



Cita este libro:

Molina Hincapié, S. y Tarapués Sandino, D. F. (Coords). (2019). *Discusiones actuales sobre los derechos fundamentales en América Latina*. Cali, Colombia: Editorial Universidad Santiago de Cali; Editorial Diké. DOI: <https://doi.org/10.35985/9789585697201>

Palabras Clave / Keywords:

Derechos humanos, América Latina, derechos fundamentales, discusiones actuales.

Human rights, Latin America, fundamental rights, current discussions.

Contenido relacionado:

<https://investigaciones.usc.edu.co/>

DISCUSIONES ACTUALES SOBRE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA

AEQUITAS

*COLECCIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI*

I.S.B.N 978-958-56690-9-3

I.S.B.N Digital 978-958-56972-0-1

- © Sergio Martín Tapia Argüello
- © Carolina Romero Burbano
- © Rebeca Karina Aparicio Aldana
- © Jorge Armando Cruz Buitrago
- © Emilio José Idrobo Enríquez
- © Javier Bassi
- © Universidad Santiago de Cali 2019
editor@usc.edu.co
- © Librería Jurídica Diké S.A.S. 2019
www.libreriajuridicadike.com

Librería Jurídica Diké S.A.S.

Calle 35 No 66 A 44 Sector Unicentro - Tel.: (4) 351 6161 - Cel.: 318 291 2943
Edificio José Félix de Restrepo 1^{er} piso - Alpujarra
Carrera 52 # 42-73 - Teléfono: 262 61 08 - Cel.:301 242 7320
e-mail: dikealpujarra@gmail.com - dikesascomercial@gmail.com
Medellín - Colombia

Bogotá D.C. Librería

Calle 12 B No 6 - 21 oficina 401 4to piso Tel.: 286 0342
Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

San José de Costa Rica

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23
e-mail: jadguzman@yahoo.com
editorialdike@hotmail.com

Caracas-Venezuela

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19, Caracas 1010 /
info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 / 563-55-90/06-04
RIF: J-30797099-5

Panamá

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón, Ciudad
de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

Diseño y diagramación

Lucio F. Chunga Cheng
e-mail: cmya.disenoydiagramacion@gmail.com

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

AUTORES

SERGIO MARTÍN TAPIA ARGÜELLO JORGE ARMANDO CRUZ BUITRAGO
CAROLINA ROMERO BURBANO EMILIO JOSÉ IDROBO ENRÍQUEZ
REBECA KARINA APARICIO ALDANA JAVIER BASSI

COORDINADORES

SERGIO MOLINA HINCAPIÉ
DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

DISCUSIONES ACTUALES SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA

AEQUITAS

*COLECCIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI*



Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

Discusiones actuales sobre los derechos fundamentales en América Latina / autores, Sergio Martín Tapia Argüello ... [et al.]; coordinadores, Sergio Molina Hincapié, Diego Fernando Tarapué Sandino. -- Medellín : Librería Jurídica Dike ; Cali : Universidad Santiago de Cali, 2019.

218 p. – (Aequitas)

Incluye datos biográficos de los autores. -- Contiene referencias bibliográficas.

Aequitas. Colección de libros de la Facultad de Derecho

ISSN en línea 2744-8568

ISBN: 978-958-56690-9-3 ISBN (digital): 978-958-56972-0-1

1. Derechos humanos - América Latina I. Tapia Argüello, Sergio Martín II. Molina Hincapié, Sergio, coord. III. Tarapué Sandino, Diego Fernando, coord. IV. Serie

CDD: 323.098 ed. 23

CO-BoBN- a1037016

Librería Jurídica Díké S.A.S.

Eduardo Quiceno Álvarez
Presidente Honorario del Comité Editorial

Sebastián Quintero Ocampo
Director Editorial

COORDINADORES

SERGIO MOLINA HINCAPIÉ

Profesor del Departamento de Derecho Público de la Universidad Santiago de Cali. Magíster en Derecho por la Universidad Santiago de Cali. Licenciado en Filosofía por la Universidad del Valle. Abogado por la Universidad Santiago de Cali.

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali. Es Master of Laws (LL.M.) y Doctorando en Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) en el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional; Especialista en Derecho Penal y Abogado por la Universidad Santiago de Cali y Profesional en Estudios Políticos y Resolución de Conflictos por la Universidad del Valle. Calificado como Investigador Asociado por Colciencias.

AUTORES

SERGIO MARTÍN TAPIA ARGÜELLO

Licenciado en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Maestro en Sociología por el Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades Alfonso Vález Pliego y en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Candidato a magister en *Global Rule of Law and Constitutional Democracy* por la *Università degli Studi di Génova*. Candidato a Doctor en *Human Rights in Contemporary Society* por el *Centro de Estudos Sociais* de la *Universidade de Coimbra*. Actualmente, poseedor de la beca doctoral PD/BD/114073/2015 del Fondo Social Europeo a través del programa *Human Potential Operating* y la Fundación para la Ciencia y la Tecnología de Portugal.

CAROLINA ROMERO BURBANO

Abogada de la Universidad de San Buenaventura de Cali. Especialista en Derecho Administrativo y Comercial de la Universidad del Rosario de Bogotá. Especialista en Seguridad Social de la Universidad de San Buenaventura de Cali. Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá. Candidata a Doctora en de la Derecho Universidad de Santo Tomás Bogotá.

REBECA KARINA APARICIO ALDANA

Doctora (*cum laude*) en Derecho y Máster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España); Máster en Derecho, con mención en Derecho Constitucional, y Abogada por la Universidad de Piura (Perú); Licenciada en Derecho (Título homologado) Universidad de Alcalá (España). Profesora de Derecho Laboral Especial de la Universidad San Ignacio de Loyola.

JORGE ARMANDO CRUZ BUITRAGO

Abogado de la Universidad Santiago de Cali. Magíster en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid. Profesor del Departamento de Derecho público. Jefe del Área de Derecho Internacional Público, Universidad Santiago de Cali. Integrante del Grupo de Investigación GICPODERI y coordinador del semillero de investigación en Derecho Internacional Público, SIDIP. Fue Becario en varias oportunidades en el Instituto Internacional de Derechos Humanos, René Cassin (Francia), en los seminarios sobre: “La Interdicción Internacional de la Discriminación Racial (2010)”, “El curso de verano sobre los Derechos de los Refugiados (2012)” y el seminario anual sobre “Religión y el derecho internacional de los derechos humanos (2013)”. También fue becario en el Instituto Internacional de Derechos Humanos y de la Paz en Caen-Francia (2013). Contacto: jorge.cruz00@usc.edu.co

EMILIO JOSÉ IDROBO ENRÍQUEZ

Abogado de la Universidad Santiago de Cali, Magister en Derecho Público de la misma casa de estudios. Integrante del semillero de investigación en Derecho Internacional Público, SIDIP, adscrito al Grupo de Investigación GICPODERI. Contacto: sisifo8500@gmail.com; emilio.idrobo00@usc.edu.co

JAVIER BASSI

Profesor de la Universidad de Mendoza (Argentina). Psicólogo por la Universidad Nacional de San Luis (Argentina). Doctor en psicología social por la Universidad Autónoma de Barcelona. Correo electrónico: javier.e.bassi@gmail.com

