso de un actor comunitario del municipio de Paimadó quien dice que “ya no hay pesca, ni agricultura, ni otras actividades tradicionales de subsistencia como consecuencia de la forma mecanizada y contaminante en que se realiza la explotación minera”. Esto a su vez está generando un “desplazamiento silencioso” de las comunidades por falta de oportunidades (Corte Constitucional, 2016).

Con el pasar el tiempo, resulta lógico pensar que este cambio en las prácticas económicas de la región afecta el derecho de la población a tener una seguridad y una soberanía alimentaria, en tanto los conocimientos alrededor de la obtención de alimentos se ven desplazados por la cultura de la minería.

Según el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Unidad de Información y Análisis Financiero, se evidencia que una de las principales causas del desbordamiento de la actividad minera ilegal es la falta de control en el comercio del oro y su relación con el lavado de activos. Esta situación, según la Defensoría del Pueblo (2014) “[...] demanda la acción conjunta de todo el Estado, su institucionalidad y de las entidades territoriales en todos sus niveles para dar atención y solución definitiva a la grave crisis que vive este departamento (Defensoría del Pueblo, 2014)”.

PERSPECTIVAS DE PAZ DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS

Actualmente el reconocimiento y la eficacia de los derechos bioculturales depende en gran medida de la implementación que se dé de los

acuerdos de paz, particularmente del primer punto (Reforma rural integral) y del capítulo étnico. También depende de la garantía real que se dé del derecho fundamental a la consulta previa y a la confluencia ordenada que se dé entre las diferentes autoridades públicas, respetando el derecho de las comunidades a participar a través de sus autoridades y representante.

EL ACUERDO FINAL DE PAZ

En las negociaciones del Acuerdo final de paz se reconoció que el conflicto armado interno tiene implicaciones y alcances de carácter territorial que trascienden las jurisdicciones municipales y departamentales, tales como las condiciones regionales de las vías, salud, ambiente, seguridad, etcétera. Así, para llevar a cabo la misión de transformar el campo colombiano, los firmantes del Acuerdo pactaron la puesta en marcha de Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), un Plan Nacional de Sustitución de Cultivos de uso Ilícito y una serie de Planes Nacionales Sectoriales.⁷

PLANES DE DESARROLLO CON ENFOQUE TERRITORIAL (PDET)

La normatividad define los Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial como:

[...] un instrumento de planificación y gestión para implementar de manera prioritaria los planes sectoriales y programas en el marco de la Reforma Rural Integral (RRI) y las medidas pertinentes que establece el Acuerdo Final, en articulación con los planes territoriales, en los municipios priorizados. (Decreto 893 de 2017, artículo 1)

Los PDET consisten pues en la estructura institucional necesaria para unir los esfuerzos y articular a las diferentes organizaciones con capacidad de desempeñar un papel en la transformación rural y el mejoramiento de la calidad de vida. Dicha estructura organizativa es la encargada de organizar y articular a las instituciones y proyectos, y de garantizar la participación de las comunidades en la transformación del campo y en el mejoramiento de las condiciones de vida.

7 Estos planes tienen la finalidad de brindar “[...] acceso a tierras, infraestructura, riego, vivienda y agua potable, asistencia técnica y capacitación, mercadeo, crédito, la promoción de formas asociativas basadas en la solidaridad y la cooperación, desarrollar sectores claves de la sociedad, como por ejemplo la infraestructura vial, salud, educación, sistemas de riego, etc.” (Gobierno Nacional y FARC-EP, 2016, p. 33). Estos planes se encuentran disponibles en la página de la Consejería presidencial para la estabilización y la consolidación: <http://portalparalapaz.gov.co/documentos/147/planes-nacionales-sectoriales/>

De acuerdo con un informe de la Defensoría del Pueblo, de las dieciséis regiones acordadas para el diseño e implementación de los PDET, en quince hay territorios y grupos étnicos.

Los municipios de Istmina y Condoto al igual que la mayoría de los municipios del Chocó fueron declarados municipios PDET, esto significa una oportunidad para los habitantes de participar activamente en la definición de estos planes y el reconocimiento de las necesidades de sus territorios y las formas de plantear las soluciones.

PLANES DE ACCIÓN PARA LA TRANSFORMACIÓN REGIONAL (PATR)

La forma en la que se instrumentalizan los PDET es a través de los Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR). Éstos a su vez consisten en el conjunto de las iniciativas y propuestas comunitarias para el desarrollo de las regiones. Dentro de dichas iniciativas⁸ resalta la siguiente:

Adelantar y articular acciones entre los consejos comunitarios. Resguardos indígenas. Municipios las CAR y la ANT, para que, en el marco de sus competencias, realicen la debida delimitación y administración de las rondas hídricas de la subregión PDET (Chace, Chocó y Antioquia), atendiendo los decretos 1071 y 1076 de 2016.

PUNTO CUATRO DEL ACUERDO: SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LAS DROGAS

Según un informe de la Defensoría del Pueblo, de cada 100 hectáreas sembradas con cultivos de uso ilícito, “una cuarta parte (o más), ha estado en territorios étnicos” (Defensoría del Pueblo, 2020, p. 51). Las condiciones de marginalidad como la falta de infraestructura y de oportunidades laborales que afronta el campo colombiano en general y los territorios étnicos en particular, son las que mantienen elevadas las cifras de las hectáreas sembradas con coca.

En el punto cuatro del Acuerdo Final de Paz, se acordó la implementación del Plan Nacional de Sustitución (PNIS) en el cual se reconoció “[...] la necesidad de diseñar un nuevo enfoque basado en un tratamiento diferenciado en favor de los eslabones más débiles de la cadena del narcotráfico, esto es, comunidades rurales y consumidores de drogas ilícitas”.

8 Las iniciativas contenidas en estos documentos se agrupan en ocho pilares: 1) Ordenamiento social de la propiedad rural y uso del suelo. 2) Infraestructura y adecuación de tierras. 3) Salud rural. 4) Educación rural y Primera infancia rural. 5) Vivienda rural, agua potable y saneamiento básico rural. 6) Reactivación económica y producción agropecuaria. 7) Sistema para la garantía progresiva del derecho a la alimentación. 8) Reconciliación, convivencia y construcción de paz.

El Acuerdo dispone entonces que el desarrollo de dicho plan de sustitución debe fundamentarse en la participación de las comunidades, es decir en una construcción concertada de los planes y lineamientos de ejecución para la transformación de los territorios. En este mismo sentido señala la Defensoría del Pueblo que

La voluntariedad es una característica esencial del PNIS, lo cual implica la definición conjunta de alternativas con las comunidades para el fortalecimiento de las economías familiares y la garantía de condiciones de vida digna [...] no existen avances en la generación de condiciones para el tránsito a la economía legal de los grupos étnicos que derivan su sustento de los cultivos de uso ilícito. (Defensoría del Pueblo, 2020, p. 51)

No existió una ruta étnica diferencial que permitiera atender el programa de sustitución desde la perspectiva del sujeto colectivo. Por otro lado, se adelantaron acuerdos con familias campesinas sin tener claridad de si se encontraban al interior de territorios colectivos de grupos étnicos.

Esta situación ha agudizado conflictos interculturales entre pueblos étnicos y comunidades campesinas, con quienes se avanzó en los componentes de Plan de Atención Inmediata sin garantizar la participación ni consulta previa de las comunidades indígenas o afrocolombianas directamente afectadas.

Aunado a ello, la priorización de población campesina ha tenido un impacto en la seguridad alimentaria de población indígena que adelantaba labores de recolección de cultivos de uso ilícito. La erradicación voluntaria de plantaciones de coca por familias campesinas ha conllevado a que esta población se vea desprovista de una fuente de recursos económicos sin haber sido contemplada dentro del PNIS para garantizar el desarrollo de sus proyectos de vida en condiciones de dignidad, desde un enfoque diferencial étnico que respondiera a sus usos y costumbres.

La ART manifiesta que a la fecha no se ha estructurado ningún proyecto productivo por parte del programa con comunidades étnicas. Por otro lado, es fundamental avanzar en el Decreto para la sustitución de cultivos ilícitos con enfoque étnico, llevando a cabo la consulta previa, tal como quedó establecido en las metas trazadoras e indicadores del PMI.

Este decreto es fundamental si se quiere consolidar la institucionalidad y brindar las herramientas de política pública que permitan adelantar procesos de sustitución con un enfoque étnico y diferencial, para lo cual es esencial la participación de las comunidades.

No existe claridad en torno a cuántos acuerdos de sustitución voluntaria han sido suscritos⁹.

CAPÍTULO ÉTNICO Y CONSULTA PREVIA

El capítulo étnico contenido en el numeral 6.2 del Acuerdo Final de Paz es un logro de la Comisión étnica para la Paz y la defensa de los derechos territoriales conformada por representantes de los pueblos indígenas, negros, afrodescendientes, palenqueros y raizales, en el cual se reconoce el papel que han desempeñado los pueblos étnicos dentro del conflicto armado interno y su participación en la construcción de paz.

Se resalta que dicho capítulo considera la consulta, y el consentimiento previo libre e informado¹⁰, como principios guía para la implementación del acuerdo.

Actualmente la norma que orienta la realización de consultas previas es la Directiva Presidencial N° 08 de 2020, la cual ofrece información general acerca de cómo realizar estos procesos. Esta directiva decía, por ejemplo, que cuando en una consulta previa no se hayan logrado acuerdos entre la comunidad y las autoridades o las empresas, se hará un test de proporcionalidad para evaluar los impactos de las medidas propuestas y las formas para manejarlos, sin embargo no especifica qué autoridad sería la encargada de realizar dicho test ni de tomar la decisión. En este y otros temas se evidencia en la directiva 08 una carencia de detalle del proceso de consulta previa, a diferencia de la norma anterior, la Directiva Presidencial N° 10 de 2013. De esta manera, como dice Carreño (2020) “estamos en presencia de un claro ejemplo de regresión en materia ambiental”.

SENTENCIA T-622 DE 2016

Para superar la crisis humanitaria en que se encuentra el departamento del Chocó, la Corte Constitucional impartió, a través de la sentencia T-622 de 2016, una serie de órdenes a diferentes autoridades del orden nacional, departamental y municipal con el fin de diseñar y

9 Hasta marzo de 2020, “La FIP habla de cerca de 115 mil familias, otras entidades como el Observatorio de Cultivos y Cultivadores Declarados Ilícitos (OCCDI), hablan de cerca de 130 mil familias y la UNODC habla de 99 mil familias (Defensoría del Pueblo, 2020, p. 53)”.

10 En Colombia hay un consenso relativo en torno a la obligatoriedad de realizar Consulta Previa cuando se pretendan adelantar medidas administrativas que puedan afectar directamente a los pueblos étnicos. Sin embargo, cuando la afectación directa tenga además la posibilidad de poner en peligro la existencia física o cultural de los pueblos, se está ante un escenario en el cual las autoridades deben obtener el consentimiento de las comunidades para poder adelantar las medidas propuestas.

poner en marcha una serie de planes para: descontaminar la cuenca del río Atrato y sus afluentes, los territorios ribereños; recuperar sus ecosistemas y evitar daños adicionales al ambiente en la región (orden quinta); neutralizar y erradicar definitivamente las actividades de minería ilegal que se realicen no solo en el río Atrato y sus afluentes, sino también en el departamento de Chocó (orden sexta); y recuperar las formas tradicionales de subsistencia y alimentación en el marco del concepto de etnodesarrollo que aseguren mínimos de seguridad alimentaria en la zona (orden séptima).

ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS ÓRDENES DE LA SENTENCIA

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (2020) informó, mediante oficio fechado el 13 de agosto de 2020, que “El Plan de Acción de la orden quinta (5) se encuentra en proceso de edición, corrección y diseño para su publicación por parte del equipo técnico de la Comisión de Guardianes del Río Atrato”. Es decir, cuatro años después de la promulgación de la sentencia, esta orden no ha sido cumplida.

Por otro lado, el Ministerio de Medio Ambiente señala la importancia de formalizar la actividad minera en el departamento del Chocó, dado que contar con un título minero implica la elaboración de un plan de manejo ambiental y un estudio de impacto ambiental, lo que conlleva a una reducción de las afectaciones ambientales, así como también brinda una protección para los mineros tradicionales del accionar delictivo de los grupos armados al margen de la ley

El Ministerio de Defensa por su parte remitió información relativa al número de operaciones adelantadas en contra de la minería ilegal a partir de la notificación de la Sentencia T-622 de 2016.

El Ministerio de Agricultura, encargado de la Orden Séptima, no ha respondido al Derecho de Petición.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, si bien no fue encargado del diseño de dichos planes, sí fue vinculado en las órdenes Quinta, Séptima y Décima Primera¹¹, básicamente, para garantizar la disponibilidad de los recursos necesarios para superar la crisis humanitaria.

Este ministerio enfatiza la necesidad de tener clara la naturaleza de los recursos para el financiamiento de los planes, es decir, si serán recursos de funcionamiento (para el financiamiento de las actividades

11 “DÉCIMO PRIMERO. [...] ADOPTAR las medidas adecuadas y necesarias para asegurar los recursos suficientes y oportunos, que permitan la sostenibilidad y progresividad de todas las medidas a implementar para dar cumplimiento a lo ordenado en esta sentencia. Para tal efecto, deberán preverse anualmente las partidas presupuestales del caso, con arreglo a la alta complejidad y el carácter estructural de las medidas ordenadas (Ministerio de Hacienda Público, 2020)”.

propias de cada entidad) o si serán recursos de inversión (que no están dentro de las funciones inherentes a las que tiene por ley previstas). La importancia de esta distinción tiene que ver con el hecho de que para que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público realice las asignaciones presupuestales a cada entidad pública, estas tienen que planear sus gastos antes de cada vigencia fiscal, mediante la elaboración de anteproyectos con los cuales se estructuran los planes y proyectos a través de los cuales, en el caso de las entidades vinculadas por la Corte, van a cumplir con el fallo y estructurar los planes y proyectos a través de los cuales va a cumplir con las órdenes contenidas en el fallo. En relación con lo anterior, el Ministerio informó que:

Hemos precisado la necesidad de contar con un plan concreto, que tenga acciones definidas y a su vez un costo específico para que puedan ser incorporadas directamente en el presupuesto de la entidad, lo anterior dentro de los cronogramas presupuestales en cuanto a la ejecución actual de 2020, y el cronograma para 2021. (Ministerio de Ambiente y Crédito Público, 2020)

De esta manera, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público también informa que hasta la fecha ha venido realizando labores de capacitación a los funcionarios de las entidades vinculadas en las órdenes de la Corte sobre la institucionalidad presupuestal, indicando que para poder poner en marcha las órdenes de la Corte Constitucional es necesario que estas entidades proyecten las actividades necesarias para la descontaminación del Río Atrato y para la recuperación de las formas tradicionales de subsistencia y alimentación conforme con el denominado “ciclo de la inversión pública”.

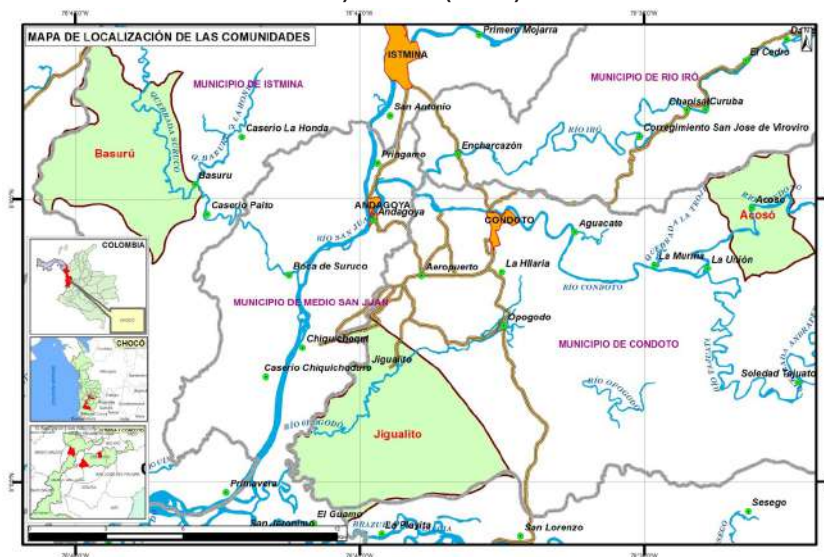
GARANTÍA Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS BIOCULTURALES EN LOS MUNICIPIOS DE ISTMINA Y CONDOTO DEL DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ¹²

Los municipios de Condoto (46.618 Hectáreas) e Istmina (188.264 Hectáreas), además de Sipí, San José del Palmar, Novita, Tadó, Medio San Juan (Andagoya) y Río Iró (Santa Rita) en el departamento del Chocó (Mapa 1), se incluyen dentro de la subregión del San Juan (815.237 Hectáreas), representada por el valle de la cuenca del río que lleva su mismo nombre, así como de terrazas y serranías que llegan hasta el límite oriental de la cresta de la Cordillera Occidental

12 La información de este apartado ha sido recolectada en el proyecto modelo ecosistémico de mejoramiento rural y construcción de paz del programa “reconstrucción del tejido social en zona de posconflicto en Colombia”.

de aprox. 3.500 metros de altitud (Rodríguez-B. *et al.*, 1993; Galvis y Mujica, 1993; Rangel-Ch. *et al.* 1995; IGAC, 1999).

Mapa 1. Entorno político-administrativo de los territorios en Chocó: Condoto (Acosó y Jigualito) e Istmina (Basurú)



Fuente: SIG-CODECHOCÓ.

Las comunidades rurales de Acosó y Jigualito (Condoto) y Basurú (Istmina) han practicado sistemas de producción agrícolas, forestal y minero como estrategias de sustento y comercio. Estas tres actividades constituyen la principal fuente de ingresos dentro de sus economías locales. Hace años atrás cuando el asentamiento poblacional en Istmina y Condoto no estaba tan alto como hoy, la zona presentaba funciones de recreación para los habitantes, gracias al potencial hídrico de sus abundantes ríos y quebradas. En la actualidad muchas de estas zonas o sitios han sido degradadas por la actividad minera (Quejada, 2006).

La minería se caracteriza por ser una actividad socioeconómica de larga tradición y por ser considerada como un elemento cultural de las comunidades étnicas (OPT-CRPC, 2018, p. 33), a pesar del accionar de empresas extractoras, la actividad minera en el Pacífico Chocoano se sigue desarrollando de manera artesanal, es decir, sistemas de aprovechamiento minero que utilizan tradicionalmente las comunidades negras mineras, valiéndose de herramientas manuales sencillas como la batea, el canalón, los cachos, el almocafre, etcétera.

Sin embargo, en las últimas décadas, la minería ha incluido nuevas herramientas mecanizadas, innovaciones tecnológicas que facilitan la extracción del oro, como las motobombas, elevadores hidráulicos, canales metálicos, draguetas, etcétera, tal como lo afirma IIAP (2005) y Quinto (2011).

ACTORES Y REDES SOCIALES

Para las comunidades rurales de Condoto e Istmina, se identificaron los actores sociales claves en el manejo, gestión, uso y conservación del entorno socioecológico del territorio.

Los posibles actores relacionados con la dinámica de vida de las comunidades fueron identificados de forma previa al trabajo de campo con una revisión de fuentes secundarias; posteriormente, fueron priorizados e incluidos otros actores de acuerdo con la información suministrada por los funcionarios de entidades de jurisdicción del territorio, y finalmente, durante el trabajo de campo, la lista fue ajustada y complementada a partir de la información obtenida por las entrevistas. La caracterización de cada uno de los actores se basó en información recabada a partir de documentos técnicos, páginas web institucionales, observación en campo y análisis de los diálogos obtenidos de las entrevistas.

En la Tabla 1 se enlistan y caracterizan los once actores identificados en el estudio, indicando su categoría (organización social, Estado, sector productivo, academia, etc.), la escala en la que hace presencia o actúa, los municipios donde fueron identificados y sus características principales (descripción /actividad o misión). Igualmente se define para cada actor, el papel que desempeña con relación al control, manejo y gestión del ecosistema y sus recursos (papel activo o pasivo), así como su nivel de influencia y de dependencia (beneficiarios prioritarios, actores secundarios y externos). Siguiendo a Martín-López y González (2012) estas categorías y conceptos se definen así:

- *Papel activo*: cuando el actor controla el manejo y gestión de los servicios.
- *Papel pasivo*: cuando el actor se ve afectado (positiva o negativamente) por la gestión de los servicios.
- *Beneficiarios prioritarios*: su bienestar depende del suministro de los servicios. A su vez pueden ser clasificados como: actores clave, quienes tienen una elevada capacidad de gestión y que, a su vez, dependen de los servicios. Y actores vulnerables, aquellos cuyo bienestar depende de los servicios, pero no tienen capacidad de gestión.

- *Actores secundarios*: con elevada influencia sobre el suministro de los servicios.
- *Actores externos*: su bienestar no depende del suministro de los servicios, y no tienen capacidad de gestionar o influir en el flujo estos.

Tabla 1. Cuadro de caracterización de actores identificados en los municipios con jurisdicción en los territorios rurales de Condoto e Istmina — Chocó (Colombia)

Actor	Papel	Tipo de actor	Categoría	Escala	Municipio	Actividad o misión / Descripción
Alcaldía municipal	Activo	Beneficiarios primarios (Clave)	Estado	Local	Condoto (Todos los corregimientos)	Entidad territorial del orden municipal encargado de la administración política. En general los habitantes guardan una relación de conflicto o ambigua con las administraciones actuales y sus dependencias debido a la falta de presencia y atención social, frente a aspectos como la construcción y mantenimiento de vías y destinación de recursos al sector rural que mejoren las condiciones de vida de los pobladores.
UMATA: Unidad Municipal de Asistencia Técnica	Activo	Actor secundario	Estado	Local	Condoto (Todos los corregimientos)	Desarrolla la asistencia técnica agropecuaria directa a pequeños y medianos productores de acuerdo a las políticas establecidas en el Plan de Desarrollo y en el Programa Agropecuario Municipal (PAM). Coordinar y supervisar los programas tendientes al mejoramiento de las explotaciones agrícolas y agropecuarias.

Concejo Municipal	Pasivo	Beneficiarios primarios (Clave)	Estado	Local	Condoto (Todos los corregimientos)	Organismo de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local y de ejercer las atribuciones que le señala la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y otros cuerpos normativos vigentes. Tomar decisiones y llevar actos administrativos para la ejecución de proyectos.
SENA Centro de Recursos Naturales, Industria y Biodiversidad (Sede Condoto y Sede Istmina)	Pasivo	Actor externo	Estado	Nacional	Condoto (Todos los corregimientos)	Está encargado de cumplir la función que le corresponde al Estado de invertir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos, ofreciendo y ejecutando la formación profesional integral, para la incorporación y el desarrollo de las personas en actividades productivas que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país (Ley 119/1994). Centros de esta región ofrecen formación en sistemas, peluquería, sector agrícola, y de la madera, entre otros.
Universidad Tecnológica del Chocó Diego Luis Córdoba	Activo	Actor secundario	Academia	Nacional	Condoto Istmina	Desarrolla procesos de formación profesional en el Centro de Desarrollo Subregional del San Juan con ocho programas académicos.