**CUERPO DIRECTIVO DE LA
EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD
SANTIAGO DE CALI**

CARLOS ANDRÉS PÉREZ GALINDO
Rector

ROSA DEL PILAR COGUA ROMERO
Directora General de Investigaciones

DIEGO LEÓN GÓMEZ MARTÍNEZ
Decano Facultad de Derecho

EDWARD JAVIER ORDÓÑEZ
Editor en jefe

COMITÉ EDITORIAL

ROSA DEL PILAR COGUA ROMERO

MONICA CHÁVEZ VIVAS

EDWARD JAVIER ORDÓÑEZ

LUISA MARÍA NIETO RAMÍREZ

SERGIO MOLINA HINCAPIE

SAÚL RICK FERNÁNDEZ HURTADO

SERGIO ANTONIO MORA MORENO

FRANCISCO DAVID MOYA CHÁVES

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	17
<i>Sergio Molina Hincapié</i>	
<i>Diego Fernando Tarapués Sandino</i>	
LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA CRÍTICA JURÍDICA LATINOAMERICANA	21
<i>Sergio Martín Tapia Argüello</i>	
INTRODUCCIÓN	21
LA CRÍTICA JURÍDICA LATINOAMERICANA	23
LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CRÍTICA JURÍDICA	26
<i>El discurso escéptico sobre los derechos humanos</i>	26
<i>Los problemas de las perspectivas críticas para analizar a los derechos humanos</i>	29
EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS	32
<i>La dimensión filosófica de los derechos humanos</i>	35
<i>La dimensión política de los derechos humanos</i>	38
<i>La dimensión normativa de los derechos humanos</i>	42
CONCLUSIONES	44
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47
DERECHOS FUNDAMENTALES EN LATINOAMÉRICA. CAMBIO DE PARADIGMA EN LA CONCEPCIÓN DE SUJETO DE DERECHOS	57
<i>Carolina Romero Burbano</i>	
INTRODUCCIÓN	57

Discusiones actuales sobre los derechos fundamentales en América Latina

DOI: <https://doi.org/10.35985/9789585697201>

EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS	58
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LATINOAMÉRICA	59
CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	63
CRITERIOS PARA DETERMINAR UN DERECHO FUNDAMENTAL	64
LA REFORMULACIÓN DEL PARADIGMA DEL SUJETO.....	68
CONCLUSIONES	71
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73
DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES INESPECÍFICOS A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. ESPECIAL REFERENCIA AL USO DEL CORREO ELECTRÓNICO, A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA CASATORIA LABORAL PERUANA, DE 10 DE MARZO DE 2017	75
<i>Rebeca Karina Aparicio Aldana</i>	
INTRODUCCIÓN	75
DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y DERECHO A LA INTIMIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES	76
USO DEL ORDENADOR EN LA EMPRESA: UN DESARROLLO DOCTRINAL.....	79
ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES.....	85
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA CASATORIA LABORAL N° 14614 – 2016 – LIMA	95
<i>Resumen del pronunciamiento</i>	95
CRÍTICA A LA SENTENCIA.....	99
CONCLUSIONES	101
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	103
EXILIO Y RETORNO IMPOSIBLE EN EL CONO SUR LATINOAMERICANO	107
<i>Emilio José Idrobo Enríquez</i>	
<i>Jorge Armando Cruz Buitrago</i>	

INTRODUCCIÓN	107
HACIA UNA “LECTURA NO HIDRÁULICA” DE LA MIGRACIÓN Y SUS TIPOLOGÍAS.....	108
DICTADURAS MILITARES EN EL CONO SUR: CHILE (1973-1990), ARGENTINA (1976-1983) Y URUGUAY (1973-1985)	117
EMIGRACIÓN, INMIGRACIÓN Y RETORNO: LA TRAGEDIA DEL EXILIO EN TRES ACTOS.....	125
RETORNO IMPOSIBLE: LA CATEGORÍA IGNORADA EN LA TAXONOMÍA DEL RETORNO	130
CONCLUSIÓN	135
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	137
LA AMENAZA DEL ANTIRREPRESENTACIONISMO: EL DERECHO HA MUERTO, ¡VIVA EL DERECHO!	143
<i>Javier Bassi</i>	
INTRODUCCIÓN	143
UNA DENSA MADEJA DE CONCEPTOS	144
EL ANTIRREPRESENTACIONISMO EN FILOSOFÍA	151
ANTIRREPRESENTACIONISMO Y DERECHO	157
LA CAJA DE LOS TRUENOS	168
SÍ A TODO, NO A TODO	176
CHOQUE DE TRENES	188
<i>La construcción social del orden legal</i>	188
<i>Personas, sujetos, casos</i>	194
<i>La responsabilidad</i>	200
¿QUÉ FORMA HABRÍA DE TOMAR UN DERECHO ANTIRREPRESENTACIONISTA?.....	201
TRAZAS DE ANTIRREPRESENTACIONISMO (UNA ESPECIE DE CIERRE)	204
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	209

PRESENTACIÓN

Presentamos a la comunidad académica el libro: “Discusiones actuales sobre los derechos fundamentales en América Latina”, el cual hace parte de “Aequitas: Colección de la Facultad de Derecho” de la Universidad Santiago de Cali. Aequitas surgió inicialmente como revista científica que sirvió para socializar los trabajos de investigación adelantados por docentes y estudiantes de la Maestría en Derecho de la Universidad Santiago de Cali. En la fase actual de Aequitas retomada desde el año 2016, se ha apostado a la consolidación de una Colección de la Facultad de Derecho, donde la discusión académica se ha ampliado a docentes y egresados de los programas de pregrado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali. En este segundo libro se amplía la participación con autores provenientes de otros países que han sido docentes visitantes de nuestra Facultad.

En lo que respecta a la diversidad de temas, perspectivas y metodologías se puede decir que los temas tratados son de gran interés actual para el derecho y la política. En la presente publicación se abordan asuntos relacionados con los derechos humanos y fundamentales, desde una perspectiva amplia, como también delimitada a los derechos laborales y a las prerrogativas del patrono, asimismo se trata el tema de la migración y el antirrepresentacionismo. Todos los trabajos son abordados desde enfoques teóricos o perspectivas metodológicas poco frecuentes en el campo jurídico nacional, en ese sentido encontramos reflexiones jurídicas y sociojurídicas que van desde la crítica jurídica latinoamericana hasta el deconstruccionismo, pasando por el uso de la literatura con base en una perspectiva subjetivista y de un análisis político; por supuesto, sin descuidar la perspectiva normativista y jurisprudencial.

También vale resaltar que para garantizar la rigurosidad y calidad de los capítulos aquí agrupados, cada texto pasó por una evaluación adelantada por pares académicos anónimos. Todo lo anterior nos permite sostener que tanto la ampliación de interlocutores que se han venido uniendo a la discusión académica dada en el espacio propiciado por la presente Colección, como la actualidad teórica y metodológica de los textos, y los criterios de calidad académica seguidos, son bondades del presente libro.

Entrando de lleno al contenido de los textos y acorde con sus autores, en el primer capítulo, “Los derechos humanos en América Latina. Una aproximación desde la crítica jurídica latinoamericana”, Sergio Martín Tapia Argüello tiene como objetivo mostrar la manera en que los Derechos Humanos pueden ser y son efectivamente abordados desde la Crítica Jurídica Latinoamericana. Para ello, se desarrollará en un primer momento una breve explicación sobre la existencia y las características del pensamiento jurídico crítico. Con posterioridad, se realizará una aproximación a la visión escéptica de los derechos, para finalmente establecer una conceptualización crítica de los mismos.