Grupos armados	Activo	Beneficiarios primarios (Clave)	Organización de ejercicio militar	Nacional	Todos los municipios	<p>Organización armada al margen de la ley. Control de territorios estratégicos. Se identificó que hacia la región del San Juan entre 1990 y 2008 había presencia y control significativo de grupos armados: El frente 34 de las FARC, seguida por el ELN y en menor proporción por el grupo paramilitar AUC. Con la firma del Acuerdo de Paz en 2016 se reduce la presencia de las FARC. Sin embargo, se generaron grupos de disidencias de las FARC-EP que influyen en la zona, junto a los grupos antes mencionados.</p> <p>Entre los grupos armados y los pobladores locales y actores estatales, se establece una relación de conflicto. En el caso de las entidades estatales por el control estratégico del territorio que se disputa también entre los diferentes grupos armados (guerrilla, paramilitares, ejército). En el caso de los propietarios de los predios debido a los fenómenos de secuestro, robo y extorsión, y con los pobladores locales por los asesinatos, desapariciones y desplazamiento forzado.</p>
Minería en Chocó	Activo	Beneficiarios primarios (Clave)	Sector productivo	Nacional	Condoto e Istmina	<p>Explotación de oro en el Distrito Minero del San Juan.</p> <p>Se desarrolla de manera ilícita sin título minero de manera aluvial con la utilización de mercurio, generando deterioro ambiental (pérdida de biodiversidad y conectividad biológica)</p>

Aserradores itinerantes	Activo	Beneficiarios primarios (Clave)	Sector productivo	Local	Istmina	Grupo de aserradores migrantes y nativos que acceden a predios en ocasiones con autorización de aprovechamiento forestal persistente o de manera ilegal, de donde extraen maderas para su venta local o interdepartamental.
COCOMINSA — Consejo Comunitario Mayor de Istmina y Medio San Juan	Activo	Beneficiarios primarios (Clave)	Organización social	Local	Istmina (Consejo Comunitario Local de Basurú)	Conformado por los pobladores de las comunidades locales rurales, dedicadas a la producción agrícola y/o pecuaria generalmente. Territorio colectivo de comunidades negras.
COCOMACOIRO — Consejo Comunitario Mayor de Condoto y Río Iró	Activo	Beneficiarios primarios (Clave)	Organización social	Local	Condoto (Consejo Comunitario Local de Acoso)	
Personería municipal	Activo	Beneficiarios primarios (Clave)	Organización social	Local	Condoto Istmina	Es el representante de la comunidad y se encarga permanentemente de ejercer la defensa de los derechos; recibe las quejas que presenta cualquier persona sobre las situaciones violatorias de los Derechos Humanos, informa inmediatamente a las autoridades sobre los hechos que constituyan su violación y promueve e inicia las acciones necesarias que conduzcan a la defensa y garantía de los mismos. El Personero es el supremo agente del Ministerio Público en su municipio, defensor de los Derechos Humanos y veedor ciudadano

Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó — CODE-CHOCÓ	Activo	Actor secundario	Estado, sector productivo	Departamental, Local	Chocó (todos los municipios)	Ejercer como máxima autoridad ambiental y desarrollar las políticas, planes, programas y proyectos sobre el medio ambiente y los recursos naturales renovables, en el marco del fortalecimiento del SINA fomentando la integración de las comunidades indígenas y negras que tradicionalmente habitan el Departamento del Chocó.
--	--------	------------------	---------------------------	----------------------	------------------------------	--

Fuente: Proyecto Modelo ecosistémico de mejoramiento rural y construcción de paz, 2021.

Como se puede ver en la caracterización, la relación de los habitantes afrocolombianos del Chocó con su territorio esta mediada por una intrínseca relación con los ecosistemas, que son fuente de vida personal, social, económica y política. Esta íntima relación ha marcado los diferentes momentos de su historia, por lo que se ha sugerido que de allí de desprenden unos derechos bioculturales que son inescindibles y que deben ser protegidos y garantizados por los estados de manera prioritaria.

Las acciones y el control territorial de los grupos armados ilegales en estos territorios han dejado una huella profunda en los ecosistemas y en las comunidades, las cifras de destrucción del medio ambiente por la minería ilegal, los cultivos de uso ilícito y deforestación son grandes (sentencia T-622 de 2016) y ponen en peligro la existencia de las comunidades étnicas ancestrales que habitan Istmina y Condoto.

Según la Defensoría del Pueblo, la minería ilegal en este departamento del Chocó ha destruido las fuentes hídricas, el dragado, y ha generado cerca de 3.100 toneladas de sedimentos por año, reduciendo el cauce navegable y poniendo en riesgo la navegabilidad y el abastecimiento de agua y alimentos. Igualmente, los ríos han cambiado de coloración y son un riesgo para la salud humana y el ambiente, pues además de los aceites, combustibles y residuos que se encuentran suspendidos en el agua, se calcula que cada entable minero aporta 36 kilos de mercurio por año. Además, el uso de dragas y maquinaria, acompañado de la deforestación, ha generado una pérdida de biodiversidad y la destrucción de ecosistemas frágiles (Defensoría del Pueblo, 2014, p. 145).

Por otro lado, se puede observar que la institucionalidad existente en el territorio no garantiza los derechos bioculturales y no controla los factores de deterioro ambiental, especialmente los derivados de la extracción de minerales, la madera y el cuidado de la biodiversidad.

En los municipios de Istmina y Condoto vemos claramente como la guerra está directamente vinculada con la naturaleza, por el control del territorio y de sus riquezas. Vemos como sus habitantes han quedado en medio, en sus territorios, re-existiendo con su cultura ligada a la biodiversidad y riquezas de la selva húmeda del Chocó.

DERECHOS BIOCULTURALES Y PERSPECTIVAS EN EL POSCONFLICTO

En palabras de Rodríguez (2018): “Si la guerra está vinculada con la naturaleza, las posibilidades de una paz duradera también lo están”. Esto significa en el Chocó que la oportunidad para el cambio está en el mismo territorio y en su gente. La identificación de los pueblos afros con su entorno es su fortaleza y abre muchas posibilidades para el cambio de las condiciones y las consecuencias que deja el conflicto armado. El reconocimiento de la gran diversidad biológica y cultural, las formas de relacionamiento de la población con su territorio son los que han llevado al reconocimiento de los derechos bioculturales. Estos derechos que están siendo amenazados por los factores enunciados anteriormente, deben ser protegidos y garantizados por todos los actores públicos, privados, comunitarios, nacionales y extranjeros.

La nueva institucionalidad propuesta en el acuerdo de paz es una oportunidad para que la población de los territorios incida en la planificación y priorización de programas y proyectos que van a ser implementados en los municipios. El ingreso de proyectos nacionales e internacionales para apoyar la implementación de los acuerdos de paz también son una oportunidad para fortalecer los procesos sociales y comunitarios al dejar capacidad de gestión en la comunidad organizada.

CONCLUSIONES

Las condiciones de abandono estatal, falta de oportunidades laborales y de servicios públicos esenciales son los principales factores que le impiden a las comunidades étnicas el ejercicio de sus derechos bioculturales, en tanto posibilitan la instalación de cultivos de uso ilícito y la minería ilegal, actividades que a su vez desplazan las tradiciones de estas comunidades.

La informalidad de los mineros tradicionales étnicos expone la minería a un mercado ilegal y vulnerable a la extorsión por parte de grupos al margen de la ley.

Se evidencia una ausencia en términos participativos de los resguardos indígenas y de los consejos comunitarios afrodescendientes toda vez que las unidades administrativas que prioriza el Acuerdo Final de Paz son el municipio y el departamento.

Las comunidades étnicas se encuentran desprotegidas frente a los impactos de los cultivos de uso ilícito en tanto son víctimas de desplazamiento por parte de los actores armados que se financian con éstos y frente a las autoridades públicas que realizan erradicación forzada a través de la aspersión aérea con herbicidas que afectan el medio ambiente y los cultivos de pancoger.

Con relación al Plan Nacional Integral de Sustitución las comunidades étnicas, como sujetos colectivos de derechos, se encuentran relegadas frente a los campesinos, quienes son la prioridad como categoría de protección.

Las comunidades indígenas y afrodescendientes precisan del fortalecimiento de las guardias indígenas y cimarronas respectivamente para ejercer la autoridad territorial.

Las entidades encabezadas por el ministerio de Defensa, desde la expedición del fallo T-622 de 2016 se encuentran realizando operativos militares en contra de la minería ilegal de manera indiscriminada, imposibilitando dicha actividad a la población civil,

En el departamento del Chocó las fuerzas armadas se encuentran realizando operativos en contra de la minería ilegal, sin discriminar si se trata de población civil o de estructuras criminales, mientras que las entidades encargadas de brindar alternativas laborales no han puesto en marcha los planes para recuperar las formas tradicionales de subsistencia, agravando así la crisis humanitaria en el departamento del Chocó.

En el departamento del Chocó deben articularse los proyectos, programas e instituciones destinados a la superación de la crisis humanitaria, tanto por la Corte Constitucional a través de la sentencia T-622 de 2016 como por el Acuerdo Final de Paz, a través del Plan de Desarrollo con Enfoque territorial Étnico, así como por el Plan Nacional de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito.

BIBLIOGRAFÍA

- Bavikatte, Kabir Sanjay; Bennett, Tom (2015). Community stewardship: the foundation of biocultural rights. *Journal of Human Rights and Environment*, 6(1).
- Betancur, Ana Cecilia (2016). El acuerdo de paz y los derechos territoriales indígenas y afrocolombianos. <https://www.semillas.org.co/es/el-acuerdo-de-paz-y-los-derechos-territoriales-indgenas-y-afrocolombianos>
- Carreño, María Fernanda (30 de septiembre de 2020). Análisis sobre la regulación de la consulta previa ¿es necesaria una ley estatutaria? *Blog Departamento de Derecho del Medio Ambiente*. <https://medioambiente.uexternado.edu.co/analisis->

[sobre-la-regulacion-de-la-consulta-previa-es-necesaria-una-ley-estatutaria/](#)

- Chen, Cher; Gilmore, Michael P. (2015). Biocultural Rights: A New Paradigm for Protecting Natural and Cultural Resources of Indigenous Communities. *The International Indigenous Policy Journal*, 6(3). <http://ir.lib.uwo.ca/iipj/vol6/iss3/3>
- Corte Constitucional. Sentencia SU-133 de 2017. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva (Colombia).
- Corte Constitucional. Sentencia T-080 de 2017. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio (Colombia).
- Corte Constitucional. Sentencia T-236 de 2017. Magistrado ponente: Aquiles Arrieta Gómez.
- Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio (Colombia).
- Decreto 893 de 2017. Por el cual se crean los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial — PDET. 28 de mayo de 2017.
- Defensoría del Pueblo (2014). Resolución Defensorial 064. Crisis humanitaria en el departamento del Chocó (Colombia).
- Defensoría del Pueblo (2020). Informe Defensorial El Posacuerdo en los Territorios Étnicos. <https://www.defensoria.gov.co>
- García, Paola (2013). Tierra, palma africana y conflicto armado en el Bajo Atrato chocoano, Colombia. *Una lectura desde el cambio en los órdenes de extracción, Estudios Socio-Jurídicos*, 16(1), 209-244.
- Gobierno Nacional; FARC-EP (2016). Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. <https://www.jep.gov.co/Normativa/Paginas/Acuerdo-Final.aspx>
- Medici, Alejandro (2018). Metabolismo social con la naturaleza, pluralismo jurídico y derechos emergentes. *Abya-Yala. Revista sobre acceso à justiça e direitos nas américas*, 3(2).
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (2020). Radicado 8230-2-1024
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2020). Radicado: 2-2020-041711
- Nieto Navia, Rafael (2008). ¿Hay o no hay conflicto armado en Colombia? *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 1(1), 139-159.
- Núñez Dueña, James; Gaviria, Jenny Zuleyma y Sandoval Calderón, Brigid Dalila (2019). *Policía, Narcotráfico y Crimen*. Bogotá: ITG.

Quejada, E (s/f). La Guardia Cimarrona, experiencia que inspira a los Consejos Comunitarios de Urabá. Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas. <https://convergenciagnoa.org/la-guardia-cimarrona-experiencia-que-inspira-a-los-consejos-comunitarios-de-uraba/#:~:text=El%20origen%20de%20las%20Guardias,la%20reina%20Wiwa%2C%20forjaron%20en>

Salazar Hernando (2011). Colombia decide si reconoce la existencia de un conflicto armado. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/05/110511_colombia_impliaciones_reconocimiento_conflicto_armado_jrg

Ulloa, Astrid (2001). Movimientos sociales, estado y democracia en Colombia. En: Archila, Mauricio y Pardo, Mauricio (Eds.), *Movimientos sociales, Estado y democracia em Colombia*. Bogotá: ICANH-CES/Universidad Nacional.

EL PLURALISMO JURÍDICO EN MÉXICO

EL DERECHO PLURALISTA: UN DIÁLOGO DIATÓPICO Y DIALOGAL

Claudia A. Mendoza Antúnez

INTRODUCCIÓN

De manera general, la existencia de una diversidad de órdenes normativos, resultado a su vez de la existencia de una diversidad de culturas, se expresa por el término de pluralismo jurídico. Dicho fenómeno social ha sido estudiado sobre todo por la sociología y la antropología jurídica, que, si bien ambas disciplinas utilizan conceptos jurídicos, se alejan del uso de la teoría jurídica, la cual es oportuno para estudiar a los sistemas normativos. Esta propuesta epistemológica rompe con uno de los grandes mitos en torno a lo indígena, y que dice que estos pueblos y comunidades no tienen derecho sino costumbres. La oportunidad radica en la utilización de las mismas herramientas que usa la reproducción jurídica tradicional con el objetivo de visibilizar y nombrar un fenómeno social como es el pluralismo jurídico. Si bien es cierto que la Teoría General del Derecho o TGD ha quedado aislada de esta preocupación, el tema ha sido ya motivo de estudios para los pensadores críticos de esta teoría, en tanto que en ella existen los elementos necesarios para pensar fenómenos normativos no incluidos en el modelo a criticar, como lo es el del derecho indígena (Correas, 2002, p. 263), por lo que la primera interrogante que se debe responder es si el derecho indígena existe como auténtico (y eso de auténtico está en discusión) sistema jurídico (Cabedo Mallol, 2004, p. 74).

Para ilustrar lo anterior, en este trabajo nos enfocaremos en el Sistema de Seguridad, Justicia y Reeducación Comunitaria de la Costa Chica y Montaña de Guerrero (Sistema Comunitario), que nos servirá para constatar que, así como existe el derecho mexicano y el derecho de cualquier otro Estado, existe un derecho indígena maya, por ejemplo, o un derecho tzotzil de Chiapas, o un derecho Cucapá en Baja California y Arizona, y en el caso mencionado, un Derecho Comunitario. Constatado lo anterior, trataremos de acercarnos al ejercicio del pluralismo en México con el ejercicio del Sistema Comunitario en el estado de Guerrero, México, que como otros casos, como el zapatismo en el estado de Chiapas y Cherán en Michoacán, ha logrado el ejercicio de su propio sistema normativo desde las fronteras de la “ilegalidad”, desde la ausencia de reconocimiento legal por parte del Estado y, aun ya contando con reconocimiento estatal, rebasa los límites ahí establecidos para su ejercicio.

El objetivo de este trabajo es mostrar que todo el aparato discursivo que rodea al derecho no es más que eso: un discurso de alguien que en algún momento dijo que eso era derecho, el único derecho. Este discurso de poder resulta endeble cuando trata de asegurar que las demás manifestaciones normativas existentes, como en el caso de los pueblos indígenas, no son derecho. Eso, por un lado. Por otro, reproduce la colonialidad del poder, término acuñado por Aníbal Quijano y que da cuenta de un orden social, político, cultural, —a lo añadimos también económico— basado en la idea de raza. Esto ha servido de argumento no sólo para la continuidad de la colonialidad, sino también del fortalecimiento del capitalismo, pues niega toda otra concepción del mundo donde la vida social es colectiva, comunitaria y solidaria.

LA TEORÍA DEL DERECHO Y EL DERECHO INDÍGENA: SOBRE LA IDEA DE LO JURÍDICO

La razón de utilizar una teoría occidental sobre el derecho para determinar lo que sí o lo que no es derecho, puede resultar contradictorio, si lo que buscamos es una definición propia, desde los mismos actores y actoras. Sin embargo, las herramientas de las propuestas formalistas occidentales como la de Kelsen, u otras, aportan herramientas para nombrar eso que estamos estudiando y, además, porque en la práctica, nos daremos cuenta que quienes manejan estas herramientas verán siempre en esos otros lenguajes, otra cosa, más no derecho y, por tanto, no será tratado en igualdad.

Dentro de las estructuras de la sociedad, los diferentes grupos sociales, comunidades, pueblos, etcétera, encuentran su sentido y su fuerza mediante lo que los antropólogos llaman mitos. Según el Diccionario de la Real Academia Española su significado da cuenta de

una “historia ficticia” incluso de “una cosa a la que se le atribuyen cualidades o excelencias que no tiene” (RAE, 2021). Podríamos añadir que es algo que interpreta el origen del mundo. Así, el Derecho se ha rodeado, como una expresión de la sociedad y de su cultura e ideología, de algunos mitos, como el que decía que las leyes que conformaban al Derecho venían de Dios o que los gobernantes tenían el derecho de gobernar otorgado por una ley emanada de la divinidad. El mito del que hablamos, también interpretado como ideología, se refiere a la unicidad del Derecho, la ideología que liga a lo jurídico con el Estado moderno y que se ha sustentado en una interpretación discriminatoria de lo que se considera como tal, gracias también a que el discurso hegemónico se ha servido de la Teoría General del Derecho para justificar, por sus personas funcionarias, “una vulgar legitimación del poder y el crimen” (Correas, 2002, p. 265).

La idea que nos da Michel Alliot al respecto, desde la Antropología, señala que bajo “el mito de la existencia del Derecho [se] esconde la [existencia] del fenómeno jurídico, que se encuentra en todas las sociedades” (Alliot, 1983, p. 84, la traducción es nuestra). Así es como las normas no codificadas dejaron de tener valor como derecho en las culturas de tradición civilista, sobre todo aquellas que no provienen del órgano político llamado Estado moderno. Por lo tanto, hay que buscar más allá, donde el derecho no está ligado a la idea única de Estado-nación. El problema es saber si la Teoría General del Derecho nos permite pensar siquiera este panorama. Recordemos que Kelsen dice que Derecho y Estado son lo mismo: entonces ¿cómo podríamos entender los juristas que hay más de un derecho y que la creación de éste tiene múltiples orígenes? La dificultad radica en que la preparación de tales especialistas sigue una ideología-tradición que “consiste en la elisión del problema del poder en el entrenamiento ‘científico’ adquirido” (Correas, 1994, p. 103), en su formación jurídica, en las escuelas de derecho.

A las situaciones encuadradas dentro de los sistemas normativos otros, como los producidos por las sociedades indígenas, se les han denominado fenómenos jurídicos, puesto que, desde la corriente teórica de la fenomenología, se pretende dar una explicación a las cosas sociales. Podríamos decir, de una manera tal y como lo obtiene una persona no por medio de los sentidos, sino por su conciencia, siguiendo los principios de Husserl (Feldis, 1993, p. 440). En este sentido, la fenomenología jurídica considera la concepción de lo que es derecho como algo *a priori*, anterior a cualquier realidad o experiencia jurídica concreta, como dice Feldis. Es por tanto una manera de romper la relación con toda concepción de lo jurídico basada en un derecho determinado, un sistema particular, sino que busca encontrar una on-

tología propia en todo fenómeno jurídico (Feldis, 1993, p. 441). Sin embargo, en la práctica misma habrá que utilizar las mismas herramientas ya que los fenómenos jurídicos que se encuentran en las fronteras del derecho hegemónico, y por tanto, no denominado fenómeno, han sido ocultados por el Estado moderno. Los otros derechos, como aquí los denominaremos, no se encuentran en los libros de texto de las escuelas de Derecho, y no pueden ser excluidos de una ciencia del derecho. Por eso tomaré, “lo rescatable” (Correas 2011, p. 48) de la teoría clásica del Derecho, la misma que ha sentado las bases para la negación de la existencia de diferentes sistemas jurídicos fuera del margen del Estado.

La importancia de la perspectiva de la teoría kelseniana, es como el mismo autor lo refiere en su Teoría Pura del Derecho, esta tiene como objetivo en tanto que teoría, limitarse a conocer su objeto, “procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse” (Kelsen, 2008, p. 15). A pesar de este enunciado en la obra de Kelsen, la cual continúa siendo guía básica para los estudios del derecho, la gran mayoría de las y los juristas buscan por todos los medios validar y justificar la aplicación de un sistema sobre otros, propiciando de esta manera la hegemonía y dejando la ciencia al servicio del poder. El objetivo pues de retomar la teoría clásica tan satanizada por algunos que buscan defender al pluralismo jurídico y cultural, y tan utilizada para justificar la discriminación, es precisamente “mostrar cómo el pensamiento clásico, demasiado racista, sí puede ofrecer, si logramos quitarle su vanidad eurocéntrica, las pistas para pensar el pluralismo jurídico” (Correas, 2011, p. 48).

En la actualidad, en el modelo del derecho moderno, la idea clásica del occidente sobre la legalidad positivista se ve reducida por los valores del individualismo liberal y muestra, según Wolkmer, un agotamiento profundo que alcanza sus propios fundamentos, su objetivo y también sus fuentes de creación (Wolkmer, 2003). Una crisis identificada por Jesús Antonio de la Torre Rangel, como el momento en que el paradigma dominante no le es posible explicar “los fenómenos que debería esclarecer” (De la Torre Rangel, 2007, p. 52). Esta crisis del derecho hegemónico, identificado como dogmático (De la Torre Rangel, 2007) se separa en dos vertientes, aquella epistemológica, resultado de la historia y de la transformación del derecho en ciencia y del mito de su neutralidad. Además, a esto habrá que añadirle la relación del derecho con la construcción del estado moderno ligado a su función de creador de leyes. Esta legalidad formal sirvió desde el siglo XVIII, para reglamentar y legitimar los intereses de una tradición jurídica particular, una ideología particular también, la cual se relaciona

directamente con la consolidación del Estado moderno (capitalista). Esta forma de legalidad no favorece, por tanto, la emergencia de un espacio para la discusión sobre las posibilidades de un proyecto jurídico alternativo basado, no sobre una idealización formalista y una rigidez técnica conectada con la epistemología propia del Estado moderno, pero sí sobre suposiciones fundadas en la historia y las prácticas reales, lo que no significa que carezca de formalidad, sino que esta realidad necesariamente pluralista e intercultural, exige concebir también otras formas de constatación de su validez.

La realidad es que el derecho indígena, como fenómeno jurídico no incluido dentro del modelo normativo actual por la teoría jurídica tradicional, muestra la manera como el derecho moderno “legitima la intolerancia del Estado moderno respecto de otras culturas jurídicas” (Correas, 2002, p. 264). Oscar Correas destaca desde esta característica cientificista del derecho, que la TGD no es el obstáculo para el reconocimiento del pluralismo jurídico; de lo que se trata más bien es de la obediencia a las necesidades hegemónicas del Estado moderno (Correas, 2003, p. 12), lo que ocasiona esta negación.

Desde siempre, toda sociedad ha conocido modos de control social que nosotros calificamos de jurídicos. Sin embargo, cada comunidad le ha dado diferente importancia de acuerdo con su contexto histórico. En las facultades donde se estudia derecho se ha dicho tradicionalmente que éste se refiere a un conjunto de reglas en vigor en un orden jurídico dado que posee ciertas características que lo diferencian de la moral y de la religión. No obstante, nuestra hipótesis es que la distinción entre lo que es derecho y lo que no lo es depende de la ideología que guía nuestra identificación, lo que De la Torre Rangel identifica junto con la matriz epistemológica, que es el carácter dogmático del derecho, existe una “matriz político-ideológica” (De la Torre Rangel, 2007, p. 58).

LA IDEOLOGÍA HEGEMÓNICA FRENTE AL DERECHO INDÍGENA COMO SISTEMA

La palabra Derecho con el significado que al exterior puede tener, al interior de los pueblos no existe, sino para referirse ya sea al derecho positivo, al derecho legal, para identificarlo con el derecho del Estado, así en una plática con personas de las comunidades es común escuchar estas referencias, incluso es común escucharlo entremezclado dentro de una conversación en algún idioma indígena. Ahora bien, cuando se pregunta a alguna persona indígena cómo se dice derecho en su idioma, la respuesta seguida de un tiempo de reflexión es más bien una descripción del contenido de lo que sería para ellos derecho, así como su objetivo. Esto nos lleva a considerar que el modo de ver al

objeto es según se conforma y lo que se busca obtener con ello, por lo tanto, veremos las características que puede tener esto que es el objeto de la denominada ciencia jurídica.

En el lenguaje jurídico, y en general en el de los científicos sociales, se habla de sistemas jurídicos y de sistemas normativos. Yo misma, al denominar a la organización comunitaria indígena, hablo de un sistema. Debemos aclarar entonces qué entendemos por sistema y el porqué puede la organización comunitaria ser efectivamente considerada de esta manera. Estos señalamientos nos llevan directamente a mirar hacia los sistemas normativos indígenas que cuentan con los órganos especializados para la creación de normas y para la aplicación de estas. En general, un sistema o un orden pueden concebirse como “un conjunto de elementos identificables e interdependientes, es decir, ligados entre sí por relaciones tales que si uno de ellos se modifica los otros también lo hacen, en consecuencia, todo el conjunto del sistema se modifica o transforma” (Lugan, 1993, p. 26).

Siguiendo a Kelsen, si hablamos de un sistema jurídico diremos que éste está compuesto por un conjunto de normas jurídicas y de una norma fundamental supuesta (Kelsen, 2009, pp. 80-81), concepto que el autor cambia finalmente para decir que esta norma es una ficción que asegura su unidad y la validez. Si “Las ficciones son discursos; fenómenos lingüísticos” (Correas, 2000, p. 164); por tanto, como tales producen ideología, y el fenómeno lingüístico del derecho hegemónico, es aquella ideología, que niega la existencia de otros derechos, es la matriz política-ideológica.

Unos de los mitos desde el discurso de la práctica del derecho hegemónico, es considerar a los derechos indígenas como usos y costumbres¹, si seguimos esta ideología jurídica discriminatoria le estaríamos dando al derecho indígena el valor supletorio que tiene la costumbre y, por lo tanto, el derecho indígena quedaría supeditado, cuando se contempla en la legislación del Estado, al buen parecer del juez.

Kelsen supone que el Derecho es uno con el Estado, donde una norma es reconocida porque fue creada ella misma conforme a una precedente. De tal manera que una norma es creada por las mismas normas del sistema; pero no es éste el único requisito: es necesario que además sea observada, cumplida, que sea eficaz. En cuanto a la denominación de jurídico, ¿cómo o quién da valor a un sistema para que éste sea un sistema jurídico, frente a otros a los que no les otorga el mismo valor; como ha sido el caso del derecho indígena? Es la

1 Aclaremos que el término “costumbre”, frecuentemente utilizada por los pueblos indígenas tiene el peso que tiene una ley escrita en el pensamiento jurídico occidental.

cultura, o mas bien la ideología de la sociedad dominante, el Estado-nación, quien da este valor o no. Es la interpretación como norma jurídica que se le da a un texto determinado y son aquellas personas que hacen esta interpretación, desde los tribunales, los foros académicos, incluso de análisis político, los que dan este carácter. En el caso del derecho indígena, es la misma fuerza que las y los sujetos les dan a estas normas al reconocerlas como derecho, lo que da este valor.

Un argumento común o mito, en torno a los derechos indígenas es que “hacen justicia por propia mano” (Gutiérrez, 1998, p. 11). Este ha sido el discurso de las autoridades del Estado mexicano, ya que en el ámbito penal entra en juego el *ius punendi*, es decir, la potestad del Estado de resguardar el orden y la seguridad de los individuos, lo que por consecuencia nos lleva a la prohibición que tienen las personas de actuar por ellas mismas. También desde los inicios, la violación de los derechos humanos de las personas a las que detienen ha sido otro de los argumentos o mitos para criminalizar a las organizaciones comunitarias, como en el caso del Sistema de Seguridad, Justicia y Reeducción Comunitaria de la Costa Chica y Estado de Guerrero (SSJRC).

Mi acercamiento con el SSJRC se dio desde los años noventa del siglo pasado, y posteriormente de manera directa entre los años 2004 y 2013, momento en que realicé mi investigación doctoral. Desde entonces llamé mi atención el grado de especialización normativa alcanzada, entender que se trata de un sistema normativo contemporáneo, comunitario, interétnico e intermunicipal. No es solamente indígena, es mestizo y es negro. Este sistema normativo recupera instituciones arraigadas de los pueblos, que se crea y recrea constantemente teniendo como origen la necesidad de hacer frente a los problemas de seguridad y de justicia de la región, temas que se van expandiendo y especializando según las necesidades de la población. Su origen data de 1995 para dar vigilancia y seguridad a la población por medio del trabajo voluntario de policías comunitarias. Posteriormente, en 1998, surge el órgano colegiado de administración de justicia regional, la Coordinadora Regional de Autoridades Indígenas CRAI, que posteriormente cambiaría su nombre a Comunitarias (CRAC) junto con la institución de la reeducación, que da cuenta del trabajo comunitario que se impone como sanción a quienes “olvidan el camino del trabajo” y por lo tanto comenten errores.

Si bien el SSJRC nace en las fronteras de la legalidad estatal, en 2007 el Estado de Guerrero publica la ley 701 que reconoce a la autoridad regional de administración de justicia con competencias limitadas, lo que no se cumplía por parte de las autoridades comunitarias. El sistema normativo estatal-moderno y monista se muestra ineficaz y discriminatorio, por lo que cada vez más resulta rebasado. Aun así, el

discurso oficial insiste en el caso de la también llamada Policía Comunitaria del Estado de Guerrero, que sus labores de seguridad son bien vistas, pero no el procedimiento que emplea contra las personas que detienen, es decir, la labor de administración de justicia. El discurso oficial dice que para esto existen los poderes judiciales y ejecutivo, que a través de las fiscalías son competentes para investigar los delitos (Gutiérrez, 1998, p. 11).

La desvalorización y deslegitimación de la justicia comunitaria llega a los más altos niveles de la justicia estatal. Así fue como el Tribunal Superior de Justicia de Guerrero, específicamente el magistrado Lorenzo Jáuregui, realizó un análisis desde el entendimiento de lo jurídico estatal, respecto a la Comunitaria en el que concluye que es una agrupación “total y completamente infundada” (Pacheco León, 2002, p. 7). Existen evidentes contradicciones, sea porque la interpretación de la ley tiene un sesgo ideológico colonizador, sea porque se ignora o sea porque la misma ley del Estado y sus diferentes niveles se contradicen; mucho de ello es evidente en los llamados candados legales o en la cláusula de constitucionalidad, que mandata respetar una norma de la cual no fueron partícipes los pueblos indígenas y afrodescendiente sobre quienes, sin embargo, si se aplica, sería la más grande contradicción democrática.

La verdad es que se trata de un orden normativo hegemónico que se impone para lograr que las normas que lo componen se cumplan, por lo tanto, para que se vuelvan eficaces. Aun tratando de legalizar o de deslegalizar a la justicia comunitaria, al final de cuentas los hechos muestran la verdad. En el año 2010, cuando me encontraba en trabajo de campo en el Estado de Guerrero, un funcionario municipal se refirió a la justicia comunitaria como una justicia eficaz y válida porque imponía orden. Me dijo que ahí no había narcotráfico, no había delincuencia organizada, que era el único lugar en esa entidad federativa, en que se estaba imponiendo orden.

SISTEMA JURÍDICO INDÍGENA: EL OTRO DERECHO

El derecho indígena que se origina y desarrolla al seno de las comunidades y pueblos indígenas se caracteriza por estar enraizado en las culturas mesoamericanas, correspondiendo “a necesidades de las comunidades indígenas en materia de mantenimiento del orden y la armonía sociales, la solución de conflictos de distintos tipos y la forma de sancionar a los transgresores” (Stavenhagen, 2004, p. 89). El problema de lo jurídico, o de lo que implica o no el derecho, nos lleva a buscar definiciones, por lo que presento dos que podrían bien ser adaptadas al tema, al mostrar que de acuerdo con el papel que tiene en la sociedad “el derecho es sólo una de las formas posibles de

ejercicio del poder e incluso, una de las formas normativas de ello” (Correas, 2003, p. 94).

[Derecho es] el conjunto de principios y reglas con carácter normativo que rige las relaciones de los individuos y grupos en sociedad, y de modo que descansa, en el espíritu de los que a él están sometidos por relaciones personales, reales o territoriales, sobre la creencia: del carácter legítimo de la autoridad de la que emana; del carácter superior, cierto y válido de las normas establecidas, y su correspondencia con los valores de la civilización donde surge (justicia, paz, moralidad, orden, conformidad con una tradición cultural, servicios religiosos); del carácter obligatorio de lo que así se establece, y de la necesidad y legitimidad de una sanción, así como de la autoridad encargada de aplicarla. (Jean-Arnaud y Fariñas, 1996, p. 252)

Esta definición considera al Derecho como un producto social y como un componente de las actividades humanas, marcado por la cultura, la ideología y por las formas de organización de cada sociedad. Se destaca que las normas, su modificación y su creación, no se reducen a las que resulten de la actividad del Estado-nación, además de que lo jurídico es aquello que como tal identifican las personas de ese grupo social. A lo anterior añadiremos que el derecho indígena comprende, además, un “conjunto de normas que tienen eficacia en comunidades que han sobrevivido a la opresión” (Correas, 2003, p. 11). Las normas en las comunidades que mantienen en diferente grado características culturales indígenas, están formadas por normas precoloniales, coloniales y modernas, aunque siempre en continua transformación.

La concepción monista del derecho no hace posible “el reconocimiento de las tradiciones jurídicas plurales y conduce a la subordinación de los sistemas jurídicos consuetudinarios en una sola norma jurídica oficial” (Stavenhagen, 2004, p. 87). Otro argumento falaz para la existencia del derecho indígena es que este debe ser reconocido por el derecho hegemónico: la verdad es que el derecho indígena conforma un sistema de normas que no obtiene su validez de ninguna norma externa, responde a las necesidades de la población y a lo que siempre se ha hecho y se ha dicho, es decir, a la que en las comunidades y pueblos denominan “costumbre”. Ahora bien, es importante mencionar que la matriz política-ideológica del derecho indígena se ve fortalecida por el reconocimiento que se ha dado a nivel nacional e internacional, pues busca también obtener mayor fuerza ante los poderes hegemónicos: frente al Estado-nación, propio o extranjero, así como ante las empresas que buscan la explotación de los recursos naturales de los territorios de estos pueblos, como una forma de defensa.

En búsqueda de un reconocimiento que les dé fuerza ante el propio Estado mexicano, el SSJRC señala su fundamento legal en la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las normas internacionales relativas, las cuales menciona en el documento llamado Reglamento Interno, donde se encuentran las normas de funcionamiento de este sistema. Esta situación nos conduce a reflexionar sobre lo que es una consecuencia del pluralismo jurídico: las relaciones que puede haber entre sistemas. Este fenómeno, denominado por Boaventura de Sousa Santos como “interlegalidad” (De Sousa Santos, 2004), muestra que las normas no son completamente autónomas entre sistemas, sino que, como el caso del derecho indígena, se entrelazan para poder sobrevivir y ser efectivas. Esta situación no es exclusiva del derecho indígena, pues es una característica que está presente en todo el derecho actual, inserto en un mundo globalizado, además no solamente se trata de una relación entre normas, pues estos son distintos, no solamente de forma sino sustancialmente distintos, por tanto, se trataría más bien de una interlegalidad intersistémica.

Pensar sobre qué hace que un individuo obedezca las normas, nos lleva a discernir sobre la eficacia y la efectividad de dichas normas, es decir sobre la validez del sistema normativo indígena, así como sobre su reconocimiento. El derecho indígena conforma, siguiendo el propio desarrollo del presente trabajo, un sistema, de modo que lo que existe en diferentes territorios del Estado mexicano, como es en la Montaña de Guerrero con el SSJRC, son sistemas normativos jurídicos que además son alternativos, en tanto muchos de sus ordenamientos son considerados como violatorios del sistema jurídico hegemónico.

Para identificar a los sistemas normativos indígenas como derecho, la TGD señala que todo reside en la validez que puede ser referida a aquella norma en la que se funda todo el sistema, en aquella norma que sería el fundamento último. Para Kelsen es la norma fundamental, la que más tarde dijo que se trata de una ficción, en la que reside la validez de una norma, de un sistema normativo determinado (Kelsen, 2009, p. 63). Habría que distinguir también el discurso de la pertenencia a uno u otro sistema, cuya característica no es propia de la norma, sino el resultado de un discurso que dice que ésta pertenece a un sistema en particular; para identificarla como válida, para tal fin debe haber un funcionario que diga que determinada norma pertenece a un sistema (Correas, 2002, p. 266), así como alguien que reconozca que tal funcionario está investido con las facultades para hacerlo.

El carácter de jurídico que se le atribuye a lo que es Derecho es resultado de un discurso para legitimar desde el poder a un solo sistema normativo.

La juridicidad no existe realmente. Lo que existe es el fenómeno del ejercicio del poder por vía del discurso normativo. La juridicidad no es otra cosa que el calificativo que permite legitimar, privilegiar, un sistema normativo —una forma de ejercer el poder—, sobre cualquier otro, al cual se arroja a la antijuridicidad. Que no es otra cosa, al final, sino la característica de ser *alter* respecto de quien realiza el juicio de legitimación del que declara jurídico. (Correas, 2002, pp. 268-269)

La organización de la Policía Comunitaria, por ejemplo, tiene normas propias que dependen unas de otras; es decir, fueron creadas según lo que ordena otra norma superior que, a su vez, fue creada también por una norma superior y así sucesivamente. Es también un sistema jerarquizado, siendo la norma suprema su Reglamento Interno, mismo que puede ser modificado en cualquier momento por mandato de la Asamblea General, como órgano supremo con facultades judiciales (en un tercer nivel, solo después del comunitario y del regional) y legislativas. El fundamento último se encuentra en la validez de la última norma, aquella que le dio facultad a la población de los diferentes municipios que originalmente crearon a la Policía Comunitaria que conforma una cadena de validez (Ortiz Andrade, 2007, p. 266).

Un sistema de normas lo es porque así es reconocido; este reconocimiento “constituye la ficción de que ese sistema debe ser obedecido” (Correas, 2002, p. 63). De esta manera, convencidos de que así debe ser, los individuos actúan en consecuencia, haciendo de sus actos un reconocimiento al sistema mismo. Así pues, es alguien quien considera válida o no una norma, lo que es el discurso de reconocimiento del derecho. Y este reconocimiento es el que hacen las personas a quienes van dirigidas las normas de un sistema, lo que sucede en las comunidades y en los pueblos indígenas, como es SSJRC.

VALIDEZ Y EFICACIA: LA CONDICIÓN

La TGD señala que una norma válida lo es en tanto ha sido producida por otra norma anterior; pero, sobre todo, para que las normas sean válidas, deben cumplirse, obedecerse, deben pues ser eficaces. Así encontramos la respuesta formal a la característica de lo jurídico que pueda o no tener un sistema de normas, ya que este carácter lo otorga la eficacia que tenga éste (Correas, 2001, p. 73). En el Costa Chica y Montaña de Guerrero hay normas creadas por el Pueblo que, a su vez, creó a la organización misma y a las normas que señalaron las funciones de sus distintas autoridades, que es el Reglamento Interno ya mencionado. Lo remarcable de esta concatenación de normas es sin duda que se cumplen. Hay un discurso de reconocimiento, el que dice que cuando una norma se funda en otra tiene carácter jurídico (Correas, 2001, p. 73), por tanto, “la validez de una norma no es

una propiedad de una norma, sino el resultado de un discurso, que adjudica tal propiedad a una norma, pero que no integra el derecho (Correas, 2001, p. 73).

La validez y la eficacia de las normas son los elementos que nos harán considerar a un sistema normativo, en tanto la norma primera de la que emanan las demás, cuente con estos elementos. Un orden jurídico es eficaz cuando sus normas se cumplen y, al mismo tiempo, un orden jurídico es válido cuando es eficaz. En este orden de ideas vemos que lo jurídico está ligado con la validez, y por tanto con la eficacia, por lo que podemos decir que la juridicidad provendría de la eficacia de un orden normativo, en la verificación de que el hecho del cumplimiento de las normas se efectuara. Así pues, “el carácter de jurídico, de ‘válido’ de un orden normativo, proviene de su eficacia y no de su validez o ‘juridicidad’” (Correas, 2001, p. 73). El orden normativo mexicano, por ejemplo, es válido en tanto es el que aplican los jueces y los abogados; sin embargo, para constatar su eficacia tendríamos que hacer un estudio de campo donde se constatará que efectivamente sus normas son obedecidas. Para el caso que nos ocupa veríamos que no todas las normas del Estado mexicano se cumplen, pues en la Costa Chica y Montaña de Guerrero las normas del SSJRC y de su Reglamento Interno son aplicadas y obedecidas, si no en exclusividad sí dentro de un marco de negociación y a veces de lucha entre sistemas.

Si quitamos el carácter de jurídico de un sistema para lograr su identificación, nos quedamos simplemente con la normatividad, es decir con la existencia de normas que pueden o no ser válidas, en tanto sean o no eficaces. En efecto, podríamos decir que el Estado mexicano es el sistema normativo válido, pues hace cumplir sus normas en todo el territorio, o que en caso de conflicto normativo en alguna comunidad indígena simplemente el Estado podría hacer cumplir sus normas por vía de la fuerza. Esto no sucede con los pueblos indígenas, sus sistemas normativos no podrían competir en las mismas circunstancias, pues no se trata de sistemas hegemónicos. Sin embargo, estos sistemas subsisten y sus normas son obedecidas por los individuos a los que se dirigen y en sus territorios, lo que nos lleva a considerar que la diferencia está en el grado de eficacia (Correas, 2001, p. 92) y no en que un sistema sea jurídico o no.

Finalmente, para decir que existe un sistema normativo debemos constatar la existencia de normas, de prescripciones, así como de una regla de reconocimiento que diga que esas normas tienen como origen una sola norma que Kelsen llama la “norma ficción”, la cual autoriza a unos individuos a realizar un acto de voluntad legislativa. Cuando las autoridades comunitarias aplican las normas de su Reglamento

Interno, así como de sus costumbres y jurisprudencia, las están identificando como parte de su sistema. Con lo anterior podemos concluir la discusión en torno a los mitos sobre la juridicidad, legitimidad e ilegalidad, incluso la polémica sobre la existencia del derecho indígena como sistema jurídico.

CONDUCTA, IDEOLOGÍA, MITOS Y CULTURA: LAS NORMAS Y SU RECONOCIMIENTO

El Derecho como “una expresión de relaciones sociales y de poder polimorfos” (Rivera Lugo, 2014, p. 21) ha sido usado para reproducir mitos, el mito del Estado monista en todos los aspectos, pero sobre todo en el jurídico y en el político, porque uno y otro aspecto se determina mutuamente. El acto que reproduce este mito se divide en distintos actos de reconocimiento desde quienes manejan el discurso jurídico de alguna manera, como las y los profesionales del derecho, pero también las mismas personas en una sociedad dada, la población en general

Como vimos anteriormente el Derecho tiene dos matrices de acuerdo con De la Torre Rangel, uno epistemológico dogmático y otro político-ideológico. Ahora bien, en la obra de Oscar Correas se presentan dos sentidos, el deontico y el ideológico. Para identificar lo que es Derecho, consecuencia del discurso de los funcionarios de determinado sistema normativo que dicen que algo es o no derecho, se identifican dos sentidos: el deontico y el ideológico. Se llama sentido deontico del derecho a los textos a los que nos han enseñado a llamar jurídicos y que contienen las normas. Se trata de la extracción que los juristas hacen de un texto, de donde definen que en él existe una norma que obliga y por lo tanto se actúa en consecuencia (Correas, 2003, pp. 32-33). Por su parte, el sentido ideológico del derecho se refiere “a los demás mensajes” que acompañan a la norma (Correas, 2003, p. 34).

En las escuelas de Derecho aprendemos que éste es un conjunto de normas, es decir de principios y reglas con carácter normativo que rigen las relaciones de los individuos y de los grupos en sociedad. También se nos enseña que los individuos a los que va dirigido el Derecho cumplen y reconocen su validez, en tanto que la autoridad de la que emana la norma es legítima, es decir, creada a su vez por una norma que dice que determinada autoridad está facultada para emitir normas con determinadas características o, más bien, buscando ciertos objetivos. Este discurso es lo que el doctor Correas identifica como discurso jurídico; proviene de los profesores de derecho, por ejemplo, incluso de los ciudadanos, y a su vez acompaña al discurso del derecho que proviene de funcionarios del sistema, como jueces y autoridades (Correas, 2003, pp. 34-35).

Estos discursos crean ideología, lo que hace que las normas emanadas de la autoridad sean reconocidas como válidas; de acuerdo con la cosmovisión de la sociedad y el tiempo de que se trate, se reconoce su obligatoriedad, se acepta la necesidad de la sanción ante el incumplimiento de lo dicho por la norma y se reconoce a las autoridades autorizadas para ejecutar la sanción. Nosotros hemos hablado del Derecho en sentido general para referirnos, como lo hace la Sociología jurídica, al fenómeno jurídico. El Derecho, dice Kelsen, es un sistema de normas (Kelsen, 2008, p. 43); ese es el objeto de la ciencia jurídica, el deber ser, ya que Derecho es norma y no hecho, que es el ser. Sin embargo, el Derecho no se aleja del hecho, pues es ahí donde se puede comprobar la eficacia de las normas y, por tanto, del sistema jurídico.

Otro punto que debemos tomar en cuenta es que, si el Derecho está constituido por normas, entonces no existe el Derecho en singular, sino los Derechos, los Derechos correspondientes a cada sistema normativo. El derecho indígena cuenta, como todo sistema normativo, con normas de distintas características. Hay normas que reglamentan el comportamiento esperado, reglas secundarias y normas que establecen como debida la imposición, por parte de las autoridades reconocidas para tal efecto, de un acto coercitivo, en caso de no haberse cumplido la norma, es decir aquellas que Kelsen refiere como normas primarias (Kelsen, 2010, p. 68).

Cuando nos referimos a una norma, nos referimos a un mandamiento, un acto creador de derecho que tiene como función el permitir, prescribir o prohibir una conducta determinada; su sentido subjetivo y su sentido objetivo refieren a la forma en la que se presentan estas prescripciones, como fórmulas, como normas. ¿Cuál sería la diferencia entre las prescripciones del Estado-nación y aquellas del SSJRC? Toda norma es una proposición prescriptiva, la cual cuenta entre sus elementos constitutivos con el sujeto al que va dirigida, la acción misma y, además, el hecho de que es emitida por alguien que ha querido emitirla; es por tanto un acto de voluntad. Así visto, hay elementos suficientes para identificar al SSJRC como un sistema normativo.

La búsqueda sobre la juridicidad, trabajada mucho por antropólogos jurídicos, nos lleva necesariamente al discurso del Estado. Para las personas funcionarias del Estado, en la montaña de Guerrero, como otras partes, lo que hacen los comunitarios son usos y costumbres, y no Derecho, ya que hay que apegarse a la ley del Estado. Si consideramos que la ley es resultado de la participación política de las personas ciudadanas, que históricamente han sido relegadas tanto mujeres como pueblos y comunidades indígenas, simplemente no fueron tomados en cuenta (Martínez Cobo, 1987).

Frente a la existencia de otros derechos, otras formas de resolución de conflictos, incluso a pesar de las reformas legislativas, estas se consideran fuera de la ley. La técnica usada para esclarecer el fenómeno de lo jurídico se basa en la diferenciación entre lo que sí es Derecho, es decir el orden jurídico dominante, de lo que no lo es. Por tanto, todo lo que queda fuera de este orden simplemente no lleva el carácter de ser jurídico o de ser Derecho reconocido por la oficialidad estatal.

Por consiguiente, para que un orden comunitario como el que rige en la montaña de Guerrero o cualquier otro orden indígena, pudiera ser jurídico se requeriría de una norma, de una ley estatal que lo reconozca. Para tal efecto, alguien, o sea un funcionario que esté capacitado por una norma para realizar tal reconocimiento, debe decir que eso que hacen los pueblos y comunidades indígenas es Derecho. Se ha dado el caso que autoridades del SSJRC de la Costa Chica y Montaña de Guerrero, han recibido solicitudes de información por jueces de distrito, jueces federales, para dar respuesta a demandas de amparo que se han presentado contra sus actuaciones. En estos casos, cabría entonces preguntarnos si los jueces de distrito, cuando han dado curso a estas demandas de amparo, están reconociendo la juridicidad de la norma que autoriza a los funcionarios comunitarios para actuar de tal o cual manera. Robert Vachon retomando a Panikkar señala que la distancia entre los sistemas normativos no es solamente morfológica, es decir que implique una diferencia factual y por tanto se requiera una interpretación de este tipo o incluso temporal, sino sobre todo se trata del espacio entre diferencias sustanciales, distintas visiones o *topoi* “cuyos postulados son radicalmente diferentes, puesto que no han desarrollado sus modos respectivos de inteligibilidad a partir de una tradición histórica común o a través de una influencia recíproca” (Vachon, 1995, p. 4).