En el segundo capítulo, “Derechos fundamentales en Latinoamérica. Cambio de paradigma en la concepción de sujeto de derechos”, Carolina Romero Burbano afirma que en la concepción actual del constitucionalismo latinoamericano, la revalorización de la categoría de sujeto de derechos como centro de clasificación dentro del ordenamiento jurídico, ha sido transformada. El concepto de sujeto como objeto exclusivo de la persona humana, propio de la tradición del liberalismo de occidente, que tiene sus orígenes en la antigüedad de la cultura griega y hoy, por cuenta del desarrollo otorgado a los derechos fundamentales, ha cambiado.

En el tercer capítulo, “Derechos fundamentales laborales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Especial referencia al uso del correo electrónico, a propósito de la Sentencia

Casatoria Laboral Peruana, de 10 de marzo de 2017”, Rebeca Karina Aparicio Aldana tiene como finalidad analizar el ámbito jurídicamente protegible del ejercicio del poder de control del empresario sobre el uso del correo electrónico de sus trabajadores, con el objeto de determinar cuándo dicho poder de control vulnera el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones de los trabajadores.

En el cuarto capítulo, “Exilio y retorno imposible en el cono sur latinoamericano”, Emilio José Idrobo Enríquez y Jorge Armando Cruz Buitrago analizan el fenómeno de la migración forzada, concretamente el exilio desde una perspectiva subjetivo existencial, enfocándose en el dolor, la nostalgia y el sufrimiento que arrastra consigo el migrante-exiliado, contrario a la lógica de análisis más frecuente sobre el fenómeno que se centra en un enfoque meramente objetivo. Para lograr dicho fin, los autores reflexionan en torno a algunas dictaduras militares acaecidas en el Cono Sur latinoamericano, en la década del setenta y que forzó al exilio a muchos escritores e intelectuales de esa franja del continente, develando sus reales motivaciones. Finalmente analizan las distintas categorías de la llamada *migración de retorno*, enfocándose en la categoría poco trabajada de “retorno imposible”, pero desde la literatura y el testimonio de escritores que sobrevivieron al exilio, pero no al desexilio.

En el quinto y último capítulo, “La amenaza del antirrepresentacionismo: el derecho ha muerto, ¡viva el derecho!”, Javier Bassi analiza la relación entre el Derecho (en tanto orden normativo y práctica) y el antirrepresentacionismo. A tal fin, presenta la posición antirrepresentacionista y su expresión académico-jurídica en la versión de los *Critical Legal Studies*. Posteriormente, comenta la virulenta reacción que tal posición ha generado por parte de académicos, académicas y practicantes del Derecho, y muestra algunos puntos de conflicto entre ambas esferas. Luego, formula algunas sugerencias acerca de qué forma debería tomar el Derecho si pretendiera ser fiel a los principios antirrepresentacionistas. Al final ar-

gumenta a favor de la idea en virtud de la cual el Derecho ha sido siempre más antirrepresentacionista de lo que parece y que, si no lo es, probablemente no lo será nunca.

Para finalizar queremos agradecer a todos los que han hecho posible la publicación de este segundo libro perteneciente a la colección “Aequitas”. En especial, queremos manifestar nuestro agradecimiento al Rector Carlos Andrés Pérez Galindo por el respaldo y liderazgo institucional que ha tenido durante su gestión y el apoyo incondicional a los procesos académicos e investigativos adelantados en la Facultad de Derecho. De igual modo a todos los miembros de la Facultad de Derecho: directivos, docentes, egresados, estudiantes y administrativos, que en su quehacer cotidiano en la Facultad contribuyen directa e indirectamente y de diversas maneras al propósito colectivo de sacar adelante productos académicos como el presente libro. Asimismo damos las gracias a los miembros de la Editorial USC por su valioso acompañamiento y por la calidad editorial de este libro. Por último, agradecemos especialmente a los autores por su compromiso con la investigación y por sus contribuciones académicas que aportan al enriquecimiento del debate y del análisis jurídico y sociojurídico de nuestra comunidad académica.

Sergio Molina Hincapié

Docente de la Facultad de Derecho

Diego Fernando Tarapués Sandino

Decano de la Facultad de Derecho
Santiago de Cali, Colombia, julio de 2018

LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA UNA APROXIMACIÓN DESDE LA CRÍTICA JURÍDICA LATINOAMERICANA

Sergio Martín Tapia Argüello

© <https://orcid.org/0000-0001-9456-0620>

INTRODUCCIÓN

La lucha en y a través de los derechos humanos ha sido vista, en términos generales, como algo benéfico por sí mismo (e.g. Ferrajoli, 1999, Alexy, 2007) incluso desde algunas posturas que se asumen como críticas (cf. Correas & Del Gesso, 2003). Este optimismo sobre las posibilidades transformativas de los derechos humanos resulta comprensible. Mientras los grandes referentes de emancipación social del siglo XX, como las ideas libertarias y comunistas comenzaron a perder su poder aglutinador en las luchas cotidianas de la gente común, los derechos humanos lograron articularse como una opción válida aún en el momento de transición que significó la caída del socialismo realmente existente (Santos, 2009, 509- 510).

En este sentido, es posible decir que vivimos un momento en que los derechos humanos se han convertido en un elemento central de la lucha política (Bobbio, 1991, 8-9) y en el que incluso, parece que toda pretensión social debe ser desarrollada en estos términos para ser considerada legítima (cf. Santos, 2014). Los derechos humanos se han articulado así, como una parte indisoluble de la mitología de la modernidad occidental a tal grado que su existencia se ha vuelto un elemento indispensable para cualquier sociedad contemporánea.

Desde algunas posturas, es posible considerar que existe una contradicción esencial entre los términos “modernidad” y “mitología” (Gadamer, 1997, 14). Contra ello, debemos recordar que:

“...(E)n la conciencia común el término <<moderno>> evoca un tiempo recorrido y dominado por el victorioso desmantelamiento de antiguas mitificaciones sedimentadas y arraigadas en las costumbres gracias a dos conquistas del progreso humano: la secularización y la consiguiente posesión de verdades científicas evidentes (...)

Sin embargo, (...) esta civilización, que tiene la cuidadosa pretensión de proponerse como desacralizadora y demoleadora de mitos, se muestra por el contrario como gran constructora de los mismos” (Grossi, 2003, 39)

Al presentarse como fines en sí mismos, los derechos humanos adquieren un carácter mítico que permiten ocultar tanto los elementos contradictorios como la naturaleza confrontacional de su existencia. Esto no debe causar sorpresa alguna, pues si algo ha caracterizado a nuestra época, es la búsqueda implacable de enmascarar y mistificar los conflictos, tanto pasados, como presentes y potenciales (Berman, 1998, 165). Al hacer esto, los derechos humanos no sólo se han instalado en lo que podría ser llamado la mitología jurídica de la modernidad (Fitzpatrick, 1998) sino que incluso, han servido como punto de referencia para la construcción de una forma particular de esta, que podría ser llamada, siguiendo la clásica denominación (Miaille, 1986) como la “forma jurídica neoliberal” (cf. Moyn, 2014, 147-148).

A pesar de ello, resulta claro que las promesas contenidas en los derechos no sólo no han sido satisfechas, sino que incluso dan la impresión de alejarse. A medida que ciertos discursos sobre los derechos han cobrado importancia y fortaleza institucional, la satisfacción de las pretensiones contenidas en ellos es cada vez más

complicada (Pieterse, 2007, 796-822). Aunque algunos elementos, como la desmovilización política (Celorio, 2015, 353- 361) o la judicialización de los derechos (Sánchez Rubio, 2010) han sido correctamente relacionados con esta tendencia, esta situación ha generado el surgimiento de una crítica negativa de los derechos tanto en la teoría como en la práctica política y legal (cf. Tapia Argüello, en prensa). En el presente trabajo se buscará mostrar una visión distinta, que escape tanto del apologismo de las visiones tradicionales, cómo de las críticas desarticuladoras que se realizan desde la crítica negativa, especialmente a través del escepticismo. Para ello el punto de partida consiste en una breve presentación de la Crítica Jurídica Latinoamericana, sus características para posteriormente mostrar la manera en que esta puede relacionarse con el estudio de los derechos humanos.