Incluso a pesar de los reconocimientos legales que puedan hacer el Estado-nación, o los Estados-naciones en el ámbito internacional, es evidente que las normas vividas (Tamanaha, 2007, p. 249) son diferentes de las normas reconocidas y aplicadas por las instituciones de estos. Por tanto, para que este derecho vivido sea jurídico, se requiere que sea reconocido por los actores jurídicos (Tamanaha, 2007, p. 249) de los sistemas implicados; de esto se trata el reconocimiento, es un acto del lenguaje, un discurso que dice lo que es jurídico y lo que no lo es.

En Guerrero, los funcionarios municipales justificaban su actuar argumentando que no había ley en el estado en la materia, a pesar de que el Convenio 169 es de 1991 norma vigente en el país y a pesar del artículo 2° constitucional principalmente. Ahora, con la ley 107 y con la reforma en materia de derechos humanos, la cual fortalece

o dice fortalecer los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales, la historia no cambia, pues continúan las órdenes de aprehensión. La razón de los conflictos hoy en día es que el SSJRC sobrepasa, desde el punto de vista de los funcionarios mexicanos, el contenido de la ley de reconocimiento, de tal modo que sigue existiendo conflicto entre sistemas, sin que se establezca en la ley ninguna forma de solucionarlos en un contexto de libertad y de igualdad.

En cuanto al discurso del reconocimiento del que hablamos, cuando platicaba con las autoridades del SSJRC, me decían que hay que obedecer lo que dice el Reglamento Interno, el cual es reconocido como su ley. Sin embargo, para ellos ese reglamento no es la única ley, pues también hablan de la costumbre, de lo que siempre se ha hecho, y por su puesto de lo que acuerda la Asamblea. De esta manera, es en el seno de la CRAC a nivel regional y en el de las comisarías en donde las autoridades aplican las normas del Reglamento en sus decisiones y ejecutan los acuerdos tomados en Asamblea Regional o en Asamblea Comunitaria. Aquí es donde también, como todo juez, crean derecho al individualizar las penas al caso concreto y aplicar el creado en las Asambleas. Así, al confrontarse a problemas complicados, aplican e interpretan las normas de acuerdo con su universo ideológico. Al final, nos queda el reconocimiento de estas decisiones por la comunidad en su conjunto (Dworkin, 1985, pp. 97-107), la legitimidad que proviene de la Asamblea de todos los pueblos.

El derecho indígena es un sistema jurídico, un orden, en palabras de Ehrlich (Grzegorzcyk, 1992, p. 374), con características propias, por tanto, diferente al ordenamiento generalmente dominante. La identidad cultural no se basa únicamente en un número de elementos separados, es el contexto de la organización social que la identidad consolida, en la medida en que un sistema de relaciones sociales define la identidad de cada miembro del grupo y su relación con éste. Las instituciones y relaciones sociales propias de una comunidad determinada constituyen el sistema de referencia que toda cultura necesita para desarrollarse. Cuando los pueblos indígenas reivindican el derecho de conservar su organización social frente a la presión, ellas y ellos reclaman en realidad la preservación de su cultura y su misma subsistencia.

LA NORMA FICCIÓN Y LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA INDÍGENA

La Teoría Pura del Derecho dice que “una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden, cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única” (Kelsen, 2008, p. 135). Cuando hablamos de un orden jurídico, la condición de la validez de una norma es que esté producida conforme a otra norma, así sucesi-

vamente hasta llegar a la *Grundnorm*. Sin embargo, como dice Oscar Correas, esta es la mitad de la verdad (Correas, 2001, p. 74): la otra mitad es que para que un orden jurídico sea válido debe ser eficaz, es decir que sus normas se cumplan, como lo señalé en secciones anteriores. Para comprobar que esto es así, se remite a la experiencia empírica, propia de la Sociología.

Ahora bien, el SSJRC es un sistema en cuanto sus normas son creadas conforme a otras anteriores. Estas normas anteriores son la costumbre o lo que siempre se ha hecho. Después de ser sancionadas por las autoridades correspondientes, las Asambleas, donde participan todas y todos los vecinos mayores de edad o emancipados, son normas obedecidas, por lo tanto, son eficaces. Si la eficacia es la condición de validez de un sistema, el SSJRC es un sistema válido. Así debió surgir aquella primera norma que preside a todo el sistema, la cual no se encuentra bajo los auspicios de otra norma jurídica superior que pudiera determinar su creación, pues como una premisa, su origen deviene de un hecho (Correas, 2001, p. 74). Esta primera norma, dice Kelsen, ya no es una norma supuesta, como es comúnmente se considera, sino que es una ficción (Correas, 2001, p. 74).

La norma fundamental, en la que se basa la unidad de cualquier orden jurídico, que además no es puesta por algún acto normativo, responde a una necesidad teórica para legitimar el poder (Correas, 2001, p. 74), en el caso de la comunitaria el hecho de instaurarse como un sistema normativo alterno al del Estado mexicano para responder a sus necesidades de seguridad y justicia. Así lo explica Oscar Correas:

Hay una necesidad teórica de legitimar el poder y se requiere una hipótesis que permita ver como relaciones jurídicas, lo que de otro modo no sería más que un conjunto de actos de fuerza, en virtud de los cuales alguien ejerce el poder sobre otros. (Correas, 2001, p. 74)

Es muy interesante hablar sobre legitimación en el caso que expongo en este momento, pues frecuentemente se ha calificado al SSJRC como un sistema no legítimo, en tanto es un sistema que aparentemente contradice la ley², la del Estado mexicano por supuesto. Me-

2 Desde la misma oficialidad mundial, la Organización de las Naciones Unidas, en el Estudio Cobo, dijo que los pueblos, comunidades y naciones indígenas les asisten derechos históricos al interior de los Estados donde se encuentran, a lo que hay que incluir la normativa internacional de derechos humanos relativa a estos pueblos. En general, la misma conformación de los Estados nación, como es el caso de México, las personas integrantes de estos pueblos les fue violentado su derecho a la autodeterminación en el momento de la conformación de los Estados donde han vivido desde antes del establecimiento de las actuales fronteras nacionales, desde antes de la lle-

rece la pena referir el concepto de legitimidad que propone el Doctor Correas, en tanto que, para él, la legitimidad recae en una ideología: “Es la convicción ideológica, de que esa legalidad es justa o buena; convicción que tenemos cuando, además de legalidad le atribuimos al orden otra justificación que no se basa en la constitución, es decir, en el derecho” (Correas, 2001, p. 82).

De esta manera, todos aquellos pueblos indígenas que solucionaban sus conflictos internos, un poco intercalando la ley mexicana y la ley indígena, eran antes de la reforma constitucional del 2001 ilegales e ilegítimos. Pero, tanto los pueblos como los estudiosos defensores del derecho indígena han actuado convencidos de la legitimidad de estos órdenes, por lo tanto, la legitimidad tendría más características morales o políticas. Este criterio extrajurídico es sustentando en una base ideológica que da precisamente la norma fundamental, se trata de un discurso de reconocimiento, el derecho es lo que lo pueblos indígenas que lo practican dicen que es.

La norma fundamental era, en las obras de Kelsen, una norma supuesta por el pensamiento. Sin embargo, el autor posteriormente aclara la naturaleza de dicha norma diciendo que “una norma fundamental es una norma ficticia, que presupone un acto de voluntad ficticio que establece esta norma” (Schmil y Vernengo, 1984, p. 36). Es decir, antes del establecimiento de esta norma, hubo algo, una norma, que dice que los primeros constituyentes, por ejemplo, podían realizar un acto creador de normas como la Constitución. Ese algo dicho por alguien es pura ficción, tal como en la monarquía la norma que autorizaba al rey ser rey era Dios.

Si hablamos de la norma ficción como “la ideología que se funda en el mito de los orígenes” (Correas, 2001, p. 94), en el SSJRC la Asamblea que crea al sistema, primero aquella de Santa Cruz del Rincón en 1995 que creó a la Policía Comunitaria, posteriormente, en 1998, la Asamblea que crea al órgano de administración de justicia, sentando las bases de lo que sería el SSJRC. En ese entonces, las personas que la conformaron fueron autorizadas por otra norma, la norma ficción de la que habla Kelsen, para realizar el acto que instauró, como el primer constituyente, un sistema normativo. En la Comunitaria, como en la mayoría de los pueblos indígenas, esta norma ficción que los lleva a reunirse para solucionar sus conflictos no es más que la costumbre, lo que se ha hecho siempre.

gada de los invasores que instituyeron los gobiernos coloniales y que posteriormente sería la reproducción de los principios establecidos que reprodujeron la colonialidad del poder, y que continuó con la discriminación estructural e histórica.

Así, los funcionarios del sistema, comunitarios autorizados por una norma ficción, crean normas y a su vez autorizan a otros funcionarios para realizar sus funciones, como las de seguridad, vigilancia y administración de justicia. Así también autorizan a las personas que conforman las Asambleas de todos los pueblos para legislar. El proceso legislativo en la comunitaria es dinámico y flexible, pues, aunque cuentan con el Reglamento Interno, cuando éste no contempla el caso que se trata, la Asamblea General se reúne a petición de las autoridades de la CRAC y/o de los Consejeros para erigirse en un órgano constituyente que puede reformar el Reglamento Interno y resolver alguna situación que se presente, dictando las medidas (normas) a adoptar.

LA COSTUMBRE Y EL DERECHO INDÍGENA

Cuando se habla del derecho indígena y de los derechos indígenas, necesariamente se hace mención del derecho consuetudinario, prácticas, usos y costumbres, pero difícilmente se le llama derecho indígena, es por eso por lo que analizaremos algunos elementos importantes para reflexionar al respecto. El derecho consuetudinario aparece en el período colonial europeo, hasta el momento en que fue prohibida la redacción de las costumbres, operación que las transforma sometiéndolas a las categorías jurídicas occidentales. Por tanto, el derecho indígena es el producto de una relación de poder entre el derecho occidental y el derecho de los pueblos dominados.

El derecho indígena actual es resultado de prácticas culturales propias y de elementos externos adaptados a la realidad específica de las comunidades de las cuales se trate. Por otro lado, también sucede que las instituciones estatales han reinterpretado estos órdenes normativos y los han, según dicen, reconocido en sus leyes. Por ejemplo, en el caso de México el Estado-nación construido según los principios de la Colonia creó nuevas entidades que los indígenas interpretaron e hicieron funcionar a su manera, no necesariamente aquella que había previsto la administración de la época.

El problema se presenta cuando el derecho indígena es válido, eficaz y se encuentra en vigor junto con el sistema jurídico estatal. Se trata de la coexistencia de sistemas jurídicos diferentes, es decir del pluralismo jurídico, lo cual provoca diversas reacciones por parte de los Estados-nacionales. Como consecuencia tenemos, por un lado, Estados-nacionales que no reconocen los sistemas normativos indígenas a pesar de la persistencia real de éstos y, por otro lado, Estados-nacionales que tratan de incluir el pluralismo jurídico en sus líneas ideológica-jurídicas a seguir, planteando integrar los sistemas normativos indígenas en su sistema normativo estatal.

En general, los Estados que admiten la existencia de la jurisdicción indígena y algunos de sus efectos suelen tratarlo como un fenómeno o prácticas sociales con consecuencias jurídicas, pero no como Derecho; éste, el “real y verdadero”, corresponde al producido por el Estado. Entre los países que reconocen el sistema tradicional indígena distinguimos aquellos que aplican los derechos de personas en causa, es decir, en los casos de relaciones entre indígenas, el derecho tradicional común de las partes en conflicto es el que se aplica. Si el asunto concierne a personas indígenas y no indígenas se fijan los criterios que regirán el asunto. En segundo lugar, están aquellos Estados que muestran un acercamiento fundado en un criterio de hegemonía pura, que no reconoce la diferencia, aceptando sólo lo que no contradice la ley nacional.

De un lado tenemos la costumbre que, según el diccionario Larousse, es el hábito o uso. Por otro lado, en derecho internacional, la costumbre es “[...] una práctica generalmente aceptada como derecho” (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)³, de donde es necesaria la *opinio juris* que tiene “la prueba por vía de inducción, partiendo del análisis de una práctica suficientemente acabada y convincente, y no por vía de la deducción”.⁴ Por tanto, la costumbre debe tener dos elementos: primero, el elemento objetivo, consuetudo, o sea la realización reiterada de actos y, en segundo lugar, la *opinio juris seu necessitatis*, el elemento subjetivo que comprende la convicción por parte de los individuos de que la realización de un acto es obligatoria (Ngyuen, 2009, pp. 322-323). Así, podemos decir que la costumbre en el derecho es una utilización uniformemente practicada de reglas por un grupo de personas durante un cierto tiempo, que junto con el reconocimiento, reviste de un carácter jurídico y obligatorio (Ngyuen, 2009, pp. 322-323).

Según la teoría romana, la costumbre tiene una influencia sobre la norma. El alcance de la costumbre⁵ sobre la norma puede ser visto

3 Art. 38 párrafo 1, b. del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

4 C.I.J. Delimitación de la frontera marítima en la región del golfo du Maine. Sentencia del 12 de octubre de 1984. Rec. 1984, p. 299 párrafo 111, citado por: Salmon, Jean, *Dictionnaire de droit international public*. Bruselas, Bruylant, 2001, p. 283, ver también C.I.J. Derecho de paso en territorio indio. Excepciones preliminares y fondo, 26 de noviembre de 1957 y 12 de abril de 1960 Rec. P. 39 citado en: Tchikaya, Blaise, *Mémento de la jurisprudence du droit international public*, París, Hachette, 5ª edición, 2010, pp. 75-77.

5 Sobre el alcance de la costumbre ver: Rouland, *L'Anthropologie juridique*, op. cit. nota 99. También, del mismo autor *Aux confins du droit* (París: Editions Odile Jacob, 1991); *Anthropologie juridique* (París: Les Presses universitaires de France, 1988), así como Carbonnier, Jean, *Flexible droit. Textes pour une sociologie sans rigueur*, 5ª ed. (París: L.G.D.J., 1983).

de tres maneras distintas. En un primer tiempo, la costumbre es *secundum legem*, cuando hay coincidencia con la norma. En un segundo lugar puede ser *praeter legem*, cuando existe una complementariedad de las lagunas de la norma. Finalmente, *contra legem*, cuando la costumbre se separa completamente de las disposiciones de la norma, lo que provoca la *desuetudo*, es decir, la pérdida de validez de una disposición dada su ineficacia.

En los sistemas indígenas, es su derecho el que se articula de maneras diferentes frente al derecho estatal para su propia sobrevivencia; incluso su efectividad puede imponerse sobre el derecho positivo del Estado, gracias a una aplicación flexible del derecho en circunstancias específicas. En este orden de ideas, citamos un pasaje de un anciano jefe tradicional de Senegal: “Hay la ley del Estado y la ley del pueblo. Cuando es posible preferimos arreglarnos entre nosotros, con la ley del pueblo” (Rouland, 1991, p. 195). Como se pudo comprobar mediante el trabajo en campo, esto es lo que sucede en México con el SSJRC, pero esta coexistencia de diferentes órdenes normativos es una realidad en todo el mundo.

Estas aproximaciones tienen como origen el debate entre el pensamiento de Malinowski y el de Radcliffe Brown, entre la Primera y la Segunda Guerras Mundiales. Estos estudiosos se proponían encontrar una distinción entre la ley y la costumbre. El problema era saber si las sociedades primitivas tenían propiamente sistemas jurídicos, es decir leyes, como las sociedades civilizadas, o si se trataba de costumbres en un sentido primitivo (Collier, 1995, pp. 46-47). Para Radcliffe-Brown no todas las sociedades contaban con sistemas jurídicos. Ciertas sociedades sin gobierno centralizado, aquellas que no tenían tribunales ni instituciones para aplicar el Derecho, no tenían un sistema normativo propiamente dicho; no había leyes, sólo costumbres. Esta perspectiva trata de un análisis normativo del sistema jurídico en donde encontramos un paradigma: el derecho consiste esencialmente en un cierto número de normas explícitas, escritas y codificadas, cuya sanción, en caso de incumplimiento, se encuentra en la utilización o en la amenaza de la fuerza por un individuo o un grupo de individuos que el Estado, como representante de la sociedad, reconoce como autoridad.

Desde nuestro punto de vista, en la medida en que el Derecho del Estado es poco aplicado o modificado, cuestión de efectividad jurídica, se puede presumir la existencia de un sector jurídico no oficial, al que preferimos llamar alternativo. Ninguna sociedad podría vivir sin Derecho, sin normas, de manera que cuando hay una pluralidad de normas que se reconocen dentro de un sistema normativo distinto al sistema hegemónico, ¿se trataría de un Derecho informal? La res-

puesta es negativa, pues, aunque se trata de un Derecho distinto al del Estado mexicano, no quiere decir que no haya un cierto formalismo, a pesar de que éste no es cubierto por el Derecho mexicano en su totalidad. En este sentido, Malinowski señaló que todas las sociedades poseen un conjunto de normas que, aunque no existan instituciones identificadas con el Estado que obliguen a su cumplimiento si hay autoridades, tiene formas de control social y de ejecutar sanciones (Kilani, 1989).

Regresando al formalismo, desde el punto de vista occidental, el Derecho Indígena, en tanto que un derecho tradicional, comprende normas que no están escritas, de ahí que se diga que no es un sistema jurídico, que no es Derecho. Pero en el caso preciso de la Comunitaria los casos se documentan, todo el procedimiento es documentado, con actas de acuerdo, demandas, denuncias, citatorios, resoluciones y actas de compromiso. De cualquier modo, si los actos jurídicos fuesen exclusivamente orales, los pueblos indígenas tienen normas reconocidas así por la población, por lo que deben ser cumplidas por sus miembros para mantener el orden social.

Es oportuno decir que la Costumbre para los pueblos indígenas tiene el mismo valor que la palabra Ley para la conciencia jurídica implantada desde la cultura occidental. Las autoridades comunitarias se expresan a través de su costumbre como su ley. Para ellos la costumbre comprende prescripciones, obligaciones de hacer y de no hacer. Pero, dado que la mayoría de la población que pertenece a la sociedad dominante se encuentra alejada de los modos de vida indígenas, el valor de la costumbre es ignorado y, por consecuencia, es vista como práctica rudimentaria y salvaje, incluso ilegal y violadora de los derechos humanos. El término “usos y costumbres” se utiliza para diferenciarlo del derecho mexicano, también denominado con el nombre de “oficial”. Esta definición implica un rango inferior, lo que resulta, por supuesto, discriminatorio (Kilani, 1989). Además, la paradoja de la oficialidad queda más que nunca en entredicho, pues reconocidos desde la constitución general, y desde el derecho internacional, los sistemas normativos indígenas, los derechos indígenas, son igualmente oficiales.

Ya sea costumbre o derecho indígena, el sistema normativo de los pueblos indígenas tiene deberes que son susceptibles de ser sancionados por las autoridades legítimamente reconocidas. Las normas están basadas en procedimientos particulares, por lo que tenemos reglamentos que son actualizados según las costumbres, respondiendo a las necesidades del momento histórico de la comunidad. Existen también normas que definen lo que es justo y lo que es injusto, lo que está permitido o prohibido. En la Comunitaria, cada pueblo indígena

tiene sus procedimientos particulares para la resolución de problemas, aunque también tienen una característica en común: se trata de procesos que privilegian la mediación y la reconciliación de las partes (Sierra, 1996, pp. 67-68).

El orden normativo indígena trata sobre las lógicas culturales y jurídicas diferentes. Cada pueblo tiene un perfil cultural distintivo que es el resultado de su propia historia (Bonfil, 1972, p. 51). El derecho de las sociedades primitivas dice Jean Carbonnier, está compuesto de normas que provienen de la costumbre, que no son leyes como las de los juristas, es decir emanadas de un código sancionado y publicado por las autoridades del Estado, aunque esta diferencia no altera su naturaleza de normas (Carbonnier, 1983, p. 89). Si bien el autor se mantiene en la discusión sobre lo jurídico, acepta que el derecho se configura por normas y que la costumbre está compuesta igualmente por éstas.

El derecho indígena se configura con normas de carácter político y religioso, no hace la distinción de normas de carácter moral o jurídico, todas son normas que buscan el objetivo de la vida en armonía. Una característica del derecho indígena, escrito o no, es su dinamismo y flexibilidad, en tanto se ajusta a dar soluciones al nuevo contexto en el que se encuentre, dando como resultado un tramaje de normas entre las que se incluyen algunas que no son de origen indígena o tradicionales pero que son adoptadas por su sistema normativo y se vuelven neo-tradicionales. El derecho tradicional es capaz de evolucionar, “las poblaciones pueden ser fieles a esa lógica siempre modificando sus contenidos” (Rouland, 1991, p. 194).

LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: LA EXPERIENCIA

La jurisprudencia tiene varios sentidos. Históricamente sigue su sentido etimológico como la búsqueda de lo justo a realizar y de lo injusto a evitar, como la sabiduría aplicada al derecho y a su práctica. Las diferentes tradiciones normativas han llevado a considerar a la jurisprudencia de manera distinta, sea como el conjunto de decisiones que emanan de las cortes supremas, sea de las soluciones dadas por los tribunales en una determinada rama del derecho. La jurisprudencia así entendida es practicada en los países de tradición romana, distinta a la de los países del *common law*, en donde el término jurisprudencia se completa con la doctrina y la teoría del derecho (Severin, 1993, p. 325).

La jurisprudencia como fuente del derecho, señala el ministro Góngora Pimentel, “crea derecho al llenar las lagunas y microlagunas de la ley, y al adaptar los principios esenciales de la Constitución a circunstancias históricas cambiantes” (Góngora, 1995, p. 545). Así, visto desde el sistema normativo mexicano, si consideramos a la ley como

la norma cualquiera que fuera, así como a la Constitución como la norma general de cualquier otro sistema normativo, podemos encontrar jurisprudencia en el derecho comunitario, como en todo sistema normativo indígena.

Veamos: las interpretaciones por parte de la Asamblea General como Corte Suprema, de las normas del Reglamento Interno, al que podríamos considerar como su Constitución; incluso de la costumbre, para aplicar al caso concreto, crean nuevas normas que se vuelven obligatorias para las demás autoridades comunitarias. En este sistema normativo, no obstante, no se requiere formalmente de un número determinado de ejecutorias en el mismo sentido para que se conforme, como en el caso del sistema normativo mexicano, lo que nos lleva a aclarar una posible confusión con la costumbre. Si bien la jurisprudencia tiene elementos similares a la costumbre, como es la duración y la repetición, por lo que ambos términos tienden a asimilarse, una sola decisión por el tribunal supremo, en este caso la Asamblea General, puede crear jurisprudencia sin necesidad de repetición. Así mismo, una modificación de criterios derogaría una jurisprudencia anterior, impidiendo que ésta configurara costumbre.

Con este primer capítulo buscamos presentar los elementos principales que configuran lo que desde ya hemos comenzado a llamar sistema jurídico; alternativo, en tanto es otro diferente al sistema normativo mexicano, y que considera normas propias que son vistas como actos ilícitos o ilegales por parte del sistema hegemónico, el Estado mexicano. Más adelante veremos que a pesar de los conflictos que presenta esta alternatividad existen interacciones entre ambos sistemas que los acercan, ya sea por una situación de subordinación forzada o por una cooperación conveniente de ambos sistemas, en tanto que se han instaurado tácticas políticas para contener la posibilidad de una revuelta, de más violencia y/o de un aumento de la criminalidad.

CONCLUSIONES

Con lo aquí expuesto, lo que queda por decir es que el fenómeno jurídico que muestra el pluralismo jurídico confirma que el derecho es un fenómeno social plural, cuyos objetivos pueden ser diversos a aquellos determinados por una sola concepción del mundo. El derecho es también simbólico: no solo es la expresión del orden y de la coerción dentro de un grupo social, sino que también refleja un conjunto de significados en “áreas más allá de las prácticas” (Durant, 2005, p. 49). Por tanto, el actual modelo jurídico o derecho moderno que es el significante de la forma del capitalismo occidental, se coloca en una situación de crisis, de desenmascaramiento, dado que la unicidad y el monopolio del poder político se dispersa hacia los mismos sujetos

a quienes se les ha arrebatado por mucho tiempo su capacidad para decidir: pueblos y comunidades indígenas, originarias y afrodescendientes, pero también hacia otros sujetos cuyas expresiones de apropiación del derecho reclaman la participación que les ha sido negada históricamente.

BIBLIOGRAFÍA

- Alliot, Michel (1983). Anthropologie et juridique. Sur les conditions de l'elaboration d'une science du droit. *Bulletin de liaison du LAJP*, (6), 84.
- Bonfil Batalla, Guillermo (1972). El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial. *Anales de Antropología*, (9). <http://www.revistas.unam.mx/index.php/antropologia/article/view/23077>
- Cabedo Mallol, Vicente (2004). De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena. *Política y Cultura*, (21).
- Carbonnier Jean (1983). *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris: L.G.D.J.
- Collier, Jane (1995). Problemas teórico-metodológicos en la antropología jurídica. En: Chenaut, Victoria y Sierra María Teresa (Coords.), *Pueblos indígenas ante el Derecho*. Mexico: Centro Francés de Estudios Mexicanos y Centroamericanos/ CIESAS.
- Correas, Oscar (1994). El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante de los jueces. *Jueces para la democracia*, (22).
- Correas, Oscar (2000) Legalidad, seguridad y derechos humanos. *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 5(8).
- Correas, Oscar (2001) Y la norma fundante se hizo ficción. *Crítica Jurídica*, (18).
- Correas, Oscar (2002). *Los sistemas jurídicos indígenas y la teoría general del derecho, Problemas nuevos. Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, (6).
- Correas, Oscar (2003). *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*. México: Fontamara.
- De la Torre Rangel, Jesús Antonio (2007). *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*. México: Porrúa.
- De Sousa Santos, Boaventura (2004). *Vers un nouveau sens commun juridique. Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*. Paris: L.G.D.J.

- Durant Alcántara, Carlos Humberto (2005). *Derecho indígena*. México: Porrúa.
- Dworkin, Ronald (1985). *La théorie du droit comme interpretation. Droit et Société*, (1), 81-92. <https://doi.org/10.3406>
- Feldis, Jean-Paul (1993). *Phénoménologie*. En: Arnaud, André-Jean (Comp.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. París: LGDJ.
- Góngora Pimentel, Genaro (1995). *Introducción al estudio del juicio de amparo*. México: Porrúa.
- Grzegorzcyk, Christophe et al. (1992). *Le positivisme juridique*. París: LGDJ.
- Gutiérrez, Maribel (1998). Ante policías y funcionarios, insisten tlapaneos en aplicar su propia justicia. *El Sur*, (728).
- Jean-Arnaud, André y Fariñas Dulce, María José (1996). *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. *Boletín oficial del Estado*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Kelsen, Hans (2008). *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. México: Ediciones Coyoacán.
- Kelsen, Hans (2009). *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*. Madrid: Reus.
- Kelsen, Hans (2009). *Introducción a la teoría pura del derecho*. México: Ediciones Coyoacán.
- Kelsen, Hans (2010). *Teoría general de las normas*. México: Trillas.
- Kilani, Mondher (1989). *Introduction à l'anthropologie*. París : Lausanne/Payot).
- Lugan, Jean Claude (1993). *La systémique sociale*. París: PUF.
- Martínez Cobo, José R. (1987). *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*. Nueva York: ONU.
- Ngyuen, Quoc y Dinh Daillier, Patrick et al. (2009). *Droit international public*. París: LGDJ.
- Ortiz Andrade, Jaqueline (2007). El derecho indígena como sistema jurídico. En: Correas, Oscar (Coord.), *Derecho indígena mexicano I*. México: Ediciones Coyoacán/CONACYT.
- Pacheco León, Hugo (8 de marzo de 2002). TSJ: inconstitucional y sin base jurídica, la Policía Comunitaria. *El Sur*. <https://suracapulco.mx/impreso/1/tsj-inconstitucional-y-sin-base-juridica-la-policia-comunitaria/>
- Rivera Lugo, Carlos (2014). *¡Ni una vida más al derecho! Reflexiones sobre la crisis actual de la forma-jurídica*. México: CENEJUS/ Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

- Rouland, Norbert (1991). *Aux confins du droit*. París: Editions Odile Jacob.
- Severin, Evelin (1993). Jurisprudencia. En: Arnaud, André-Jean (Dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. París: LGDJ.
- Shmill, Ulises (198). La pureza del método en la teoría kelseniana. En: Shmill, Ulises y Vernengo, Roberto (Eds.), *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*. México: IIJ/ UNAM.
- Sierra, María Teresa (1996). Antropología jurídica y derecho indígena: problemas y perspectivas. *Dimensión Antropológica*, (8). <http://www.dimensionantropologica.inah.gob.mx/?p=1439>
- Stavenhagen, Rodolfo (2004). La justicia y los derechos indígenas, Tercer Informe temático. Stavenhagen, Rodolfo (Ed.), *Los pueblos indígenas y sus derechos. Informes temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la organización de las Naciones Unidas*. México: UNESCO.
- Tamanaha, Brian Z. (2007). La insensatez del concepto “científico social” del pluralismo jurídico. En: Bonilla Maldonado, Daniel et al. (Eds.), *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Pontificia Universidad Javeriana.
- Vachon, Robert (1995). Etnicidad y derecho: un enfoque diatópico y dialogal del estudio y la enseñanza del pluralismo jurídico. En: Ordoñez Cifuentes, José Emilio Rolando (Coord.), *V Jornadas Lascasianas Etnicidad y Derecho. Un diálogo postergado entre los científicos sociales*. México: IIJ/UNAM.
- Wolkmer, Antonio Carlos (2003). *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América*. Aguascalientes: CENEJUS.

TECNOLOGÍA DE GÉNERO Y LEY PENAL: CONTRAPUNTEOS ENTRE MÉXICO Y CUBA

Alina Herrera Fuentes

INTRODUCCIÓN

El estudio de las leyes penales y de la tipificación de delitos como el feminicidio, el transfeminicidio y el travesticidio, me hicieron pensar en que no sólo estamos ante la presencia de nuevos tipos penales en un marco teórico adscripto a la corriente positivista y legalista, sino que también nos encontramos frente a tecnologías de género partiendo del desarrollo conceptual que nos ha planteado Teresa de Lauretis en su obra homónima.

Estas tipificaciones han encontrado voces detractoras desde corrientes feministas que abogan por la abolición del género hasta penalistas que cuestionan la pertinencia de esta “inflación penal” sobre todo porque plantean que la igualdad efectiva entre las personas de diversos géneros no se alcanza mediante la aplicación del derecho penal y mucho menos mediante la creación de nuevos tipos penales.

También existen vertientes feministas que se posicionan en contra del punitivismo carcelario que muchas veces acompaña el proceso de creación de nuevas figuras delictivas a través del agravamiento de las penas y que, en efecto, consideran que la dureza retributiva y el aumento de años en las cárceles no favorece la articulación de un mundo alternativo que soñamos donde prime la justicia social. Aunque el presente trabajo no se enfoca al tema del punitivismo, no quería

dejar de señalar la pertinencia de esta discusión necesaria y útil y que además acompañe.

En aras de desenredar estos nudos críticos y de alcanzar mayor claridad teórica y metodológica durante el desarrollo del presente estudio, es importante partir de las siguientes preguntas investigativas: ¿cómo afecta la ley penal a las mujeres y personas con otras identidades de género afectadas por la violencia en los distintos territorios de Nuestra América según una perspectiva de género e interseccional? ¿Cómo se inserta ese análisis en la discusión acerca de la pertinencia de tipos penales como el feminicidio, transfeminicidio, travesticidio, afrofeminicidio y femigenicidio como expresiones finales de un continuum de violencias de género?

El texto pretende, como objetivos, establecer la necesidad de un debate jurídico-penal que integre la perspectiva de género en las leyes penales en tanto estas son consideradas tecnologías de género, a partir de un estudio comparativo entre dos países de América Latina y el Caribe como son México y Cuba.

Se analizarán estadísticas sobre tasas de feminicidio, tasas de homicidio contra mujeres, encuestas sobre percepción de la violencia de género, y cifras acerca de la discriminación y desigualdad estructurales que enfrentan mujeres y personas con identidades no hegemónicas. Asimismo, se pretende con esta investigación demostrar las peculiaridades de la violencia basada en género contra mujeres y contra personas trans/travestis, debido a las lógicas de dominación patriarcal, colonial y masculina; y también como resultado de procesos sistemáticos de exclusión de los cuerpos y subjetividades subordinados social y legamente, lo que da al traste con un borramiento de las peculiaridades de estas violencias en materia penal.

Como hipótesis, la propuesta plantea a la ley penal como una tecnología de género en tanto las mujeres y otras subjetividades subalternizadas por motivos de género y a su vez por otros vectores de opresión como la raza, el territorio y la clase, no se encuentran reconocidas de manera integral y transversal en las normas penales y, por ende, continúan confinadas a la periferia del sistema de justicia penal como cuerpos no “justiciables” sino como cuerpos descartables. La ley penal sigue dirimiendo algunos asuntos que aparentemente son “domésticos” sin adecuarse axiológica y dialécticamente a la altísima conflictividad social y a las desigualdades de género, de clase y territoriales de nuestra región.

Además, la exclusión (e incluso la expulsión) de la diversificación de géneros en las leyes penales forma parte también del reforzamiento de la dominación heterocispatriarcal y colonial, es decir, que sin la asimilación de nuevos tipos penales que perforan el monolito misógino y

transexcluyente de la ley penal, no solo no alcanzaremos la igualdad, sino que estaremos más lejos de lograrla.

El análisis histórico y situado es otro de los elementos vertebradores del presente texto. Es imprescindible comprender el lugar espacial, temporal y territorial donde nos encontramos como movimientos de mujeres y de comunidades LGBTI, así como las diferencias entre México y Cuba. En la misma tesitura, se hace necesario articular la dogmática penal con los fines también culturales y educativos del derecho. El sueño positivista reduce la aplicación de la ley penal a un caso concreto y sus fines mueren allí, en esa relación víctima-victimario; sin embargo, sabemos que las desigualdades y las violencias basadas en género son estructurales, históricas y colectivas.

Entonces, para nuestro caso, apelo a que las leyes penales sean más que norma, que se conviertan también en tecnologías de género resquebrajadoras de la dominación patriarcal, binaria, biologicista y colonial.

TECNOLOGÍA DE GÉNERO Y LEYES PENALES

Resulta cada vez más frecuente, en el campo del Derecho y las leyes, hacer referencia a la necesaria “perspectiva de género”. Incluso, en la praxis y cultura jurídica, también coincide una tendencia al uso de la “perspectiva de género” sin una mayor problematización acerca de las epistemologías feministas que le han dado lugar y relevancia.

La carga valorativa e interpretativa de la perspectiva de género en estos usos pareciera ser sinónimo de un sujeto Mujer, homogéneo y universal, cisgénero, heterosexual, blanco y de clase media, en contraposición al Hombre de similares condiciones. Como dijera Paula Víturro (2006, p. 295), “se trata de una expresión resbaladiza, que suele funcionar en el ámbito del discurso jurídico como un truismo que oculta más de lo que muestra, y que da lugar a complejas y gravosas consecuencias políticas para quienes pretende favorecer”.

La jerarquización, la discriminación y las violencias que sufren los cuerpos no atribuidos al concepto universalista y uniforme de Mujer/Hombre en su lógica binaria y biológica descritos con anterioridad, quedan por fuera de este núcleo de relaciones sociales y jurídicas.

No es que sea aditiva la subalternidad en el plano legal, sino que se trata, más bien, de perforar los blindajes de una tradición teórica y de una práctica masculinista, biologicista y binaria. Si bien los dilemas de las construcciones identitarias, las representaciones, los esencialismos implican por un lado el reforzamiento de patrones producidos por el heteropatriarcado, por el otro producen una contra-norma que significa la existencia misma de estos sujetos en el orden cotidiano e institucional.

El género como categoría analítica y discursiva en la crítica feminista es un término siempre en disputa. Cristina Palomar (2016) se ha referido a la trayectoria de este concepto como un significante vacío, debido a la utilización ambigua por el que ha transcurrido, desde su uso equivalente a la diferencia sexual binaria hasta su debate teórico contemporáneo que somete a revisión los esencialismos identitarios y en el que se inserta su tesis de que el género indica un lugar vacío que puede ser ocupado por cualquier persona como resultado de una categoría imaginaria que “no tiene como referencia en lo real a un tipo de persona, sino que se trata de una posición simbólica en un conjunto de relaciones formales definidas por el principio ordenador de género” (Palomar, 2016, p. 40).

Gloria Bonder (1998), por su parte, asegura que la crítica feminista, desde su posicionamiento situado e histórico, ha descolocado a las narrativas de las zonas de confort epistémicas para aterrizirlas, forzosamente, en la política y en la interacción entre saber y poder. De ahí que la inestabilidad del concepto de género deba entenderse como enriquecedora para los debates y análisis teóricos, pero también para sus usos y articulación.

Para Bonder, el género ha dejado de ser la categoría que explica todas las problemáticas relacionadas a las desigualdades y otras situaciones sociales de las mujeres, “para convertirse en el centro de una controversia que de una u otra manera va construyendo una ‘genealogía política de las ontologías del género’” (Bonder, 1998)

Desde la segunda ola feminista se pueden detectar demandas en común entre el movimiento de mujeres y el de colectivos LGBTIQ, sobre todo desde la crítica a la sexualidad, a los roles de género y a las relaciones de género, aspectos que se ubican en contraposición a las normas legales, generalmente constituidas por patrones biologicistas.

Maxine Molyneux (2017) ha declarado que, si bien las leyes no son el único vehículo para posicionar los derechos de las mujeres y de los colectivos LGBTIQ, es indiscutible que son instrumentos muy poderosos para la resistencia y la transformación de los derechos y las realidades de estos sujetos.

En este punto de significancia de las leyes y las normas jurídicas, ¿cómo es posible interpretarlas como tecnologías de género?

Es Teresa de Lauretis (1989) quien incorpora la “tecnología de género” como herramienta analítica que permite, primero, deshebrar la insuficiencia de constreñir al género como equivalencia a la diferencia sexual; segundo, comprender las relaciones de subjetividad en torno al género mediante las representaciones lingüísticas, culturales, raciales, de clase, dadas a través de tecnologías sociales que pueden

ser desde las narrativas, las prácticas críticas, las epistemologías hasta los discursos institucionales y la vida diaria.

Para la teórica feminista es así como el género no representa a un individuo sino a una relación, en tanto que la construcción del género es su resultado como también su proceso de representación. Asimismo, la construcción del género se encuentra, además, en las periferias del discurso hegemónico, en las fuerzas que desde los márgenes produce su deconstrucción, desestabilizando las representaciones hegemónicas e institucionales.

Esta práctica crítica, situada por fuera del núcleo cisheteropatriarcal, llamada por la autora como micropolítica, debe ser comprendida también como parte de la construcción del género. Los efectos de este hacer/pugnar distinto y otro, se infiltran en los centros de poder-saber, en las políticas macro, en las instituciones y en las leyes. Entonces, producir representaciones de género y significaciones sociales de lo que son los géneros abarca también la “contraproducción” y la “deconstrucción” hegemónica de las diferencias sexuales binarias, estas entendidas siempre desde preeminente proyección de lo masculino/varón.

La perforación de las políticas y de las leyes por esta construcción de género diferente no solo despliega efectos en el reconocimiento de las subjetividades y de las autopercepciones/autorrepresentaciones, también inciden en la capacidad de agencia de los movimientos de mujeres y colectivos LGTBIQ, en los recursos de poder y en las resistencias cotidianas.

Ante esto, las leyes penales no son una excepción. La violencia de género forma parte de las estructuras sobre las que se montan y manifiestan las desigualdades basadas en el género. La violencia de género, que puede corporizarse en las leyes penales mediante la tipificación de los delitos y su procesamiento e investigación, hace que la aplicación de estas y su articulación construyan y deconstruyan también al género tal y como lo hemos visto hasta acá, es decir, como tecnología de género.

El género (aunque también la condición racial, de clase, de nacionalidad, etc.) en las leyes penales ha determinado qué es o no delito, ha delineado términos como el consentimiento a favor de la impunidad masculina, ha desbalanceado la carga de la prueba y la descarga de pruebas, ha establecido qué cuerpos y subjetividades son reconocidos y amparados por la justicia penal y cuáles no.

Las leyes penales también han construido a un sujeto mujer cis uniforme y homogéneo, que se (re)victimiza y desagencia y que debe cumplir con determinados relatos atribuibles a una buena mujer, o sea, una buena víctima; siempre como proyección de la supremacía

masculina (en términos binarios) y acotada al cumplimiento estricto de los roles de género. Incluso, la ley penal somete a un rol y a un estereotipo específico de género a las mujeres que acuden a la justicia penal por razones de violencia basada en género: apariencia, vestimenta, conducta, subordinación, ocupación y hasta altos niveles de sufrimiento manifiesto. Por supuesto que la cisgeneridad y la heteronormatividad también moldean a la buena víctima.

La pluralidad de subjetividades que giran en torno al género, queda fuera de la violencia de género y por tanto desprotegidas y desconocidas por la ley penal. No obstante, la disputa por su reconocimiento y regulación cada vez más amplia y pujante le agrega (de)construcciones de género a la justicia penal. Estas grietas producidas en la monolítica concepción binaria también modelan la ley penal como tecnología de género.

Una parte importante de las demandas de los colectivos de mujeres y/o feministas ha sido la especialización del homicidio o del asesinato en las leyes penales, es decir, el reconocimiento del feminicidio o femicidio como un tipo penal específico.

Desde que Diana Russell usara por primera vez el término *femicide* (femicidio en inglés) en un espacio feminista dedicado exclusivamente para hablar sobre la violencia contra las mujeres, como lo fue el Primer Tribunal Internacional de Crímenes contra Mujeres en Bruselas en el año 1976, el concepto ha sido ampliado y diversificado debido al desmolde que ha sufrido también la categoría “género” como equivalencia a la diferencia sexual.

Inicialmente, serían los cuerpos de las mujeres (cis) y las niñas los que constituían el delito. La misma Diana Russell comenzó a teorizar sobre el término a partir de 1990 y junto a Jill Radford (1992) definieron que el femicidio sería el asesinato misógino de mujeres cometido por hombres.

No obstante, Russell no se limita a conceptualizar este resultado final de la violencia de género, sino que describe el encadenamiento de violencias que puede concluir en el asesinato de las mujeres debido, centralmente, a su condición de mujeres:

El femicidio representa el extremo de un continuum de terror anti-femenino que incluye una amplia variedad de abusos verbales y físicos, tales como: violación, tortura, esclavitud sexual (particularmente por prostitución), abuso sexual infantil incestuoso o extra-familiar, golpizas físicas y emocionales, acoso sexual (por teléfono, en las calles, en la oficina, y en el aula), mutilación genital (clitoridectomías, escisión, infibulaciones), operaciones ginecológicas innecesarias (histerectomías), heterosexualidad forzada, esterilización forzada, maternidad forzada (por la criminalización de la contracepción y del aborto), psicocirugía, negación de comida para

mujeres en algunas culturas, cirugía plástica y otras mutilaciones en nombre del embellecimiento. Siempre que estas formas de terrorismo resultan en muerte, se convierten en femicidios. (Russell, 2001, citada por Maffía, 2018, p. 79)

Ciertamente la teorización y la ley actuarían, en este caso, como un reforzamiento a las identidades binarias, no obstante, la invisibilización por parte de la ley penal en cuanto a las violencias basadas en género y sus especiales causas, sostiene la inexistencia de esas desigualdades estructurales allí donde, supuestamente, se impartiría justicia frente a fenómenos delictivos o criminales.

La igualdad ficcional del hombre y la mujer ante la ley resulta calada cuando las teorías críticas feministas sobre violencia de género irrumpen también en el campo de la teoría y la justicia penal.

EL FEMINICIDIO EN EL CASO DE MÉXICO

La antropóloga feminista Marcela Lagarde (2005) se basa en el concepto de femicidio desarrollado por Russell y Radford para agregarle la connotación de crimen de Estado como consecuencia de la impunidad estructural que caracteriza el sistema de justicia mexicano en general y todo el conjunto de violaciones a los derechos humanos de las mujeres en particular. Ante esto, el feminicidio, para la teórica, es solo la punta del iceberg.

La cosificación del cuerpo de las mujeres y el reforzamiento de estereotipos de género concurren en las representaciones sociales, culturales y lingüísticas, no solo ya como narrativas de género sino también como violencias de género en el campo de lo simbólico y de lo psicosocial. Estas violencias son masivamente difundidas en los espacios públicos y privados sin que el Estado actúe en correspondencia con el respeto a los derechos humanos de las mujeres (Lagarde, 2005).

Para Lagarde, el feminicidio, además de absorber un contínuum de violencias generadas por las desigualdades de género, también acoge un conjunto de tecnologías de género que las reproducen, naturalizan y legitiman.

Luego de una larga trayectoria de propuestas para tipificar el feminicidio como delito federal, en el año 2012 quedó regulado de la siguiente manera:

Comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;

- II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia;
- III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima;
- IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza;
- V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;
- VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida;
- VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público.

A quien cometa el delito de feminicidio se le impondrán de cuarenta a sesenta años de prisión y de quinientos a mil días multa.

Además de las sanciones descritas en el presente artículo, el sujeto activo perderá todos los derechos con relación a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio.

En caso de que no se acredite el feminicidio, se aplicarán las reglas del homicidio.

Al servidor público que retarde o entorpezca maliciosamente o por negligencia la procuración o administración de justicia se le impondrá pena de prisión de tres a ocho años y de quinientos a mil quinientos días multa, además será destituido e inhabilitado de tres a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. (Código Penal Federal, Libro Segundo, Título Decimonoveno, Delitos contra la vida y la integración corporal, Capítulo V-Feminicidio, art. 325)

Desde sus inicios, se intentaba quebrar la aparente igualdad entre el homicidio y el feminicidio partiendo de los motivos de género, es decir, de la misoginia o del odio contra mujeres por el hecho de serlo, y así mismo, establecer diseños de investigación y de persecución del delito de manera específica y diferencia teniendo en cuenta la anhelada perspectiva de género (Núñez, 2018).

También, se pretendía, mediante la tipificación, contar con registros y datos oficiales que permitiera estudiar y visibilizar las dimensiones del fenómeno y que facilitara la asertividad de políticas públicas para su prevención fundamentalmente (Núñez, 2018). La invisibilidad de las mujeres asesinadas por el hecho de ser mujeres conformaba una segregación post mortem por razones de género y esto reforzaba aún más la inexistencia de los cuerpos de las mujeres frente al aparato de justicia penal dominados por hombres, pensado por hombres y edificado por hombres.

A pesar de los esfuerzos por impregnarle al nuevo tipo penal de feminicidio su naturaleza estructural y sistémica, esta no pudo ser conseguida en solo siete numerales redundantes en hechos de carácter interpersonal, y cuando no queda clarificado qué se entenderá por “razones de género” (Núñez, 2018).

De hecho, el género se encuentra visiblemente reducido a la diferencia sexual mediante una víctima Mujer y una persona victimaria a la que no se le asignó ninguna identidad de género.

La impunidad, en cambio, ha sido articulada mediante el último párrafo referente a los servidores públicos que atenten contra la persecución del delito.

La tipificación penal del delito de feminicidio en el Código Penal Federal mexicano favorece más al reconocimiento social, jurídico, penalista y para todos los operadores del derecho acerca del complejo fenómeno de la violencia de género que a su solución misma. Es ilusorio pretender que un tipo penal reconocido despliegue efectos preventivos y disuasivos por sí mismo y de manera aislada. Es inoperante analizar un delito en desconexión del entramado judicial, estatal e institucional. No obstante, también resulta simplificante menospreciar la dimensión axiológica del derecho y de las leyes en general, las que consideran a su vez a la rama penal. Existe en la tipificación del feminicidio un simbolismo nada despreciable, incluso con sus contradicciones y omisiones como es el caso que nos ocupa.