LA CRÍTICA JURÍDICA LATINOAMERICANA

Al hablar de la Crítica Jurídica, el primer paso es siempre indicar que no es posible hablar de la existencia de una forma homogénea, cerrada y acabada de pensamiento jurídico crítico, ni siquiera si lo delimitamos a una zona geográfica específica como lo es América Latina (cfr. Tapia Argüello, 2016).

Esto, que en algunas ocasiones (cf. Funakoshi, 2009, 231- 236) ha sido visto como una debilidad del pensamiento crítico, es, debemos recordarlo, una característica de toda aproximación teórica. Después de todo, más allá de ciertos postulados generales compartidos, aunque quizá interpretados de formas distintas (lo que sucede también en el pensamiento crítico), existen muchas aproximaciones diferentes sobre lo que la filosofía analítica, el positivismo jurídico o el iusnaturalismo son, sus características principales e incluso la manera en que estas se convierten en resultados tangibles al observar al fenómeno jurídico. A manera de ejemplo, uno que resulta además esclarecedor en muchos sentidos, podemos recordar la crítica

desarrollada por Alf Ross sobre el positivismo de Hans Kelsen (Ross, 2006 7- 29), a quien termina calificando como cuasi- positivista.

De esta forma, hablar de “la Crítica Jurídica” no es, realmente, mostrar de una vez y para siempre las características específicas que todo pensamiento que se asume como crítico debe tener, sino más bien referirse a interpretaciones particulares, ancladas en principios compartidos que han sido desarrollados de forma histórica para asumir una especificidad en nuestra región (cf. Wolkmer, 2003 para observar estos procesos).

La distinción entre teorías tradicionales y teorías críticas ha sido esquematizada de forma particularmente efectiva por la llamada “escuela de Frankfurt”. De acuerdo a sus planteamientos, la diferencia sustancial entre unas y otras consiste en el papel que ambas asumen a los postulados iniciales del estudio teórico (Horkheimer, 2008). Mientras las teorías tradicionales requieren, para existir, de una serie de presupuestos aceptados de forma dogmática y que se asumen, deben encontrarse fuera de las posibilidades analíticas de quien se acerca a un tema cualquiera para servir, a través de esto, como puntos mínimos de referencia (Nino, 1981, 21- 28), las aproximaciones críticas asumen, en términos sencillos, que no existen límites que puedan quedar fuera del escrutinio teórico (cf. Marx, 2008) y que por lo tanto, cada una de las categorías, presupuestos y elementos de análisis deben estar en constante escrutinio.

Como puede observarse, esta distinción establece de la misma forma un segundo nivel de divergencia. Debido a que la única manera de generar el espacio dogmático por ellas requerido, consiste en separar una parte de la realidad del flujo social del hacer, las teorías tradicionales parten de una separación tajante entre el “objeto” del estudio y el “sujeto” que analiza “la realidad”, que se vuelve un ente por sí mismo existente (Santos, 2003, 91- 93). Por su parte, al no tener la necesidad de llevar a cabo esta acción, la crítica puede observar que toda forma de “interpretación” es al mismo tiempo, un

proceso constitutivo de aquello que se estudia y que por lo tanto, al generar las condiciones de análisis de lo que supuestamente es un “objeto de estudio”, la teoría construye y va modificando las condiciones de existencia del mismo (Ruiz, 2001, 5). Para ello, la crítica asume que la existencia, comprendida esta como “lo que es” no limita la realidad del mundo, pues dentro de aquello que es observado por quien se encuentra frente a algo, estará siempre presente aquellas existencias *negadas* por lo que observamos (Adorno, 2008 es el mejor ejemplo de esta filosofía, que por lo mismo es llamada “negativa”).

Resultado de estas divergencias, el abordaje crítico problematiza algunas cuestiones que son asumidas como inmutables dentro de las teorías tradicionales. De esta forma, la división entre teoría y práctica, que se asume no sólo como necesaria, sino incluso como natural en la actividad humana (Kant, 2002), la rígida separación disciplinar como prerequisite para todo trabajo formalmente válido (cf. e.g. Kelsen, 2008 como el ejemplo más claro en el estudio del derecho) o la idea de la “objetividad” (Bourdieu et al., 2008) son temas constantemente cuestionados desde las perspectivas críticas. Como puede observarse por estas características, la elección de una aproximación crítica para el desarrollo de un estudio cualquiera sobre la realidad social es siempre una decisión política. Pero contrario a lo que las teorías tradicionales suelen asumir, lo es también la adopción de cualquier otra.

A través de estas cuestiones, es posible mostrar que tanto la supuesta debilidad teórica como la falta de congruencia interna que son constantemente achacadas a las posturas críticas, son más el reflejo de la naturalización de un cierto sentido común (Gramsci, 1971, 14) tradicionalista, que un elemento válido de exclusión en la discusión teórica. Contra una hegemonía profundamente enraizada en las teorías tradicionales para la configuración de la realidad jurídica en nuestros países, las teorías críticas buscan, de forma constante, la configuración de un nuevo sentido común (e.g. Santos,

2002) que supere no sólo los problemas epistémicos y metodológicos de la teoría tradicional, sino también los múltiples problemas éticos y políticos que se anclan tanto en sus presupuestos como en su práctica cotidiana.

En un momento y lugar concreto de la historia, el objetivo de la teoría crítica fue descrito como el esfuerzo intelectual dirigido a evitar que Auschwitz pudiera repetirse (Adorno, 2009). En nuestro contexto, esto no puede significar sino la búsqueda activa de detener la existencia cotidiana de nuestros propios infiernos compartidos. La región de América Latina, hermanada por una historia de lucha y resistencia, enfrenta aun ahora múltiples problemas. Un sistema económico global encaminado al fortalecimiento de relaciones coloniales, que lo mismo se manifiestan a través de un voraz capitalismo extractivista, que en la conformación de sociedades racistas y falsamente homogéneas encaminadas a la desaparición de “el otro” que no encuadra en los estándares de lo aceptado; un histórico y enraizado machismo, que significa no sólo problemas de desigualdad económica y social, sino un lento y doloroso exterminio de las mujeres por el simple hecho de serlo; el surgimiento de grupos delincuenciales con el poderío suficiente para resquebrajar, cuando no destruir por completo el orden institucional de nuestras naciones, son algunos de muchos ejemplos que podrían darse. Cada uno de los cuales, puede ser y ha sido efectivamente vinculado con la idea de los derechos humanos.

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CRÍTICA JURÍDICA

El discurso escéptico sobre los derechos humanos

Durante gran parte de su historia, el concepto “derechos humanos” ha sido convertido en una suerte de referente vacío (Laclau, 2008) que lo mismo es utilizado por quienes luchan en contra de procesos específicos de dominación, que por aquellos que preten-

den legitimarlos. Esto no se trata de algo exclusivo de nuestra área, como lo prueba que al invadir Egipto con la finalidad de abrir la parte africana del Mediterráneo al control francés y cerrar la ruta inglesa hacia India, Napoleón Bonaparte argumentó que la razón de la invasión era proteger los derechos de los habitantes de dicho país, que habían sido vulnerados por su gobierno (Douzinas, 2007).