Así como el feminicidio en su proceso de construcción, elaboración y aplicación subsume una serie de tecnologías sociales y de género, al mismo tiempo funda una nueva.

Si bien la tipificación del feminicidio para el caso mexicano excluye otras identidades de género y otras subjetividades, su sola comprensión permite el reconocimiento de mujeres asesinadas por la particularidad de “ser mujeres” (cisgénero).

No obstante, esta formulación del delito de feminicidio tiene como uno de sus antecedentes más significativos el llamado “caso del Campo Algodonero” en Ciudad de Juárez. En el año 2001 fueron hallados los cadáveres de tres mujeres de 15, 17 y 20 años de edad, quienes “fueron objeto de un particular ensañamiento por parte de los perpetradores de los homicidios” y por la manera en que fueron encontrados los cuerpos se “sugiere que fueron violadas y abusadas con extrema crueldad” (Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009).

En ese año, ningún instrumento jurídico mexicano reconocía el feminicidio como un tipo de homicidio o asesinato, tampoco existía la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2007), aunque México ya era país signatario de la Convención

de Belém do Pará. Al tratarse de un tratado internacional en materia de derechos humanos, específicamente a favor de los derechos de las mujeres y contra la discriminación y violencia de género, los Estados signatarios se obligan a cumplir con sus articulados, no de manera horizontal respecto a otros Estados, sino frente a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Y en ese sentido, Belém do Pará define la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”, por tanto, el caso del Campo Algodonero sugería un patrón homicida por razones de género.

Lo anterior se ratifica aún más teniendo en cuenta el contexto de discriminación y violencia en base al género que primaba en Ciudad Juárez, ciudad fronteriza, industrial (sobre todo de la industria maquiladora), de tránsito de migrantes, con profundas desigualdades sociales que han propiciado el crimen organizado como la trata de personas, el narcotráfico y el tráfico de armas. La industria maquiladora se provee especialmente de la fuerza de trabajo de las mujeres (fundamentalmente jóvenes, empobrecidas y migrantes), con altos índices de precarización, muchas veces en condiciones de semi-esclavitud, sin derechos laborales, por lo que propicia la sistematicidad de las violencias basadas en género, tanto en el marco laboral como fuera de este. En efecto, las víctimas del caso del Campo Algodonero eran menores de edad o muy jóvenes, que trabajaban en las maquilas, estudiaban o trabajadoras de empresas locales que vivían recientemente en la ciudad.

Desde 1993, en que México firma el Tratado de Libre Comercio para América del Norte, de profundo carácter neoliberal, imperialista y colonial, el número de desapariciones y homicidios por razón del género aumentó drásticamente. Los datos que demuestran esta alza no se pueden precisar ni son coincidentes entre las cifras publicadas por las instituciones del gobierno y los observatorios ciudadanos precisamente por la inconsistencia de la perspectiva de género en las investigaciones, en la conformación y rotulación de los expedientes, ya que no existen criterios legales unívocos que permitan tales estudios con asertividad¹, no obstante, entre 1993 y 2003 los homicidios contra mujeres oscilaban entre los 260 y 400 (Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009).

1 Algunos informes indicaban que entre 1993 y 2003 las cifras oscilaban entre 260 y 370 mujeres; otros que la cifra ascendía a 328; el Colegio de la Frontera Norte y la Comisionada para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, de la Secretaría de Gobernación, refería 442 mujeres asesinadas.

El caso del Campo Algodonero demostró las múltiples irregularidades y violaciones que cometió el Estado durante toda la investigación y el proceso penal, tanto contra las víctimas como contra sus familiares. No obstante, puso en evidencia la ausencia de políticas, leyes y programas cuyas tecnologías de género/legales permitieran la prevención, la protección, la adecuada atención, investigación y tramitación de casos de violencia basada en género. Además, expuso la necesidad de atender cada caso individual como parte de un fenómeno colectivo, histórico y estructural en el que las leyes y los Estados cumplen un rol fundamental.

Ante la inobservancia por parte del Estado mexicano de determinadas recomendaciones de investigación con perspectiva de género, el caso del Campo Algodonero fue llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en su fallo, en el año 2009, responsabilizó al Estado por “la falta de medidas de protección a las víctimas y por la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género”. A partir de este evento, la responsabilidad de los Estados en las investigaciones de los casos de feminicidios adquiere relevancia jurídica sobre todo con efectos para los países de la región de América Latina y el Caribe.

Aunque la Corte no empleó el término feminicidio sino homicidio contra/de mujeres, debido a la ausencia legal e incongruencia entre los diferentes informes y documentos legales, su concepto adquirió consistencia sobre todo por la participación de especialistas cuyas intervenciones robustecieron su formulación a partir del contexto mexicano y de los estudios que hasta esa fecha permitieron describir el fenómeno.

Los patrones que configuraban los homicidios de las tres víctimas del caso que nos ocupa, pero también de un importante número de homicidios contra mujeres en Ciudad Juárez y en México en general, tales como el previo secuestro y cautiverio, denuncias de familiares por desaparición, hallazgo de los cadáveres en terrenos baldíos, signos de violencia o abusos sexuales, señas de tortura o mutilación, sirvieron para tipificar años más tarde el feminicidio en la legislación federal. Aunque la tercera parte del total de los homicidios de mujeres tenían estas características, eran clasificados como homicidios sexuales y/o seriales debido a la ausencia de una perspectiva de género y a la falta de tecnologías de género en las leyes penales. Esto propiciaba, entre otras causas, las irregularidades de las investigaciones, la incongruencia en los procedimientos legales y penales, el tratamiento desconectado entre unos casos y otros y estos a su vez del contexto, también la ausencia de estadísticas coherentes y fidedignas y, por

tanto, la inexistencia de medidas preventivas eficientes, de sanciones reparadoras y de no repetición

La responsabilidad del Estado fue descrita no solo en vínculo directo con las víctimas y los procesos penales (falta de medidas de protección a las víctimas, la falta de prevención, la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición, falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos, denegación de justicia y la falta de reparación adecuada) sino también con relación a otros factores estructurales generadores de discriminación y violencia en base al género: falta de servicios públicos básicos en las zonas marginadas, narcotráfico, tráfico de armas, criminalidad, lavado de dinero, trata de personas, alto índice de deserción escolar, y la existencia de “numerosos agresores sexuales” y “efectivos militares provenientes de conflictos armados” en la cercana ciudad de El Paso (Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009).

Lo anterior permitió una conceptualización de la violencia basada en género sobre una base estructural entiendo por esta como la “situación caracterizada por la violación reiterada y sistemática de los derechos humanos”, mediante la cual “niñas y mujeres son violentadas con crueldad por el solo hecho de ser mujeres y sólo en algunos casos son asesinadas como culminación de dicha violencia pública y privada”, considerándose este resultado último como feminicidio.

Luego del fallo de la Corte, el Estado mexicano quedó obligado a incluir la perspectiva de género en sus investigaciones y a prevenir y sancionar las violencias basadas en género incluido el feminicidio (comprendido en el Código Penal Federal en el 2012), tipo penal que inmediatamente adquiere absoluta relevancia jurídica también, no solo para México sino para el resto de los países de América Latina y el Caribe.

Entre otras consecuencias, se creó en 2019 la Fiscalía Especializada para la Investigación del Delito de Feminicidio de la Ciudad de México, la que ha tenido como resultados la disminución en un 21% del delito de feminicidio entre enero de 2020 y agosto de 2021; y una baja en la tasa de mujeres víctimas de este delito que pasó de ser de un 0.83 a 0.68 por cada 100 mil habitantes. Paralelamente, aumentó el número de agresores vinculados al proceso, es decir, durante el 2021 se procesó un 37% más de responsables de este delito, comparado con el año anterior (Instituto Nacional de formación Profesional y Estudios Superiores, 2021).

Contar con un tipo penal específico como el feminicidio, y que derivara en la creación de instituciones especializadas para su atención, ha tenido impactos positivos para la vida de las mujeres, esto como

resultado de la comprensión de la ley penal como una tecnología de género.

LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CASO CUBANO: ¿FEMI(NI)CIDIO, TRANSFEMINICIDIO Y TRAVESTICIDIO?

Cuba se encuentra a las puertas de un nuevo Código Penal y de su ley adjetiva. El anteproyecto formuló el reconocimiento del feminicidio mediante un apartado del tipo penal Asesinato. La propuesta ha quedado como sigue:

Artículo 344. Se sanciona con privación de libertad de veinte a treinta años, privación perpetua de libertad o muerte a quien mate a otra persona concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

[...]

d) cometer el delito por motivo de discriminación de género;

[...]

Artículo 345. 1. Incurrir en las mismas sanciones previstas en el artículo anterior, aunque no concurra en el hecho alguna circunstancia de cualificación prevista en aquel, quien:

a) De propósito, mate a un ascendiente o descendiente, o a la persona con la que mantiene o ha mantenido una relación conyugal o de pareja de hecho afectiva;

b) dé muerte a una mujer como consecuencia de la violencia de género;

c) se ejecute por odio contra la víctima por motivo de su raza, religión, género, identidad de género u orientación sexual.

(Anteproyecto de Código Penal, Título XII Delitos contra la vida y la integridad corporal, Capítulo II Asesinato, arts. 344 y 345.1)

Este reconocimiento sin duda alguna es resultado de la lucha feminista en el país a pesar de que su asimilación no sea mediante la tipificación específica, sino que se encuentre subordinada al Asesinato. Además, como ventaja y a diferencia de México, contempla los asesinatos por razón de la identidad de género, es decir, lo que se conoce como transfeminicidios y travesticidios. La formulación es parecida al caso de Argentina², país que en el año 2012 reconoció en su ley penal los conceptos de femicidio, transfemicidio y travesticidio, aunque no

2 Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1° A su ascendiente, descendiente, cónyuge, excónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia. [...] 4° Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. [...] 11° A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediar violencia de género. (Código Penal Argentino, Libro Segundo, Título I Delito contra las personas, Capítulo I Delitos contra la vida, art. 80).

fueron aprobados como tipos penales específicos e independientes del homicidio, sino como formas agravadas de este.

Sin duda alguna la redacción del artículo 345.1 del Anteproyecto de Código Penal cubano permite una ampliación de los sujetos pasivos en los asesinatos por motivos de género. El género se desmarca de la tradición binaria y biologicista y es asumido de manera plural.

No obstante, que el asesinato se ejecute por odio no explica toda la madeja de causas que provoca el entramado de violencias que afectan a la comunidad trans y travesti. La redacción de la norma coloca el fenómeno en términos particulares e interpersonales, en la arena privada, cuando sería deseable que también visibilizara las causas estructurales y sistemáticas que propician y provocan la muerte violenta de personas trans/travestis de manera tal que se asuma con un asunto público, como en el caso de lo que conocemos como feminicidio: “dé muerte a una mujer como consecuencia de la violencia de género”. Es decir, no hace alusión a la misoginia como requisito subjetivo que se debe demostrar para considerar que se tipifica el delito, sino que establece la muerte de la mujer como resultado de un contínuum de violencias y violaciones a sus derechos humanos desde múltiples aristas.

Es importante tener en cuenta que en Cuba no existe Ley integral contra la violencia de género, ni Ley de identidad de género, que permitan una conceptualización adecuada de términos como violencia basada en género, discriminación por género, identidad de género y odio de género. Apenas la nueva Estrategia Integral contra la violencia de género establece una definición de la violencia de género³, no obstante, fue emitida como un Acuerdo del ejecutivo, y no presenta rango de Ley. Esto puede atentar contra la intención del legislador a la hora en que operadores del derecho y policiales tengan que interpretar y aplicar el futuro Código Penal.

Ante este tipo de formulaciones penales, en las que se reconoce el fenómeno, pero no se nombra a pesar de enjundiosos estudios (Maf-

3 Artículo 4.1. La violencia de género es la forma extrema de la discriminación por motivos de género y representa una problemática compleja y estructural, cuya existencia se funda en la desigualdad jerárquica que existe entre hombres y mujeres. / 2. Se dirige principalmente a las mujeres y contra cualquier persona que pretenda confrontar el sistema de género heteronormativo, con el fin de encauzarla y someterla a este, como las personas por razón de su orientación sexual e identidad de género. / 3. Afecta, además, a niñas, niños y adolescentes que viven en hogares donde existe violencia de género en el espacio familiar o en otros entornos como el escolar y comunitario donde pueden ser víctimas de violencia por motivos de género. 4. La violencia de género constituye una violación de los derechos humanos, es el resultado de la conexión entre los ejes de opresión a la clase social, edad, color de la piel, ocupación, sexualidad, el territorio, y las situaciones de discapacidad, los cuales se superponen, intercepan y coexisten simultáneamente.

fía, 2018) que revelan lo trascendental de una tipificación específica e independiente, las ventajas y desventajas se presentan en forma ambigua. Desde el punto de vista legal y simbólico, y luego de delitos enunciados “a ciegas” respecto al género, las ventajas son incuestionables. Desde el punto de vista procesal, estratégico e interdisciplinario, las desventajas se traducen en dificultades para la caratulación de expedientes, incongruencias con el diseño de investigación y persecución del delito, inconsistencias con la investigación misma del hecho, afectación en los informes y estadísticas, obstáculos para elaborar políticas preventivas, etc.

No obstante, la discusión teórica que le antecedió a esta propuesta estuvo inclinada a desconocer su tipificación específica, bajo el argumento de que todos los asesinatos y homicidios podían ser atendidos y procesados conforme a la ley sin necesidad de llamarlos feminicidios. Esta postura fue sostenida principalmente por representantes de las instituciones encargadas de impartir justicia (Figueredo *et al.*, 2021; Canal Cubadebate, 2021).

Si bien Cuba no presenta un sistema penal que estructuralmente favorezca la impunidad, lo cierto es que limitar la respuesta penal frente a estos crímenes a ser atendidos o no, sin asimilar las desigualdades estructurales y el contínuum de violencias que les preceden es una forma más de reificar la ilusión de la igualdad entre los sexos/géneros, manteniéndola bajo el manto de la dominación masculina en un (cis)tema tradicionalmente binario y biologicista y, a su vez, excluyente.

De hecho, todavía no existen registros oficiales ni públicos que sistematicen este tipo de crímenes.

En el informe voluntario que presentara Cuba ante la CEPAL en el 2019, se dio a conocer la primera tasa de femicidios en el país registrada en el 2016 (0,99 por cada 100 mil mujeres de 15 años y más), aunque el dato se presentaba como un subregistro debido a que solo se tomaba en cuenta la preexistencia de un vínculo sentimental entre víctima y victimario para considerarlo como feminicidio (Grupo Nacional para la Implementación de la Agenda 2030, 2019). Más recientemente, el informe voluntario ante la misma organización, pero del año 2021 señaló otro dato, arrojó que la tasa de mortalidad femenina por agresiones es de 1,9 por cada 100 mil mujeres (Grupo Nacional para la Implementación de la Agenda 2030, 2021). Sin embargo, estos datos no están desagregados por identidad de género, orientación sexual, edad, territorios ni color de la piel.

El cambio semántico de tasa de femicidios a tasa de mortalidad femenina por agresiones manifiesta, o bien la ausencia de un debido protocolo de clasificación y registro, o bien una intencionalidad

política de exclusión de términos que aún no son asimilados por el entramado institucional ni por las leyes. El futuro Código Penal no ayudará al esclarecimiento de estos registros toda vez que los feminicidios seguirán subordinados a los asesinatos. No es posible realizar un análisis de la tendencia de los feminicidios si no hay criterios unívocos con los cuales medirlos, ni siquiera criterios conceptuales para analizarlos, prevenirlos, disminuirlos.

Uno de los puntos nodales en la discusión institucional estriba en la necesidad de diferenciar femicidios de feminicidios. Se plantea que, cuanto más, en Cuba ocurren femicidios ya que los asesinatos de mujeres por motivos de género no se consideran crímenes de Estado.

En efecto, ya se ha mencionado que, estructuralmente, la impunidad no es un elemento que caracterice al sistema penal cubano, tampoco el Estado se convierte en cómplice de ese resultado máximo de la violencia de género como lo son este tipo de asesinatos. No obstante, el feminicidio no es equivalente a colocar automáticamente a un Estado en un status criminal o cómplice. Los efectos del reconocimiento y tratamiento en la ley de estos tipos penales trascienden la significancia de un epíteto o la calificación de un sistema a partir de una teorización en movilidad y constante ampliación y resignificación como lo es el feminicidio.

No obstante, más allá de las consecuencias calificativas que puedan traer consigo el uso de un término u otro, los aportes más relevantes de los estudios académicos feministas con relación al fenómeno femicidio/feminicidio han sido dos:

1. El carácter estructural y sistemático que evidenció Rusell de ese contínuum de violencias basadas en el género que terminan en su extremo con la muerte, entendiendo que no es un asunto privado sino público.
2. La responsabilidad de los Estados que visibilizó Lagarde en la prevención y atención de todas las relaciones que hacen posible ese contínuum de violencias que pueden terminar en el asesinato por razones de género de manera tal de evitar la impunidad en cualquier escala, entendiendo que son problemas que no solo trascienden de lo privado a lo público, sino que, además, son problemas políticos que necesitan la intervención estatal para transformar todos los parámetros desde la base.

La lupa colocada por Lagarde sobre la impunidad y la complicidad vino a descarnar lo que se entiende por corresponsabilidad estatal para la prevención, interrupción y disminución de las violencias basadas en género y sexualidad, pero también de las desigualdades estruc-

turales que las provocan. El caso del Campo Algodonero lo demuestra. Aunque entre Cuba y México no se puedan equiparar los contextos, sino lo contrario, lo relevante del caso mexicano es la articulación de condiciones estructurales que propician la reproducción de violencias basadas en género. La impunidad, si no ocurre con los asesinatos o feminicidios, sí puede ocurrir en otros delitos “menores” (acoso, abusos lascivos, exhibicionismo, ultraje sexual, etc.), los cuales pueden terminar con la muerte violenta de las mujeres cubanas, por el hecho de serlo.

En efecto, Cuba no se encuentra atrapada en el crimen organizado trasnacional, tampoco en el narcotráfico, ni en la industria maquilera, en ninguna guerra contra las drogas, y demás; pero la precarización de la vida, las zonas marginalizadas, la profundización de las desigualdades sociales y de género, impactan el área de los delitos, la violencia y las violencias basadas en género. Sin embargo, son extremadamente escasos los estudios desagregados de este fenómeno, lo que se complica aún más sin una definición y estrategias de monitoreos basadas en conceptualizaciones claras y congruentes.

Según la Encuesta Nacional de Igualdad de Género de 2016, el 26,7 % de las mujeres cubanas entre 15 y 74 años fueron víctimas de alguna manifestación de violencia en su relación de pareja durante los 12 meses previos al estudio, y un 22,6 % lo fue, además, en “algún otro momento de su vida”. Pero, como consecuencia del débil tejido institucional y tratamiento legal de protección eficiente contra la violencia de género específicamente, las mujeres no recurren a las instituciones. Solo el 3,7 % de las mujeres cubanas que declararon haber sufrido violencia en el marco de sus relaciones de pareja han solicitado algún tipo de ayuda institucional, a pesar de que, ante una agresión, el 57,4 % se divorciaría de su pareja y el 8,1 % optaría por irse de la casa (Oficina Nacional de Estadística e Información, 2016).

En contraste, datos globales revelan que el 18 % de las mujeres en el mundo fueron víctimas de violencia en su relación de pareja en los últimos doce meses y que alrededor del 10 % de acude a denunciar a la policía (ONU Mujeres, 2019).

Es decir, abandonar la pareja, la casa y salir del círculo de la violencia se encuentran entre las respuestas a una agresión para las mujeres cubanas, pero las instituciones parecen no ser confiables o no proporcionar el tratamiento adecuado (ni social, ni legal) ante este tipo de fenómenos. De hecho, otra ausencia notoria en las políticas públicas cubanas para el enfrentamiento de la violencia basada en género y sexualidad son los refugios para víctimas como medida emergencial.

Las desigualdades históricas y estructurales también se reproducen en el país caribeño. Las cubanas dedican más tiempo (14 horas más como promedio en una semana) que los hombres a las tareas domésticas en el hogar. Del total de personas ocupadas formalmente en la economía, el 39 % son mujeres (el 29,1 % del sector privado y el 35,5 % en el trabajo por cuenta propia o autoempleo). Aunque la Constitución estipula que las mujeres reciban igual salario por igual trabajo que los hombres, ellas siguen sobrerrepresentando las actividades con menor salario medio. Por su parte, se ha experimentado un aumento del número de mujeres solas al frente de los hogares frente a una crisis generalizada de los cuidados (Grupo Nacional para la Implementación de la Agenda 2030, 2021).

La población trans en Cuba se calculaba que era, para el año 2017, de entre las 3 mil y las 3 mil 500 personas, el dato no es preciso debido, precisamente, a la invisibilidad de estas colectividades en los censos oficiales (Iglesias, González & Mena, 2017).

De ese universo, el 92.6% alcanza como máximo nivel de instrucción la enseñanza media y solo el 2,8% logran graduarse en la universidad. Respecto al empleo, el 39.9% de las personas trans se encuentran vinculadas al estudio o al trabajo, mientras que 43% está buscando trabajo (Iglesias, González y Mena, 2017).

En términos de violencia de género, las cifras son alarmantes: el 47.8% recibió agresiones físicas por parte de sus parejas durante el año anterior al estudio, el 57.8% fueron víctimas de violencia sexual y el 96.5% de violencia psicológica (Iglesias, González & Mena, 2017).

Por su parte, el 87% de la población cubana ha referido rechazo hacia la comunidad trans, manifestando que no se les debe aceptar en los centros de trabajo con vestimenta que no sea la correspondiente a su sexo biológico y que deben ser llamadas acorde al nombre que indica el documento legal de identificación. Más de la mitad de las personas encuestadas por el referido estudio admitieron que no vivirían bajo el mismo techo que una persona trans (Iglesias, González & Mena, 2017).

Si ante este escenario agregamos los obstáculos que se presentan para acceder a la justicia penal como mujeres o personas trans/travestis, la vulnerabilidad de la vida y de la integridad física de estos sujetos se multiplican. Incluso, las personas trans que acuden a denunciar a una estación de policía terminan criminalizadas (García, 2020). Frente a esto, el Estado cubano es responsable.

Volviendo a Teresa de Lauretis, el género es producto de varias tecnologías sociales, entre ellas el discurso institucional, incluida las teorías y las nomenclaturas legales. Desconocer, expulsar e invisibili-

zar también configura una producción de género, aquella que es negada y pugna por su reconocimiento.

Los movimientos de mujeres y personas con identidades no hegemónicas continúan infiltrando en el escudo institucional sus demandas y disputas por el reconocimiento de esas figuras legales, de las otras subjetividades, lo que hace que esas fisuras se conviertan en un destino inevitable.

Son varios los caminos que se han comenzado a trazar o que se proyectan sobre el tema de la eliminación de la violencia basada en género en Cuba. Se encuentra en fase de consulta popular un nuevo Código de las Familias en el que la violencia basada en género ha sido por primera vez tratada dentro del ámbito familiar. Ya mencionaba la Estrategia Integral contra la violencia de género, puesta en vigor, y equiparada a una política pública de carácter integral y transversal para todas las instituciones del estado cubano. Desde hace más de un año se anunció el Observatorio de violencias de género y feminicidios pero sobre esta necesaria iniciativa no se ha dicho nada más.

Volviendo a la ley penal como tecnología de género, el futuro Código penal ha sido un paso de avance en este sentido, con el hincapié de que la formulación óptima sería tipificando específica e independientemente al feminicidio, trans/travesticidio. Las ventajas que despliegan este tipo de reconocimientos penales se repiten: diseños específicos de investigación y de persecución del delito; protocolos especializados para estos tipos penales; comprensión de la naturaleza estructural de cada fenómeno (entendiendo que la serie de violencias encadenadas que terminan en el feminicidio es diferente a las que terminan en transfeminicidio/travesticidio); articulación de políticas públicas diferenciadoras; creación de instituciones especializadas como la Fiscalía de investigación del feminicidio en la Ciudad de México con impactos favorables en la disminución de casos; políticas plurales y no binarias; generación de estadísticas sistemáticas y fidedignas; corresponsabilidad estatal en todo el encadenamiento de violencias; entre otras.