El uso que se dio, sin embargo, por parte de los poderes fácticos y legales de nuestra región, sobrepasa esa forma de promesa ambivalente para colocarse simplemente en el cinismo absoluto. Un ejemplo clásico (pero no extraño), puede ser encontrado en la legitimación, por parte de Videla, de la desaparición y ejecución extrajudicial de ciudadanos argentinos disidentes, por una supuesta necesidad para proteger los derechos humanos (cf. Correas & Del Gesso, 2003). No se trata sólo de utilizar el discurso de los derechos para llevar a cabo acciones secundarias pero no necesariamente contrarias, como en el primer caso, sino algo mucho más perverso: la transformación radical de la idea para encuadrarla potencialmente, en cualquier cosa que el poder requiera.

Esta circunstancia puede ser una de las razones por las que el discurso escéptico sobre los derechos encuentra un terreno tan fértil en nuestra región. Localizado a lo largo de algunas de las aproximaciones teóricas más importantes sobre la modernidad (cf. e.g. Bentham, 1843, Burke, 1826 o Engels & Marx, 1971 para observar las posturas clásicas al respecto), el escepticismo sobre las posibilidades de existencia y efectividad de los derechos se manifiesta abiertamente entre ciudadanos y, lo que resulta incluso más preocupante, incluso entre las autoridades.

Es posible observar algunos datos al respecto. En el caso de México, el 22.8% de la población considera que los derechos son irrelevantes (De la Barreda Solórzano, 2015, 41), lo que se entiende si observamos que el 45% considera que los derechos no se respetan o se respetan poco en el país (Ibídem, 67), y que 60.5%

se siente poco o nada protegido de los abusos de las autoridades (Ibídem, 73). De la misma forma, existe de forma reiterada, la idea de que la función principal (si no única) de los derechos humanos y especialmente, de las instituciones encargadas de velar por ellos, es proteger a los delincuentes (Escalante Gonzalbo, 1997, 35), lo que puede explicar que el 58.9% de la gente en el país considere que los derechos humanos son un obstáculo para garantizar la seguridad pública (De la Barreda Solórzano, 2015, 129).

Si observar esto resulta ya por sí mismos preocupante, la utilización de estos argumentos por parte de quienes deberían ser los garantes institucionales de los derechos, hace visible la profundidad de este problema. En 2010, el subsecretario federal del trabajo, Álvaro Castro mencionó a los medios de comunicación que “el 99% de los emplazamientos a huelga” tenían como finalidad llevar a cabo extorsiones (Martínez & González, 2010). Seis años después, el ex Presidente Felipe Calderón Hinojosa mostraba, no por primera vez, su opinión sobre los derechos en una serie de tweets que serían posteriormente borrados de la red social. En ellos, establecía la existencia de una contradicción entre el respeto de los derechos y la búsqueda de “justicia” (establecida de forma abstracta), así como una oposición esencial entre el respeto a los derechos humanos de los presuntos responsables de un delito y de las víctimas (Redacción, 2016). La separación temporal no debe ser vista como resultado de una ausencia de ejemplos, sino como un intento de mostrar como a pesar de la transformación radical del sistema jurídico mexicano que significó la reforma en materia de derechos humanos de 2011, las opiniones por parte de las autoridades no se modificaron de manera sustancial.

Si las visiones apologistas (Correas, F., 2004, 14-20) de los derechos fracasan al ser contrastadas con la vida cotidiana de la gente, el escepticismo genera condiciones peligrosas, especialmente para aquellos que más requieren de la protección que puede obtenerse a través de los derechos. Después de todo, es fácil renunciar a la

idea de los derechos humanos y asumirlos no sólo como algo artificial e inútil, sino incluso dañino (cf. Kennedy, 2006, Zizeck, 2005) si cuentas con otros mecanismos sociales de protección (inclusive fácticos, como un adecuado capital simbólico) o te encuentras en situaciones de ventaja histórica en las relaciones de género, raza o clase a través de las cuales se articula el caso concreto en que la crítica se encuentra (Crenshaw, 2006).

Contrario a lo que podría parecer, ambas posturas se encuentran profundamente interconectadas. Por un lado, a través de la mutua retroalimentación; el fracaso de la apología genera las condiciones ideales de existencia de las posturas escépticas, al tiempo que el surgimiento del escepticismo crea así también importantes posibilidades (casuísticas generalmente) para ciertas formas de discursos apologéticos. Por otra parte y más allá de esta curiosa interacción, es necesario observar que ambas visiones se articulan a través de aproximaciones limitadas y esencialistas (aunque mutuamente opuesta) sobre los derechos, la manera en que estos se crean y el papel que tienen en las sociedades contemporáneas. Debido a ello, resulta necesaria otra visión sobre los derechos, una que vaya más allá del esencialismo mostrado por las visiones tradicionales y que permita, de esta manera, recuperar el potencial emancipador que se encuentra en ellos.

Los problemas de las perspectivas críticas para analizar a los derechos humanos

El primer problema para desarrollar una visión crítica sobre los derechos humanos, consiste en la oposición, aparente, que existe entre la idea de “concepto” y la articulación de un discurso crítico cualquiera. Como se ha desarrollado en el primer punto del presente trabajo, las distintas perspectivas críticas parten de un rechazo del dogmatismo como fundamento necesario del conocimiento posible. Si esta idea es efectivamente desarrollada, esto significa que la

construcción de cualquier tipo de concepto tiene que pasar por el reconocimiento del carácter mutable de lo conceptualizado y por lo tanto, la imposibilidad de hacer un concepto cerrado.

Para algunas teorías tradicionales (cf. Stučka, 1969, 34), el que la construcción de un concepto parta de estos presupuestos hace, necesariamente, que el resultado sea operacionalmente inútil y teóricamente irrelevante. Si las mutaciones de un fenómeno cualquiera son asumidas como el elemento central de su descripción teórica, se estaría dejando fuera la sustancia misma del concepto, aquello que al no variar nos permitiría identificar una sucesión entre esos diferentes momentos de “la realidad”.

Contrario a esta idea, resulta necesario observar que la señalización de una serie de características comunes en una serie de conceptualizaciones (para observar la diferencia entre estas dos ideas, cf. Dworkin, 1992) es siempre un ejercicio *ex post* y que la insistencia en generar un marco de significado teórico previo a los hechos, tiene más que ver con un intento de aumentar el poder performativo y con ello, la dimensión prescriptiva de los conceptos, que con una necesidad teórica (Kennedy, 1999, 373- 374).

Por ello, resulta necesario recordar que el primer elemento para la conformación de un concepto, es la observación de la sociedad en que este se desarrolla (Marx, 1982, 50- 59) y no la articulación de una idea que sirva como lecho de Procusto, a las posibilidades de existencia. De esta forma, la pretensión crítica de articular un concepto abierto no es, contrario a lo que en ocasiones se intenta indicar, una negación de la posibilidad de características compartidas, sino una pugna en contra del intento de imponer estas previamente a la existencia social concreta.

Un segundo problema con el que el pensamiento crítico suele encontrarse, consiste en las pretensiones, en muchas ocasiones establecidas como “formales” de desarrollar un análisis parcial y

sesgado de los fenómenos, basándose para ello en la existencia de “disciplinas” especializadas en cada una de las áreas del conocimiento.