CONSIDERACIONES FINALES

Las leyes en general y las leyes penales en específico ciertamente no serán el milagro que otorgarán inmediatamente igualdades efectivas, no obstante, son instrumentos sociales y políticos que impactan la vida de todas las personas y las formas de relaciones entre ellas, con las instituciones y con el Estado. Ese impacto puede ser más o menos desfavorable para algunas pero, además, pueden significar la inexistencia para aquellas que ni siquiera son consideradas personas.

El género constituye un marcador social como tecnología que nos configuran la vida y el lugar que ocupamos en el amplio entramado de desigualdades y violencias. Las leyes penales están incluidas, nos subsume, nos desplaza o nos expulsa.

Legislar, ejercer y proceder en materia penal con perspectiva de género e interseccional implica un reconocimiento no solo de las subjetividades sino también de la manera en que operan los mecanismos de opresión y desigualdad en nuestros territorios y, en específico, las violencias basadas en género.

La tipificación del feminicidio y las figuras afines interpelan más allá de caracterizar un hecho delictivo, sino que tienen la misión de nombrar un fenómeno criminal transversal y estructural. Estos tipos penales constituyen la punta del iceberg, desmadejar las profundidades de esas violencias en sus causas y consecuencias es también asimilable por el derecho penal en general. La ley penal como tecnología de género puede considerarse una llave que abra el acceso a la justicia de millones de mujeres y personas diversas que esperan por su reconocimiento siempre y cuando atienda a un enfoque interseccional, integrador y estructural.

El caso mexicano nos muestra varios aspectos trascendentales:

- Los obstáculos que se presentaron durante el proceso investigativo del caso del Campo Algodonero, tanto en la jurisdicción nacional como ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debido a la indefinición y no-tipificación del delito de feminicidio.
- Los inconvenientes que se presentaron a la hora de esclarecer no solo los hechos del Campo Algodonero sino de describir el fenómeno de los feminicidios en Juárez y en México en general, así como de articular medidas preventivas eficaces, nuevamente a causa de la indeterminación del feminicidio como problema estructural y como tipo penal.
- El impacto a favor de la disminución de los feminicidios en la Ciudad de México a partir de la creación de instituciones especializadas de investigación.

Estas experiencias para el caso cubano son vitales:

- Cuba puede superar al Código Penal Federal mexicano en la asimilación de asesinatos por razones de género debido a la comprensión de otras identidades de género no hegemónicas.
- La subordinación del feminicidio, transfeminicidio y travestimiento al Asesinato como tipo penal puede ir en detrimento de

este avance que busca la justicia social y, sobre todo, la transformación de la sociedad.

- La noción estructural de estos crímenes debe ser atendida en el articulado de manera tal de superar fórmulas positivistas

Estos análisis no los considero conclusiones ni sentencias firmes ante un fenómeno tan complejo; más bien pretenden ser una especie de intersticios mediante los cuales podamos dinamitar las estructuras rígidas de una ley que permite u omite nuestras muertes, detonar el sistema que se articula por sobre nuestros cuerpos y nuestros cadáveres.

BIBLIOGRAFÍA

- Anteproyecto del Código Penal Cubano (20 de enero de 2022). Tribunal Supremo Popular. <https://www.tsp.gob.cu/documentos/anteproyecto-de-codigo-penal>
- Bonder, Gloria (1998). Género y subjetividad: avatares de una relación no evidente. En: Montesino, Sonia y Obach King, Alexandra (Comps.), *Género y epistemología: mujeres y disciplinas*. Santiago de Chile: Programa Interdisciplinario de Estudios de Género.
- Canal Cubadebate (16 de junio de 2021). Esta tarde, Cubadebate en Mesa Redonda ¿Cómo se enfrenta en Cuba la violencia de género? [video]. <https://www.youtube.com/watch?v=GP90MGYR-iM>
- CEPAL (20 de noviembre de 2019). La medición del femicidio o femicidio: desafíos y ruta de fortalecimiento en América Latina y el Caribe. https://oig.cepal.org/sites/default/files/femicidio_web.pdf
- Código Penal Federal. Cámara de diputados del Honorable Congreso de la Unión, 14 de agosto de 1931, (México)
- De Lauretis, Teresa (1989). *Technologies of Gender. Essays on Theory, Film and Fiction*. London: Macmillan Press.
- Figueredo, Oscar et al. (20 de mayo de 2021). Mujeres tras las sombras: Desafíos del femicidio en Cuba II [Video]. Cubadebate. <http://www.cubadebate.cu/especiales/2021/05/20/mujeres-tras-las-sombras-desafios-del-femicidio-en-cuba-ii/>
- García, Karla (28 de junio de 2020). Las identidades trans en conflicto con la ley penal: Una mirada desde el sistema de justicia cubano. <https://diagonalciep.org/las-identidades-trans-en-conflicto-con-la-ley-penal-una-mirada-desde-el-sistema-de-justicia-cubano/>

- Grupo Nacional para la Implementación de la Agenda 2030 (2019). Cuba. Informe nacional sobre la implementación de la Agenda 2030. <https://cepei.org/wp-content/uploads/2020/01/informe-nacional-voluntario-de-cuba-sobre-implementacion-de-la-agenda-2030.pdf>
- Grupo Nacional para la Implementación de la Agenda 2030. (2021). Cuba. Informe nacional voluntario Cuba 2021 sobre la Agenda 2030. <https://www.mep.gob.cu/es/noticia/informe-nacional-voluntario-cuba-2021-sobre-la-agenda-2030>
- Iglesias, Mildred; González, Humberto y Mena, Mercedes (2017). Caracterización sociocultural y demográfica de las personas trans en Cuba. Actitudes discriminatorias hacia ellas. *Culturales*, (1)(1), 189-216. <https://pdfs.semanticscholar.org/0c78/2c44885a57c44cb5da80ec38d371b3df92bb.pdf?ga=2.169269286.645609854.1627926509-887567696.1627926509>
- Instituto Nacional de Formación Profesional y Estudios Superiores (25 de septiembre de 2021). 2º aniversario de la Fiscalía Especializada para la Investigación del Delito de Femicidio. <https://ifpes.fgjcdmx.gob.mx/comunicacion/nota/2-aniversario-de-la-fiscalia-especializada-para-la-investigacion-del-delito-de-femicidio>
- Lagarde, Marcela (2005). ¿A qué llamamos femicidio? (Informe Sustantivo número 1, Comisión Especial para Conocer y dar seguimiento a las Investigaciones Relacionadas con los Femicidios en la República Mexicana y a la Procuración de Justicia Vinculada en la LIX Legislatura Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión). https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres/menu_superior/Femicidio/2_Info_nac/12.pdf
- Maffía, Diana (2018). Travesticidio/Transfemicidio como crimen de género. *Jueces para la democracia*, (93), 79-92.
- Ministerio de Justicia (9 de diciembre de 2021). Estrategia Integral de prevención y atención a la violencia de género y en el escenario intrafamiliar. <http://media.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2021/12/estrategia-integral-violencia.pdf>
- Molyneux, Maxine (2017). Entre las luchas feministas y las respuestas conservadoras. *Nueva Sociedad*. Entrevista de Mariano Schuster. <https://nuso.org/articulo/luchas-feministas-molyneux/>
- Núñez, Lucía (2018). *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*. México: UNAM/Centro de Investigaciones y estudios de género.

- Oficina Nacional de Estadística e Información (2016). Encuesta Nacional sobre Igualdad de Género ENIG-2016. <http://www.onei.gob.cu/node/14271>
- ONU Mujeres (2019). Hechos y cifras: Poner fin a la violencia contra las mujeres. <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>
- Palomar, Cristina (2016). Veinte años de pensar el género. *Debate Feminista*, (52), 35-49.
- Radford, Jill; Russell, Diana (1992). *Femicide: The Politics of Woman Killing*. Nueva York: Twayne Publishers.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). Caso González y otras. “Campo Algodonero” vs. México.
- Vituro, Paula (2006). Constancias. *Revista sobre la enseñanza del Derecho en Buenos Aires*, (6), 295-300. <https://es.scribd.com/document/358679538/Vituro-Paula-2006-Constancias-pdf>

O MOVIMENTO LGBT BRASILEIRO E AS FORÇAS DO PATRIARCADO PRODUTOR DE MERCADORIAS

Luiz Ismael Pereira

“Na verdade, ficamos satisfeitos com meros cosméticos ecológicos e sociais e, dessa forma, afirmamos as péssimas condições de vida pós-modernas do capitalismo em crise”. (Scholz, 2011, p. 182, tradução livre)

INTRODUÇÃO

O movimento LGBT brasileiro passa em 2021 por uma efeméride: há dez anos, em 2011, seus direitos passam a ser reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de ações concentradas de constitucionalidade. A partir de então, diversas ações e recursos consolidam o cenário de garantias constitucionais. Ao mesmo tempo, no campo institucional, ainda convive com um vácuo normativo e políticas públicas concentradas nos Estados e municípios. Nenhum desses ganhos jurídicos se deu como um benefício concedido pelo Estado: todos estão ligados às pautas de *advocacy* de direitos humanos construídas desde os primeiros grupos organizados nos anos 1970.

O que podemos perceber é que o movimento construído pela comunidade LGBT se voltou historicamente para a construção da subjetividade jurídica, ou nos direitos de cidadania: reconhecimento da família homoafetiva, garantia de herança de cônjuges sobreviventes, pensão por morte a companheiras e companheiros, adoção, nome social, uso de banheiros públicos de acordo com a identidade sexual, ensino sobre gênero na educação formal para a construção de um impacto geracional na sociedade, proteção física e emocional contra crimes de ódio entre outros. Como exemplo disso, podemos notar que

os temas da maior Parada do Orgulho LGBT do mundo, realizada na cidade de São Paulo desde 1997, já direcionava para esses interesses.

Uma percepção preliminar nos coloca em atenção: a cidadania no Brasil é incompleta. Obviamente, essa conclusão está relacionada a diversos grupos minoritários que não viram as promessas da modernidade serem cumpridas: o movimento negro luta por igualdade jurídica e de oportunidades até hoje; mulheres, que ainda sofrem com menores salários e com altos índices de feminicídio se organizam contra essas condições de vida subalternizadas em relação aos homens; pessoas com deficiência ainda se organizam contra o capacitismo que as impedem de ocupar o espaço público; trabalhadoras e trabalhadores sem moradia articulam movimentos de ocupação de propriedades desocupadas no campo e na cidade etc. As promessas da modernidade não se cumpriram para parte da população e ela luta pela realização de tais direitos, o que pode representar, à primeira vista, um ideal de revolução por meio de reformas no campo dos direitos humanos.

Mas precisamos suspender o juízo quando analisamos com afastamento o significado mais estrutural dessas lutas por direitos: o que elas representam dentro da sociabilidade capitalista? Como sabemos, os direitos humanos foram revolucionários a seu tempo, já que a regra era no Ocidente era uma sociedade baseada em privilégios e hierarquicamente estruturada. A passagem do feudalismo para o capitalismo representou um avanço para a sobrevivência da humanidade e contra isso não é possível retroceder, o próprio triunfo da razão esclarecida... pelo menos para uma visão tradicional de direitos humanos.

Na realidade, percebemos que há uma constante violação da realidade humana. Os direitos humanos ainda são atacados dia a dia. O cárcere ainda representa um espaço de criação de marginalização; a população negra ainda sofre com o racismo, velado ou de forma direta; as mulheres são reiteradamente atropeladas na sua existência; pessoas LGBT sofrem com as tentativas reacionárias de “curas” de sua orientação sexual ou identidade de gênero; para falar do Brasil, este é o país que ainda mais assassina a sua população transgênero.

Desconsiderando uma visão conservadora, essencialista e a-histórica de direitos humanos, podemos concluir que há diversos ganhos que podem ser retirados, em especial quando se desconsidera a experiência de luta dos movimentos sociais e dos indivíduos que os compõem (Pereira *et al.*, 2020).

Mas ainda assim, há algo que falta nessa leitura de direitos humanos. O que essencialmente se busca com a construção de uma subjetividade jurídica para os grupos minoritários? Neste texto, queremos focar na população LGBT devido à proximidade histórica dos direitos conquistados, mas a reflexão pode ser pensada para outros grupos: o

que está por trás dessa sociabilidade jurídica baseada na razão esclarecida?

Partimos, aqui, da discussão iniciada por Roswitha Scholz no âmbito de um marxismo radical para a crítica da dissociação e do valor e da sociedade do trabalho. Precisamos, junto com a autora, reconstruir o sentido da subjetividade jurídica esclarecida e identificar, a partir de uma totalidade concreta e historicamente determinada, as consequências das formas sociais fundamentais. Podemos pensar na periferia do capitalismo a partir de vários lugares, mas nos salta aos olhos o papel de uma lente que lê a sociedade, hierarquiza os indivíduos e a reconstrói para os objetivos da sociabilidade moderna capitalista: estamos falando do patriarcado produtor de mercadorias (Pereira, 2020).¹

Este texto é resultado das pesquisas realizadas no âmbito do estágio de pós-doutorado intitulado “Vidas que importam — entre gritos e silêncios: trajetórias dos movimentos sociais de sexualidade na construção dos direitos humanos” realizado na Universidade Federal da Bahia e Universidade do Estado da Bahia (Brasil). O projeto de pesquisa foi devidamente aprovado pelo sistema brasileiro de ética em pesquisa com seres humanos.²

Para realizar essas reflexões, além de captar a narrativa histórica de militantes do movimento LGBT brasileiro, também confrontamos os grandes temas com a teoria da dissociação do valor de Roswitha Scholz e do grupo em torno da *Revista Exit!* no campo do marxismo radical. O que pretendemos é contribuir para a compreensão das influências do patriarcado produtor de mercadorias (*warenproduzierenden Patriarchat*) sobre a sexualização da diferença de gêneros e de expressões de sexualidade com o fim de pensar em um giro de mudança, em especial no momento de agudização da crise do capital cuja ferocidade destrói a todas e todos, mas com mais atenção a tudo e todos que estão fora do processo de valorização: o valor dissociado.

O PATRIARCADO PRODUTOR DE MERCADORIAS E A FORÇA DA RAZÃO ESCLARECIDA DO CAPITAL

É importante localizarmos que o patriarcado é uma forma social pré-capitalista, o que significa que a modernidade não inventa a sociabilidade que hierarquiza os homens sobre as mulheres, alguns homens

1 Outra discussão fundamental é o papel do racismo na estruturação da sociabilidade capitalista.

2 Pesquisa aprovada pelo sistema de ética CEP/CONEP: pareceres nº 4.274.502 e 4.597.186. Consulta disponível na página <http://aplicacao.saude.gov.br/plataforma/brasil>.

sobre outros e todos aqueles sobre elas. O que vemos é uma reconfiguração deste patriarcado que se infiltra na própria lógica da razão fundadora do capitalismo. Como esclarece Scholz (2018, p. 3), “la dominación [i.e. del patriarcado] se basa esencialmente en la interiorización de normas establecidas colectivamente” e movimentadas pelo princípio masculino.

Adorno e Horkheimer (2006), ao fazerem a acareação de Kant, Nietzsche e Sade no ensaio *Excursus II: Juliette ou esclarecimento e moral*, identificaram que o esclarecimento que funda a modernidade é baseado no processo de separação e domínio da natureza pela razão: a modernidade traz consigo o ódio ao gozo, ao papel da fraqueza humana no amor e carinho. Esse ódio é reconstruído no amor ao próximo, a quem, em sua fraqueza, justifica a dominação pela espada e pelo açoite: “A mulher excita a fúria selvagem do homem semiconvertido, obrigado a honrá-la, assim como o fraco em geral suscita a inimizade mortal do homem forte superficialmente civilizado e obrigado a poupá-lo” (Adorno & Horkheimer, 2006, p. 92).

Adorno avançou em suas interpretações para alcançar o não-identico, o sujeito real e irreconciliável dominado pela estrutura de poder-violência do Absoluto e pela lógica da identidade. Sua filosofia ainda se move dentro da esfera da circulação, onde o valor de troca toma status de “princípio nivelador” ou “mediador universal” (Adorno, 2009, pp. 153–154, 277), embora tenha se afastando do marxismo tradicional e reconhecendo que as formas sociais não se resumem, apenas às relações de classe (Scholz, 2007). O que Scholz revela, e aqui reside sua contribuição para a discussão do papel do patriarcado produtor de mercadorias, é que não há nada a ser resgatado que seja externo à produção do valor: o dissociado está dentro da lógica da produção do valor como sombra projetada (Scholz, 2018, p. 4).

A dissociação do valor “representa o reverso obscuro do próprio valor”, isto é, torna-se uma pré-condição para que o mundo da vida, o cientificamente inapreensível, o contingente seja desprezado e permaneça na obscuridade nos domínios de conotação masculina da ciência, da economia e da política na modernidade” (Scholz, 2012, s/p.). Sem a dissociação não há valorização do valor; portanto, o capital necessita da sexualização da diferença de gênero.

A lógica da dissociação, portanto, não está colocada fora da esfera do valor; nem mesmo se funde a ele: “pelo contrário, é, de certo modo, a sombra projetada pelo valor. Por um lado, é uma componente da socialização do valor, mas, por outro lado, também está fora dela. E é por isso que não pode ser subsumida no termo ‘trabalho’, como muitas feministas insistem” (Scholz, 1998). Se o trabalho abstrato está relacionado com a exploração do tempo socialmente útil na pro-

dução de mercadorias, as atividades ligadas ao feminino, como a reprodução da vida, são exatamente “perder tempo, ao invés de ganhar tempo como na esfera do trabalho abstrato realizado para o mercado” (Scholz, 2007, p. 169).

Há uma relação dialética entre valor e dissociação onde um não emerge do outro, mas sim de forma simultânea, diferente do que pensam algumas abordagens para as quais “a forma de reprodução está apenas subordinada à forma mercadoria” (Scholz, 2011, pp. 64–65). Na verdade, essa relação atua tanto no conceito conservador de binaridade homem-mulher, quanto no conceito pós-moderno de gênero e na dupla-socialização da mulher e do feminino, pois não há uma satisfação crítica no argumento do aumento do número de mulheres no mercado de trabalho, de homens como “donos-de-casa”, aumento de casamentos LGBTs etc. (Scholz, 1998), todas manifestações na esfera da circulação e consideradas por Kurz (1992 s/p.) como “formas de pseudo-emancipação de gênero”.³

A problemática da socialização pelo valor ganha espaço na reflexão da modernidade capitalista a partir do final do século XX, não porque antes não houvesse uma determinação da valorização pela binaridade sexual, mas por questões históricas ligadas à crise do capital. Se até então fazia sentido pensar na dialética de classes, com a agudização da crise do valor e do trabalho e a dinâmica do capitalismo de cassino, o patriarcado produtor de mercadorias ganha a atenção que deveria ter. A dinâmica do keynesianismo e da esquerda socialdemocrata, dentro da força conceitual do trabalho abstrato, ainda foram as últimas tentativas de resgate do capitalismo. A crise no final século XX identificou que esse valor sem sujeito estava em crise, o que significou a própria crise da masculinidade, “a agonia do universalismo androcêntrico da razão burguesa” (Kurz, 2009, p. 17) e o avanço selvagem sobre o feminino e os “outros Outros” (Scholz, 2009, 2018).

Essa crise da masculinidade é acompanhada pela tentativa de diluição das fronteiras entre os gêneros, como proposto pela teoria queer e outros movimentos dos estudos de gênero (Scholz, 2013).⁴

3 “Inclusive, quando o homem é quem realiza as tarefas domésticas (como dono-de-casa ou trabalhador doméstico) e a mulher ocupa espaços tradicionalmente masculinos, a dissociação-valor remanesce, pois não se trata de uma questão de sexo biológico. Não importa se a pessoa real, concreta, que está realizando o trabalho abstrato ou a atividade dissociada, é biologicamente/identitariamente homem ou mulher, pois se trata de uma questão de forma, de estrutura. O que importa é que a dissociação-valor é feminina e o valor é macho” (Leite, 2020, p. 282).

4 “If a stable notion of gender no longer proves to be the foundational premise of feminist politics, perhaps a new sort of feminist politics is now desirable to contest the very reifications of gender and identity, one that will take the variable construc-

Mas como aponta Leite (2020), diferentemente do ilusório apagamento de tais fronteiras, não se trata de saber, quem usará vestimentas, adereços, maquiagens etc. — incluímos aqui os comportamentos de homens efeminados ou mulheres masculinizadas e até mesmo transgêneros que ocupam espaços esportivos —, o ponto fundamental da luta contra os processos de opressão está em compreender como essa dissolução do gênero enquanto performance realiza o próprio processo de valorização que dissocia o feminino. “Scholz ainda vai dizer, então, que, se a desconstrução de Butler tiver êxito, não sobra nada, apenas capitalismo” (Leite, 2020, p. 405). Não é difícil compreender por que as questões de sexualidade também estão inseridas no universo da dissociação do valor.

O MOVIMENTO LGBT BRASILEIRO E SUA LUTA PELOS DIREITOS HUMANOS

Nossa pesquisa conseguiu avaliar as principais bandeiras do movimento LGBT brasileiro que não se diferenciam, na forma, de outras lutas ao redor do mundo. Quanto ao conteúdo, historicamente, pensamos numa sociedade altamente marcada pela não realização de direitos de cidadania para diversos grupos de minoria: ainda vemos um extermínio da juventude negra; as mulheres passam por processos de violência de gênero; a população LGBT é julgada desde a intimidade do espaço privado até a violência no espaço público etc. Não é à toa que os chamados novos movimentos sociais se organizam a partir dos anos 1960 em torno das pautas de materialização dos direitos humanos.⁵

No caso da comunidade LGBT, desde a luta contra a ditadura civil-militar há uma resistência contra a moralização da política de Es-

tion of identity as both a methodological and normative prerequisite, if not a political goal” (Butler, 1999, p. 9); “La diferencia sexual no es un hecho dado, no es una premisa, no es una base sobre la cual se pueda construir el feminismo; no es aquello con lo que ya nos hemos encontrado y que llegamos a conocer; más bien es la cuestión que provoca la investigación feminista, es algo que no puede ser del todo expuesto, que desestructura la gramática de la afirmación y que persiste, de forma más o menos permanente, como algo a lo que interrogar” (Butler, 2006, p. 253).

5 “Brazil had dozens of underground gay papers even earlier in the early 1960s. The rise of gay-lesbian movements was particularly rapid when it converged with broader resistance to dictatorships, as in Argentina in the wake of popular uprisings against the dictatorship in 1969 and 1971. In Brazil, a congress called in 1976 by the Union of Brazilian Homosexuals was banned by the dictatorship’s police. Only the rise of a strong popular movement against the dictatorship in the late 1970s, particularly the strike wave in 1978, made possible the spread of gay groups, the founding of a national gay newspaper, *Lampião de Esquina*, and in 1980 the first Brazilian Congress of Organized Homosexual Groups” (Drucker, 1996, p. 93).

tado (Quinalha, 2018). Com o processo de democratização, nos anos 1980, diversos grupos passam a se estabelecer formalmente como associações e passam a militar a partir de interesses específicos de grupos: o Grupo Gay da Bahia — GGB, Grupo Adé Dudu, Grupo de Ação Lésbica Feminista — GALF, Associação Nacional de Travestis e Transexuais — ANTRA e o Coletivo Bi-Sides são alguns exemplos dessa articulação de militância em busca de proteção que não é provida de forma completa pelo Estado, pelo menos a partir da agudização da crise da Terceira Revolução Industrial.