Resulta claro que las distintas formas que asumen las relaciones sociales, son excesivamente complejas para ser desarrolladas de manera teórica en su totalidad, ya sea por un solo grupo, o con mucha más razón, por un individuo. Pero la construcción de un concepto en particular, así como el análisis teórico en general no están diseñados para articular una “segunda realidad” abstracta que contenga en si misma toda la información posible, presente, pasada o futura, de una supuesta “realidad concreta” como si se tratara de un mapa en el famoso cuento borgiano (Borges, 1974, 847). Debido a ello, la construcción de un concepto es siempre un proceso de selección particularizado, que pretende elegir aquellos elementos que se asume, son centrales para la comprensión de la relación social específica a conceptualizar.

El reconocimiento de la imposibilidad de un conocimiento total y omniabarcador no significa, necesariamente, la aceptación de una división disciplinar rígida y universalmente válida. Todo conocimiento es, en cada caso, un conocimiento parcial (Santos, 2003, 30); pero la creación de criterios pre-establecidos sobre las posibilidades de analizar un fenómeno cualquiera, no puede ser sino un intento artificial de simplificación, que tiene más de administrativo que de verdaderamente académico (cf. Popper, 2000, 5-6). Si bien la existencia de demarcaciones rígidas (e.g. Kelsen, 2008) puede, en algunos casos, ayudar a dar claridad a los análisis realizados, esto se logra sólo a través de una desconexión poco favorable cuando se habla de temas sociales (y todo tema de investigación es, debemos tenerlo presente, un tema social). Debido a ello, las perspectivas críticas suelen buscar escapar del reduccionismo unidisciplinar, que es, en muchas ocasiones, más un asunto de poder que de clarificación (cf. Foucault, 1996).

Posiblemente los derechos humanos puedan ser tomados como un ejemplo claro sobre este problema. Dentro del estudio jurídico, resulta común contemplarles como un fenómeno eminentemente normativo (Sánchez Rubio, 2010), llegando al extremo de considerar que fuera de la norma, estos no existen. Más aún, resulta interesante observar la reducción que se da, desde las teorías tradicionales, del fenómeno normativo, un fenómeno complejo, múltiple y en muchas ocasiones contradictorio, a la normatividad estatal (Grossi, 2003a). De esta forma, los derechos humanos quedan reducidos a una forma específica de existencia jurídica.

Esta forma de reduccionismo suele considerarse como una delimitación teórica, cuando en realidad tiene una funcionalidad política práctica: al establecer los límites de las pretensiones sociales al marco heterónomo del derecho estatal, se introducen en ellos tanto las formas jerarquizadas existentes en el mismo, como los límites transformativos que en él se establecen (cf. Bourdieu, 2000). De esta forma, las exigencias posibles se encuentran limitadas por un rígido marco institucional de transformación, que tiene además la característica de ser decidida e interpretada por una de las partes.

EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

Debido a estos problemas, el acercamiento que se desarrolla desde la Crítica Jurídica Latinoamericana busca romper tanto con la idea de que los derechos humanos son una categoría estática que sirve más de proceso taxonómico de identificación (lo que serviría en última instancia, para hacer una lista o catálogo de pretensiones legitimadas como “derechos” más que para analizar una realidad social compleja) o bien, una categoría legal, sociológica o política (y más importante aún, una categoría *exclusivamente* legal, sociológica o política).

El primer registro que se tiene del concepto, al menos en el sentido contemporáneo, puede encontrarse en el “*Tratado sobre la*

materia de los indios que se han hecho esclavos” escrito por Fray Bartolomé de las Casas y publicado en Sevilla, en 1552. En él, se hace referencia a la ilegitimidad de las instituciones que someten a los pueblos conquistados por los españoles a regímenes de esclavitud, ya sea de forma abierta o velada debido a la existencia de principios y reglas, entre los que se encontraban los derechos humanos:

*Lo sexto, se suponga que **según las reglas de los derechos humanos**, confirmados por la razón y la ley natural, y mucho más por la ley de la caridad cristiana, algunas veces se admite o hacen justamente algunas determinaciones y cosas, por ciertos respetos y razones que se ofrecen, las cuales si cesasen aquellas con justicia no podría tolerarse”* (De las Casas, 2013, 17).

El concepto surge, de esta forma, a través de una disputa sobre la posibilidad de existencia de límites externos al poder, más específicamente, a un poder particular sobre la vida de otros. Esta discusión, de largo cuño, había ya generado una figura específica, esa sí eminentemente jurídica que nosotros conocemos como “derecho subjetivo” (Villey, 1976, 149-190). A través de ella, la manera en que el derecho (en su sentido objetivo) se entendía a sí mismo se transformó radicalmente, cambiando a su vez la manera en que las resistencias de clases populares se articularon en los siglos posteriores (Tigar & Levi, 1986).

Debido a la presión del papado en contra de la orden Franciscana durante el siglo XIII, un monje llamado William of Ockham había hecho una distinción que ahora resulta esencial, pero que en su momento era una contradicción con la idea misma de “derecho”: la diferencia entre tener algo y *poseer el derecho* de exigir a terceros y a la autoridad algo sobre eso que se tiene. Cuando ambas ideas se conjuntan, pues el derecho subjetivo es, después de todo, la manera de exigencia que hace posible la existencia jurídica de los derechos humanos, surgen entonces los derechos fundamentales, una forma particular de derecho subjetivo que tiene en los derechos humanos, su sustento (cf. Ferrajoli, 1997).

El hecho de que los derechos, ya sean estos humanos, fundamentales o especialmente, subjetivos sean figuras históricas, es decir, que haya existido un largo periodo de tiempo en que su sola mención era algo totalmente inverosímil y que las instituciones que de ellas se desprendan resulten incomprensibles fuera de ciertos parámetros culturales, genera no pocos problemas para quienes asumen una visión universalista, abstracta y eterna de nuestras propias instituciones.

Resulta claro que no existe un solo momento en la historia del ser humano, que carezca de una serie de regulaciones, más o menos socialmente aceptadas, sobre la conducta (Tamayo, 2011, 5); después de todo, la existencia de dichas reglas hacen la diferencia entre un conjunto de personas y una comunidad; pero también que al llamar derecho a esas formas particulares y culturalmente alejadas de lo que resulta nuestro, lo único que hacemos es una suerte de analogía funcional (Schiavone, 2009, 15), una metáfora que sirve para comprender cosas que de otra manera resultarían quizá demasiado extrañas para ser comprendidas. Desde algunas visiones tradicionales, esto se ha intentado mostrar como una suerte de prueba sobre la eternidad del derecho, haciendo, es claro, olvido de la analogía para indicar la eternidad de las características particulares del sistema normativo moderno occidental; es el surgimiento del mito jurídico por excelencia (Berumen, 2014).

No cabe duda de que el uso del término “derechos humanos” se vio, de esta manera, fuertemente influenciado por el concepto derecho subjetivo. De la misma forma, resulta claro que el “derecho” al que hace referencia Ockham es un derecho que nosotros podríamos llamar jurídico, es decir, un tipo de derecho que existe dentro del “Derecho”. Si la distinción entre la dimensión subjetiva y objetiva del término que se establece a través del uso de mayúsculas a partir de esto tiene una intención de simplificación lingüística, o, como la Crítica Jurídica (Correas, 2008) asume, es el reflejo material de una forma de fetichización del estado (“Estado”) y sus nor-

mas (Derecho), es una cuestión que puede ser dejado un momento de lado, tan sólo para observar que el reduccionismo jurdicista de los derechos, que tiene una fuerte raíz en nuestras sociedades, se nutre principalmente de esta relación, reflejada incluso a un nivel lingüístico (cf. Nino, 2007, 113- 117).

Contrario a esta idea, la Crítica Jurídica Latinoamericana busca una interpretación amplia de los derechos humanos, que no coloque el acento de forma exclusiva a una sola de sus dimensiones, a pesar de la importancia que estas puedan tener. No se trata de algo que resulte ajeno a otras formas de aproximarse al estudio de los derechos, pues en realidad, una de las estrategias para presentarles como referentes vacíos, consiste en intentar una comparación entre dimensiones para mostrar una suerte de diversidad conceptual, cuando no abierta contradicción. Para evitar esto, el abordaje de los derechos se presentará desde una dimensión *filosófica*, una dimensión *política* y una dimensión *normativa* (cf. Apreza Salgado et al., en prensa).

La dimensión filosófica de los derechos humanos

El análisis de los derechos tiene en cada una de las ocasiones en las que se realiza, una dimensión que es posible llamar filosófica. A través de ella se pretende encontrar las características que dan sustento a la existencia misma de su práctica, así como los presupuestos que permiten conceptualizar de manera global, las características teóricas de los mismos. En este sentido, resulta común encontrar la idea de que los derechos son un *discurso* (cf. e.g. Correas, 2006, 169) particular, desarrollado, como todo discurso, bajo un lenguaje específico. En la mayoría de las ocasiones, esto no significa que se limite la existencia de los derechos al universo de lo lingüístico, sino que se hace referencia a que se trata de una práctica social concreta (Foucault, 2002) que se articula a través de un lenguaje definido. Las características de ese lenguaje, así como los límites de su actua-

ción particular, se debaten constantemente, generando así múltiples interpretaciones de lo que los derechos son y basándose en ello, que pretensiones entender como tales (cf. e.g. Dworkin 2009).

En la mayoría de las formas reduccionistas de los derechos, la dimensión filosófica se encuentra comúnmente invisibilizada, ya sea a través de una pretensión intuitivista o bien, por medio de una separación entre aquello que se asume, es una cuestión “teórica” o “abstracta” y la “realidad” vivida en la práctica (cf. Kahn, 2001, 9-16). En ambos casos, no hacer referencia a ella es una manera de evitar la discusión sobre los presupuestos ontológicos que hacen posible la existencia de lo que se asume, es algo que no necesita tener (o explicar/discutir) tales presupuestos (cf. Adorno, 2008a, 113-114). A pesar de ello, existen algunas formas reduccionistas que presentan una dimensión filosófica sólida, como puede observarse en el reduccionismo legalista, mismo que asume que el único lenguaje a través del cual se puede presentar la idea de los derechos, es a través del lenguaje legal (cf. e.g. Tamayo 2011), lo que vuelve entonces a los derechos una parte del discurso jurídico (Wroblensky, 1990).

Como es posible observar, una visión amplia de los derechos necesita que éstos puedan expresarse a través de distintos lenguajes; incluso, la existencia de diferentes discursos con la condición de que no sean mutuamente ininteligibles. La única manera de lograr esto, es abandonar la idea de que los derechos son discursos por sí mismos, para asumir que se tratan de una *gramática de la dignidad* específica (Santos, 2014a, 23- 27), misma que genera las reglas para la conformación de distintos discursos que pueden, cada uno de ellos, expresarse a través de diferentes lenguajes.

A través de este concepto, que puede servirnos para ampliar la conceptualización de los derechos en cuanto discurso, se hace referencia a la manera en que una sociedad determinada articula los mínimos vitales que hacen posible una existencia digna. Lo que se

entiende bajo cada uno de estos conceptos, es generado a través de la misma lógica de esta gramática a través de la aceptación social de principios compartidos; esto significa que en sociedades distintas, las prácticas concretas de materialización de estos principios pueden ser diferentes (cf. Tapia Argüello, 2015).

Los derechos humanos son, en ese sentido, una de las gramáticas particulares de las sociedades occidentales contemporáneas; como se ha visto ya, es posible incluso decir que se trata de la gramática hegemónica (cf. Bloch, 2011). Pero eso no significa que sea la única existente en el mundo de la actualidad; en cierto sentido, las gramáticas generadas a partir de los principios contenidos en el *Sumak Kawsay* o buen vivir de los pueblos andinos (Santos, 2010) o las ideas de la *umma* en el islam o el *dharma* en el hinduismo (Santos, 2009) pueden ser consideradas igualmente como tales.

En este sentido, algunas de las características más importantes de esta gramática, misma que nos permite diferenciarla de otras, son una fuerte tendencia al individualismo como forma de comprensión de la existencia subjetiva de los miembros de una comunidad política determinada. Contrario a lo que el sentido común suele decirnos al respecto, la existencia de una postura filosófica que asume la pre-existencia de los miembros de una comunidad a la conformación de la misma, es bastante reciente (Foucault, 1968, 21), a tal grado que es posible pensar incluso que la gramática de los derechos es, históricamente, la primera en basarse en la figura del individuo para articularse.

El poder transformador de esta idea, generó igualmente el horizonte de posibilidad de dos características particulares de esta gramática. La primera, es la idea de *igualdad* entre los miembros de la comunidad; la segunda, la idea de la *universalidad* de los mandatos generales para la articulación de la misma (Bobbio, 1991a). Hasta la conformación de estas ideas, la historia de la humanidad podía ser resumida como la historia de la desigualdad (Sartori, 2005); existie-

ron durante algunos momentos, versiones reducidas y limitadas de “igualdad” formal en el pasado, pero esta se limitaba a segmentos particulares de la sociedad conformando *privilegios* (*privatio- legis*) antes que formas universales. Si bien el inicio de la igualdad de la modernidad intentó, en un primer momento articularse de la misma forma (dejando fuera a los indígenas, los negros, las mujeres, los menores e incapaces, los no propietarios), la articulación específica que llevó con las ideas de universalidad e individualidad hicieron imposible esto, al menos a un nivel formal. La igualdad moderna, aun cuando limitada en ese aspecto, e incluso podríamos decir, engañosa (Engels & Marx, 1971, 142) es una realidad innegable, como innegables son también sus amplios beneficios sociales.

De esta forma, la gramática de los derechos humanos articula *pretensiones de carácter universal*, encaminadas a la consecución de una vida digna para todos los miembros de la sociedad, en igualdad de condiciones. El problema de esto, se encuentra en que debido a la pluralidad de puntos de vista existentes en una comunidad heterogénea que se reconoce a sí misma como tal, la forma en que esta idea se articula resulta complicada, cuando no abiertamente contradictoria. Esto pone de manifiesto el *carácter confrontacional de los derechos humanos* y nos permite observar su segunda dimensión, misma que podríamos llamar política.

La dimensión política de los derechos humanos

La dimensión política de los derechos humanos puede ser observada, como se ha mencionado ya, al dirigir la atención al carácter confrontacional de su existencia. Por un lado, la dimensión filosófica de los derechos genera, a través de las ideas de individualidad, universalidad e igualdad, un espacio infranqueable tanto para otros actores particulares, como para el poder político de la comunidad, hacia las decisiones de vida de cada uno de sus miembros. Esto significa que los derechos se manifiestan al poner límites al poder de actuación de otros, lo que es especialmente visible ante

quien detenta el poder soberano, ya sea que se trate de una forma personalizada o bien, institucional.

Esta forma, que puede ser llamada *externa*, genera que en la práctica los derechos que una sociedad tiene son sólo aquellos que se han efectivamente conquistado, y, debido al carácter nunca acabado de los procesos de reconfiguración social, es necesario decir que una sociedad tiene, de la misma manera, tan sólo aquellos derechos que ha efectivamente defendido en cada momento de lucha (cf. Correas, 2007).