É significativo que os movimentos sociais de sexualidade passem a se organizar a partir de traços semelhantes, como a identidade cultural, a proteção de características estéticas que os definem, a construção de redes de apoio político e social e, mais recentemente, a presença no espaço político por meio de candidaturas com pautas voltadas para a comunidade LGBT (Gohn, 2009, 2015). Já na passagem para os anos 1980, há um processo de afastamento das discussões promovidas pelo marxismo operário, o ainda confiante na luta de classes e na ontologização do trabalho, levando a um posicionamento secundário de questões de gênero e raça: “O marxismo ficava estigmatizado como ‘caretice’ e difundia-se uma nova noção: não existiria a possibilidade de uma revolução ou transformação social, sem que ocorresse também uma revolução ou transformação individual” (MacRae, 2018, p. 95).⁶

As/os participantes da pesquisa na fase de entrevistas, militantes ou ativistas de grupos e coletivos com pautas voltadas para a orientação sexual e a identidade de gênero, deixam claro como essas marcas de participação na política pela conquista de direitos tem sido fundamental para o movimento. Usarei nomes fictícios para impedir a identificação.

Juracy atua na militância desde a adolescência, tendo passado por diversos grupos, todos voltados para a proteção da dignidade sexual e de gênero. Sua entrevista aconteceu à noite e, mesmo cansado das atividades como assessor parlamentar, fez questão de dispor de tempo para nossa conversa. Essa dedicação ficou clara, ainda, por ter se dedicado em preparar um fundo com a bandeira do grupo que organiza que possui as cores do movimento LGBT+. Com forte participação dentro de um partido político, o participante narrou suas experiências focando na importância de um governo inclinado para a construção de políticas públicas, mas mostrou muita preocupação

6 Comentários muito semelhantes são vistos na experiência do comunista Mario Mieli sobre a esquerda italiana dos anos 1970, chamada de “Santa Hetero Alianza” (Mieli, 1979, pp. 226-234).

com o “capitalismo absorveu muito a pauta, né? Então ele enxerga as LGBT como mercado a ser explorado, e aí tá tudo muito lindo, muito maravilhoso, né? Só que não”.

Embora haja uma dimensão construída pelo roteiro semiestruturado na entrevista com Juracy, muitos temas fluíram de forma espontânea. Esse crédito é inteiramente do participante. Ele expressou sua preocupação utilizando o termo *pinkwashing*. Esse termo utilizado por ele me forçou a pesquisas que tornaram ainda mais interessante para mim, mais do que sua tradução poderia me apresentar naquele momento. Um conceito que vai muito além da produção do marketing e que atravessa, sem volta, a própria teoria política e social para pensar as reações aos sujeitos LGBT no cenário brasileiro. O participante se apresentou como tendo uma “consciência de classe” e acredita que o movimento precisa retornar para esse conceito. De forma muito interessante, ao ser perguntado o que entende por direitos humanos, o participante vai além das questões legais, colocando foca na experiência concreta de construção de dignidade para sujeitos reais.

O segundo participante, Carlos, também atuou por muitos anos dentro de um partido político, inclusive chegando a cargos comissionados voltados para a pauta LGBT na Administração Pública. Destaco que sua dedicação de participar da entrevista visivelmente cansado, após um longo dia de trabalho e dores devido a condições de saúde me motivaram muito a entender o que está envolvido em ser um militante e o que motiva a defender as mudanças sociais. Quando mais jovem, Carlos foi despertado para o ativismo (ele prefere se chamar de ativista a militante) diante da necessidade de colocar a defesa da sexualidade no espaço de trabalho, um local da área de metalurgia altamente masculinizado. Destaco que sua experiência é atravessada pela questão racial. Carlos coloca com muita importância o espaço da educação como projeção de uma mudança geracional para a população LGBT: “eu sempre encontrei a prática da educação como uma forma de tentar mudar a realidade”. Ao mesmo tempo que percebe a importância da política, ou da intenção de partidos para a construção dos direitos humanos, Carlos também sofreu muito com processos de personalização da pauta dentro da política, o que o afasta com o tempo desse lugar. Quando perguntado o que entende por direitos humanos, ele diz: “eu acho que os direitos humanos em resumo são isso: respeitar o direito à vida pelo que ele é, o respeito mútuo, né?”.

Ana é a terceira participante que nos auxilia a entender a juventude que se reconhece como LGBT em espaços do interior do país e que se articula por meio da Internet, primeiro no seu reconhecimento e encontro com sua própria sexualidade, depois como militante. Uma questão muito importante para história de Ana é a dificuldade que

uma pessoa LGBT enfrenta para se organizar em locais mais distantes de metrópoles, principalmente quando se trata de experiências que questionam a monodissidência, termo utilizado pela participante para descrever realidades sexuais que fogem da visão única homo e heterossexual, como é o caso da bissexualidade e da pansexualidade. Sua vida é marcada por preconceitos e discriminações dentro do próprio movimento LGBT que, conforme narra, não consegue se desvencilhar de amarras ligadas à própria ideia do gênero para o direcionamento único do desejo. Chama essa situação de “luta dolorosa”.

Diante da pandemia da COVID-19, quando as relações sociais se aproximaram a partir de uma virtualização das interações, Ana percebe que um grande desafio precisa ser enfrentado: “minha principal preocupação com relação à sua pergunta sobre a conversa [do movimento social] com a sociedade é quando o presencial voltar. Eu tenho medo de que as pessoas que moram longe... sejam de certa forma excluídas... Então eu tenho esse medo futuro de, talvez, voltar a ser o que era antes, ser só ali em São Paulo e região e as outras regiões não sejam contempladas”. Isso mostra um grande desafio que os movimentos sociais têm passado no seu processo de articulação, isto é, superar os problemas de localização espacial das lutas e união de forças para fora dos espaços tidos como eixos geográficos privilegiados, o que no Brasil se concentra nas regiões sul e sudeste, muito embora muitos coletivos vivam e criem experiências em regiões como nordeste e norte. Também perguntada sobre o que entende por direitos humanos, foca nas ações que permitam que “a sociedade e o indivíduo possa viver com pelo menos o mínimo de condições para poder viver”.

Isso vai ao encontro da percepção da Advocacy e da defesa de direitos promovidas pelos movimentos sociais nestes mais de 40 anos de organização do movimento LGBT+ e, mais recentemente, na atuação direta nos tribunais brasileiros, em especial no STF.

No ano de 2011, foram julgados dois precedentes importantes para esses grupos: a Ação Direita de Inconstitucionalidade — ADI nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental — ADPF nº 132 que determinaram a interpretação do conceito de família, orientação sexual e identidade de gênero de acordo com a Constituição Federal de 1988, livre de quaisquer tipos de preconceitos. De lá para cá, em dez anos, diversos temas passaram pelo Poder Judiciário: casamento e união estável homoafetiva, pensão por morte, uso de banheiro por pessoas transgênero, adoção por casais de mesmo sexo, proibição de termos vexatórios contra a dignidade sexual na legislação, mudança de nome e gênero nos documentos oficiais independentemente de cirurgia de redesignação de gênero, criminalização da homotransfobia, proibição da censura de livros e outras publicações,

políticas públicas de valorização da família, licença maternidade para a mãe lésbica não-gestante, proteção da educação contra as cruzadas anti-gênero, doação de sangue por homens que se relacionam com homens e o encarceramento segundo a identidade de gênero autodeclarada. Em todos esses temas, os grupos e coletivos políticos estiveram presentes como partes nas ações judiciais ou como *amicus curiae*, isto é, como assistentes na causa judicial.⁷

Percebe-se que os/as militantes e ativistas conseguem diferenciar claramente o papel que as lutas têm na construção da ideia de direitos humanos. Embora como coletivos e grupos possam se focar na luta por direitos no Poder Judiciário, os conflitos sociopolíticos diários constroem uma visão crítica nesses indivíduos que estão próximos dos processos violadores das condições reais de sobrevivência.

O QUE CONCLUIR DA LUTA PELOS DIREITOS HUMANOS NA SEXUALIZAÇÃO DA DIFERENÇA DE GÊNERO?

Como vimos, os movimentos de sexualidade brasileiros centraram sua atenção na construção de um longo caminho em busca dos direitos de cidadania, conforme foram construídos pelo histórico da modernidade, incluindo os direitos civis, políticos e sociais. Portanto, estão dentro da lógica da razão esclarecida que configura a abstração do particular para a criação de um absoluto centralizado na ideia de sujeito de direito, partindo da ideia de identidade e “as formas sociais da relação fetichista de cisão de valores que se tornaram independentes são, para dizer o mínimo, desvalorizadas” (Scholz, 2011, p. 203, tradução livre).

A problemática que surge neste ponto é a forma com que o patriarcado produtor de mercadorias cria um sujeito agênero para hierarquizar os indivíduos, independentemente de seu interesse consciente. Uma ideia de sujeito abstrato que apaga as diferenciações que pratica na porta dos fundos. Trata-se de uma lógica que além de econômica, jurídica e sociopolítica é baseada numa teoria do conhecimento e da sociedade.

Essa contradição aparece dentro do histórico do movimento LGBT que, de início, tomava como ponto de partida o padrão homem-gay, embora tenha mudado aos poucos com o passar dos anos. Ainda assim, há uma distinção provocada pelos padrões patriarcais

7 Alguns desses grupos e coletivos são: Grupo Gay da Bahia — GGB; Centro de Luta Pela Livre Orientação Sexual — CELLOS; Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais — ASSTRAV; Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais — ABGLT; Associação Nacional de Travestis e Transexuais — ANTRA; e ANAJUDH-LGBTI — Associação Nacional de Juristas pelos Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Transgêneros e Intersexuais.

que nos coloca em alerta para a violação de grupos específicos que são hierarquizados pela sociedade e pela própria comunidade: homens afeminados; mulheres lésbicas no geral, e em especial as masculinizadas; bissexuais que são encaradas e encarados como vivendo em um espectro de “indecisão” quanto a sua sexualidade, sempre se esperando que essa “fase” não comprometa a tão esperada procriação e formação da família nuclear burguesa; a população transgênero, que sofre diversas dificuldades para impor sua dignidade como indivíduos e indivíduos sem patologias etc.

O patriarcado força que a sexualização do valor seja configurada dentro do espectro da dissociação: o masculino é o esperado de homens, seja no comportamento social, seja no sexual, com direcionamento para o processo de valorização do valor; das mulheres se espera um papel social de afeto e atenção, seja como mães, seja como trabalhadoras dedicadas ao carinho (professoras, enfermeiras, cuidadoras, profissionais do sexo etc.); de bissexuais se espera que caiam em si e assumam o papel designado de homem-pai ou mulher-mãe; as travestis e transexuais são forçosamente direcionadas a um campo de anormalidade biopsicológica e, quando aceitas, localizadas em espaços de prostituição ou cuidados com a beleza. Obviamente há conquististas, mas elas demonstram que as “identidades flexíveis-compulsivas, as quais, mantendo a hierarquização de gênero, se apresentam de maneira diferente para homens e mulheres” (Scholz, 1998, s/p.), pois também há na comunidade a produção de exclusões que impossibilitam para superar a “dualidade de gênero” (Scholz, 2011, p. 202, tradução livre).

Ainda que as conquistas dos movimentos sociais sejam toleradas em seu sentido mais pobre de “suportar”, o *backlash* de movimentos religiosos neopentecostais força uma violência institucional para a retirada de tais direitos, especialmente durante a crise do capital. Esse movimento de reação, ou verdadeiras “cruzadas anti-gênero”, é observado em todo mundo, em especial a partir de 2012, e ganha um campo profícuo na crise do capital.

Essa crise, que não é apenas econômica, senão política, social, uma crise total da sociabilidade capitalista, envolve a impossibilidade de uma consciência da classe trabalhadora: primeiro, porque não há uma articulação clara que identifique uma coesão entre as demandas de classe; segundo, porque a crise do valor representa, também, uma crise do trabalho abstrato. A precarização das forças produtivas pós-1973 mergulhou o mundo em uma massificação do desemprego e da pobreza. Pessoas morrem de fome em todo o mundo, de Nova Iorque a São Paulo. A perversidade neoliberal tem envolvido a generalização

de uma mão invisível que encobre pobreza como moeda de troca para o progresso.

O Estado de Bem-Estar e o Estado Desenvolvimentista entram em crise, não por uma triste coincidência: trata-se da lógica da dissociação do valor. As políticas de cuidado, seguridade social, proteção das relações de trabalho, saúde e educação, todas elas dissociadas no campo do afeto e cuidado (ou seja, a natureza, o feminino), então são as primeiras a sofrer a restrição orçamentária dos Estados nacionais, enquanto o pagamento das dívidas públicas, o livre mercado e a financeirização para a autovalorização do valor (ou seja, a razão esclarecida, o masculino) são priorizados (Kurz, 2009; Scholz, 2011).

Se o desemprego em massa é genérico no sentido de retirar do mundo do trabalho abstrato homens, mulheres e transgêneros, o que sobra no espaço privado é a hierarquização do patriarcado: feminicídio, homotransfobia, estupro corretivo de lésbica, espancamento e desrespeito da travestis e transexuais etc. Isso não significa que a esfera privada seja o *locus* privilegiado da dominação patriarcal, pois “la división también continúa en las esferas públicas” (Scholz, 2011, p. 22, tradução livre). A crise econômica também é política e social nesse sentido: há uma hierarquização da violência e do desrespeito aos direitos humanos, por mais que a mobilização cresça. A atuação dos movimentos sociais em torno da pauta dos direitos humanos, muitas vezes, tende a esquecer o processo de solvência do “homem” que está por trás da abstração do conceito de ser humano: “a promessa dos direitos humanos é desde sempre uma ameaça: se não podem ser preenchidas as condições tácitas que definem na modernidade ‘o ser humano’, então deve faltar o reconhecimento” (Kurz, 2003, s/p).

Como propôs Pachukanis (2017) a partir de Marx, a distinção do conteúdo construído pelo direito em nada modifica o fato que a forma jurídica é essencialmente capitalista. O alvo da subjetividade jurídica é o cidadão masculino solvente; fora disso, só há mesmo uma vastidão de violências dentro do capitalismo (Kurz, 2003). Isso, obviamente, não nos retira a responsabilidade de reconhecer nosso papel consciente na construção de formas de resistência ao patriarcado produtor de mercadorias, mas precisamos ter em mente que ele não é inocente e vive à espreita. O importante é construir meios de superação da lógica da valorização na prática e na crítica, não apenas “defender as vítimas exclusivamente em nome do princípio que as tornou vítimas” (Kurz, 2002, s/p.), prática ainda muito comum na defesa dos direitos humanos.

Portanto, precisamos pensar o processo de mobilização como membros dos movimentos sociais de sexualidade para o reconhecimento de que a lógica perversa do capital necessita do tensionamento

da crise da valorização, não a entrada massiva de mais e mais indivíduos e indivíduos na luta pelo salvamento do capitalismo. Muitas e muitos já o fazem como pessoas que sabem os problemas provocados pelo processo de cisão do valor pelo patriarcado produtor de mercadorias. Com esse caminhamos e seguimos por uma transformação social efetiva!

BIBLIOGRAFIA

- Adorno, Theodor Wiesengrund (2005). *Dialéctica negativa. La jerga de la autenticidad. Vol. 6* (Alfredo Brotons Muñoz, trad.). Madrid: Ediciones Akal.
- Adorno, Theodor Wisengrund y Horkheimer, Max (1998). *Dialéctica de la Ilustración* (3ª ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- Butler, Judith (1999). *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity* (2ª ed.). Londres: Routledge.
- Butler, Judith (2006). *Deshacer el género* (P. Soley-Beltran, trad.). Barcelona: Cultura Libre.
- Drucker, Peter (1996). "In the Tropics There Is No Sin": Sexuality and Gay-Lesbian Movements in the Third World. *New Left Review*, 218, 75-100.
- Gohn, Maria da Glória (2009). Social Movements in Brazil: Characteristics and Research. Em: Farro, Antimo L. y Lustiger-Thaler, Henri (Eds.), *The ISA handbook in contemporary sociology: Conflict, competition, cooperation* (pp. 336–350). Nueva York: SAGE.
- Gohn, Maria da Glória (2015). Brazilian Social Movements in the Last Decade. Em: Almeida, Paul y Cordero Ulate, Allen (Eds.), *Handbook of Social Movements across Latin America* (pp. 361–372). Berlín: Springer. <https://doi.org/10.1007/978-94-017-9912-6>
- Kurz, Robert (1992). Fetichismo sexual: notas sobre a lógica da feminilidade e masculinidade. *Krisis*, 12. <http://www.obeco-online.org/rkurz445.htm>
- Kurz, Robert (2002, 8 de noviembre). A economia política dos direitos humanos. *Neues Deutschland (O Beco)*. <http://www.obeco-online.org/rkurz110.htm>
- Kurz, Robert (2003, 16 de marzo). Paradoxos dos direitos humanos. *Folha de São Paulo: Mais!* <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1603200308.htm>
- Kurz, Robert (2009). O livro negro do capitalismo: um canto de despedida da economia de mercado (B. Antunes y A. V. Gomez, trads.; 2ª ed.). Frankfurt: Eichborn Verlag. http://www.obeco-online.org/o_livro_negro_do_capitalismo_robert_kurz.pdf

- Leite, Taylisi de Souza Corrêa (2020). *Crítica ao feminismo liberal: valor-clivagem e marxismo feminista*. São Paulo: Contracorrente.
- MacRae, Edward (2018). *A construção da igualdade — política e identidade homossexual no Brasil da “abertura”*. Bahia: EDUFBA.
- Mieli, Mario (1979). *Elementos de crítica homossexual*. Barcelona: Anagrama.
- Pachukanis, Evguéne (2017). *Teoria Geral do Direito e Marxismo* (Paula V. de Almeida, trad.). São Paulo: Boitempo.
- Pereira, Luiz Ismael (2020). Patriarcado e ética do cuidado nas relações capitalistas. Em: Rajland, Beatriz; Machado Fagundes, Lucas; Burgos Matamoros, Mylai y Rivera Lugo, Carlos (Eds.), *Crítica jurídica y política en Nuestra América: Forma-valor, patriarcado y dominación capitalista* (pp. 25–32). Buenos Aires: CLACSO. <https://www.clacso.org/boletin-4-critica-juridica-y-politica-en-nuestra-america/>
- Pereira, Luiz Ismael; Andrade, Gabriel Pereira Penna y Vanderlei, Anne Caroline Fagundes (2020). Direitos humanos e conservadorismo: o caso da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados em 2013. *Interfaces Científicas — Direito*, 8(2), 350-364. <https://doi.org/10.17564/2316-381X.2020v8n2p350-364>
- Quinalha, Renan (2018). Uma ditadura hetero-militar: notas sobre a política sexual do regime autoritário brasileiro. Em: Green, J. N.; Quinalha, R.; Caetano, M. y Fernandes, M. (Eds.), *História do movimento LGBT no Brasil* (pp. 15-38). São Paulo: Alameda.
- Scholz, Roswitha (1998). O asselvajamento do patriarcado na pós-modernidade. *Krisis*, 21/22. http://www.obeco-online.org/roswitha_scholz38.htm
- Scholz, Roswitha (2007). A teoria da dissociação sexual e a teoria crítica de Adorno. En: *Um crítico na periferia do capitalismo: reflexões sobre a obra de Roberto Schwarcz* (pp. 168-180). Rio de Janeiro: Companhia das Letras.
- Scholz, Roswitha (2009). Forma social e totalidade concreta: na urgência de um realismo dialéctico hoje. *EXIT! (O beco)*, 6. http://www.obeco-online.org/roswitha_scholz12.htm
- Scholz, Roswitha (2011). *Das Geschlecht des Kapitalismus: feministische Theorien und die postmoderne Metamorphose des Patriarchats* (2ª ed.). Unkel am Rhein: Horlemann Verlag.

- Scholz, Roswitha (2012). A importância de Adorno para o feminismo hoje: retrospectiva e perspectiva de uma recepção contraditória. *EXIT! (O beco)*, 10. http://www.obeco-online.org/roswitha_scholz20.htm
- Scholz, Roswitha (2013). El patriarcado productor de mercancías. Tesis sobre capitalismo y relaciones de género. *Constelaciones: Revista de Teoría Crítica*, 5, 44–60. <http://constelaciones-rtc.net/article/view/815>
- Scholz, Roswitha (2018). El valor es el hombre. Tesis sobre socialización del valor y relación de género. *Sociología Histórica*, 9(866–905). <https://revistas.um.es/sh/article/view/391051>

SOBRE LOS AUTORES Y AUTORAS

ANTONIO CARLOS WOLKMER

Investigador y Profesor de cursos de Posgrado en Derecho (Máster y Doctorado) en UNILASALLE-RS y UNESC-SC (Derechos Humanos y Sociedad), Profesor Emérito y Titular de la Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil. Investigador CNPq — Nivel 1-A y consultor ad hoc en CAPES. Miembro del grupo de trabajo CLACSO “Crítica jurídica y conflictos sociopolíticos”. Miembro de la Asociación Argentina de Sociología Jurídica y Miembro de la Asociación Internacional de Ciencias Políticas (IPSA, del Comité de Investigación en Sociología del Derecho (RCSL), también del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (Lima, Perú).

ALEJANDRO ROSILLO MARTÍNEZ

Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

MANUEL E. GÁNDARA CARBALLIDO

Licenciado en Filosofía; Máster en Filosofía de la Praxis; Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo. Miembro del Instituto Joaquín Herrera Flores y de la Red de Apoyo por la Justicia y la Paz. Profesor Visitante en el Programa de Postgrado en Derecho de la Universidad

Federal de Rio de Janeiro; Profesor en el Programa Oficial de Máster en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo” de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España.

NAPOLEÓN ROSARIO CONDE GAXIOLA

Profesor en la Maestría en Administración e Innovación del Turismo, de la Escuela Superior de Turismo del Instituto Politécnico Nacional, en la Ciudad de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel II.

SEBASTIÁN ALEJANDRO GARCÍA CAICEDO

Abogado, Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia. Maestro en Derechos Humanos, Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

JAVIER GONZAGA VALENCIA HERNÁNDEZ

Abogado. Magister en Sociología. PhD. Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad. Profesor Asociado Universidad de Caldas. Director científico del programa de investigación de Colombia científica “Reconstrucción del tejido social en zonas de posconflicto en Colombia”, Investigador principal del Proyecto Modelo Ecosistémico de Mejoramiento Rural y Construcción de Paz: Instalación de Capacidades Locales. Manizales, Caldas, Colombia.

DIEGO LEÓN MORA CORRALES

Abogado. Joven investigador Minciencias, Colombia.

CLAUDIA A. MENDOZA ANTÚNEZ

Doctora en Derecho, Profesora definitiva por oposición de la Facultad de Derecho de la UNAM, Investigadora Nacional SNI/CONACYT, miembro del GT de CLACSO “Crítica Jurídica y Conflictos Sociopolíticos en América Latina.

ALINA HERRERA FUENTES

Licenciada en Derecho por la Universidad de la Habana. Militante feminista y antirracista. Colabora para distintas revistas y plataformas digitales, académicas y militantes especializadas en género. Maestrante en Género, Políticas y Sociedad en PRIGEPP, FLACSO Argentina. Integrante del Grupo de Trabajo CLACSO Crítica jurídica y conflictos sociopolíticos. Investigadora en Instituto Nacional de Formación Política Morena.

LUIZ ISMAEL PEREIRA

Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Administração na Universidade Federal de Viçosa (UFV, Brasil). Doutor em Direito Político y Económico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) atividades de pesquisa de pós-doutorado na Universidade Federal da Bahia (UFBA) e na Universidade do Estado de Bahia (UNEB). Membro do GT CLACSO (2019-2022) Crítica Jurídica y Conflictos Sociopolíticos e do Núcleo Interdisciplinar de Estudos de Gênero — NIEG/UFV.

COLECCIÓN GRUPOS DE TRABAJO

Los trabajos que aquí se han compilado representan esfuerzos reflexivos y críticos de pensadores(as) nuestroamericanos(as), investigadores(as), profesores(as) y a la vez militantes de los pensamientos jurídicos críticos plurales, donde se encuadra la crítica jurídica. Son contribuciones formativas, informativas y provocativas en las que se insta al debate, contribuyendo a la reflexión comprometida con la transformación política y jurídica en Nuestramérica.

De la Presentación .



CLACSO

Consejo Latinoamericano
de Ciencias Sociales
Conselho Latino-americano
de Ciências Sociais