La pugna interpretativa entre el poder político público y los miembros de la comunidad, que es probablemente el centro de atención de la visión jurídica sobre los derechos (cf. Guastini, 2011) es sólo una de las múltiples formas que asume el carácter confrontacional externo de los derechos, pues como la historia nos ha enseñado en muchas ocasiones, la lucha por el poder de nombrar (Bourdieu, 2000, 202) los derechos, sus límites y la manera en que se cumplirían, ha significado abierta oposición, rebeldía e incluso, en muchas ocasiones, revolución (cf. Tapia Argüello, 2016a). No debemos olvidar, que la existencia de estos no sería posible sin las llamadas revoluciones burguesas (Bobbio, 1991a), así como su configuración actual sería muy diferente sin las revoluciones comunistas y libertarias, o las luchas anticoloniales alrededor del mundo (Apreza Salgado et al., en prensa).

Por otro lado, existe una segunda dimensión confrontacional en los derechos. Al fundamentar pretensiones de carácter universal basadas en principios compartidos, existen al menos dos distintos niveles de pugna *interna* que es posible observar. La primera, se encuentra en la selección de los principios que se asumirá, son compartidos dentro de una comunidad política determinada.

Es posible encontrar múltiples ejemplos que pretenden crear una solución a esta discusión (quizá la más famosa de las cuales

puede ser encontrada en Rawls, 2011). La selección de ciertos principios como los más adecuados para una sociedad determinada se encontrará siempre con puntos de vista diferentes, mismos que en ocasiones pretenderán imponerse, por ejemplo, mediante la naturalización de su propia perspectiva al presentarla como “objetiva” o bien, convencer o persuadir al resto mediante procesos argumentativos complejos (Chiassoni, 2011). Sea cual sea el camino que tomen para su resolución es innegable el carácter confrontacional (y en constante reconfiguración) que estos procesos encierran.

Estos principios articulan las posibilidades de existencia sobre lo que puede ser considerado un derecho, al tiempo que generan un marco ético de actuación dentro de esa sociedad determinada. En un primer momento los principios son establecidos (ya mediante el consenso, ya mediante la imposición) de forma general y como tales, expresados a través de enunciados vagos con múltiples posibles interpretaciones.

Debido a ello, es posible observar que aun cuando fuera posible establecer una homogeneidad de opiniones sobre los principios de una sociedad determinada, esto no significa necesariamente, la homogenización de las prácticas que se asumirán como adecuadas para lograr el adecuado cumplimiento del mismo. Si un principio puede ser interpretado de múltiples maneras, cada una adecuada a las características culturales de distintas comunidades o bien a distintas visiones dentro de una misma comunidad (cf. Tapia Argüello, 2015, 190- 192), esto significa que existen una multiplicidad de prácticas posibles que llevarían a la adecuada materialización de dicho principio y que probablemente distintos grupos e individuos vean a prácticas diferentes como la más adecuada para ello. En ocasiones, estas prácticas pueden resultar complementarias, pero algunas veces, dos prácticas distintas, cada una presentada como la más efectiva para el cumplimiento del principio, pueden estar en franca contradicción. Cuando esto sucede, resulta común observar que las visiones dominantes pretenden hacer ver que la pugna entre

prácticas se trata realmente de una pugna entre principios o bien, a una oposición franca, por parte de la práctica minoritaria y la gente que busca su reconocimiento, al principio defendido.

Como las reglas internas de la gramática de la dignidad de los derechos humanos no permiten la existencia de reglas particulares que tengan un contenido que atente contra la dignidad misma, se genera entonces un proceso de homologación total con aplicación selectiva, mediante el cual las posturas dominantes asumen que la única forma de articular efectivamente el principio en cuestión es a través de su práctica concreta y se prohíbe, de esta forma toda práctica que diverja de ella. Como en muchas ocasiones el grupo que articula esta homologación tiene al interior prácticas similares que no problematizan la hegemonía de la práctica propia como materialización del principio defendido, se realiza entonces una aplicación selectiva de esa homologación, lo que evita, al menos formalmente, la creación de una reglamentación privada al tiempo que ataca efectivamente al grupo disidente.

Ejemplos de este proceso pueden ser observados en Ley n° 2004-228 del 15 de marzo de 2004 que enmarca, en aplicación del principio de laicidad, la tenencia de símbolos o ropa que manifiesten una pertenencia religiosa en los colegios, escuelas y liceos públicos en Francia y que, a pesar de presentarse como una prohibición general de símbolos religiosos (lo que permite su aceptación como norma formalmente válida), se convierte en la práctica en una prohibición del velo y artículos similares, o en la prohibición del llamado “burkini” en las playas italianas, prohibición que en la práctica no afecta a las religiosas católicas que suelen usar prendas similares.

En el caso de México, podemos observar esta tendencia en la creación de la Evaluación Nacional de Logro Académico en Centros Escolares, comúnmente llamada prueba ENLACE que sirve para medir el desempeño académico de las escuelas y los estudiantes en todo el territorio. Si bien el artículo segundo constitucional

establece la composición pluricultural del país, así como el derecho a la educación bajo este principio (es decir, a través de la lengua de la comunidad a la que se pertenece y con el contenido específico requerido por ella), la prueba no toma en consideración el contenido curricular de las distintas comunidades, barrios y pueblos indígenas ni se puede presentar en otro idioma que no sea el español.

Por otra parte, esta tensión constante entre prácticas y principios ha llevado a establecer dentro de la dimensión normativa, a la que se hará referencia in extenso en el siguiente apartado, a la *aceptabilidad* como un requisito mínimo del cumplimiento de los derechos sociales (particularmente de la educación, aun cuando existe una tendencia ampliar esta caracterización), es decir, la obligación de los sujetos responsables de brindar satisfactores adecuados que sean *aceptables* y *aceptados* por la comunidad a la que se dirigen (Fuentes Pérez, 2013, 45).

La dimensión normativa de los derechos humanos

Como puede observarse, algunas de las pugnas que se dan dentro de la dimensión política de los derechos tienen una resolución posible a través de un lenguaje normativo. Esto se debe a que los anhelos y pretensiones que se desarrollan a partir de la gramática de la dignidad conocida como “derechos humanos” pueden articularse, a diferencia de otras, a través de dicho lenguaje. Mientras algunas gramáticas se generan a partir de principios generales y abstractos no reducibles a normas y reglas, los derechos humanos, por sus características filosóficas, son susceptibles de expresarse a través de *enunciados normativos*.

Esto no significa ni que las pugnas sobre derechos tengan *exclusivamente* resoluciones normativas, ni que el lenguaje normativo sea el único a través del cual se expresen. Como se ha mencionado ya con anterioridad, contrario a lo que algunas visiones tradicionales insisten en presentar, la fortaleza de una resolución cualquiera,

incluyendo las que se dan dentro de la dimensión normativa jurídica (cf. Celorio, 2015) tiene un fuerte componente político que escapa de la dimensión eminentemente normativa. Por ello, podríamos decir que aunque los derechos se reconozcan en los tribunales, siempre se ganan en las calles.

De esta forma, es posible decir que la dimensión normativa de los derechos humanos hace referencia a la posibilidad (y deberíamos decir, en ciertos espacios, la preferencia) que éstos tienen de ser expresados mediante un lenguaje *normativo*, es decir, a través de enunciados que busquen imponer una limitación de la conducta a través de una prohibición, una obligación o una permisión determinada y no sólo a través de principios generales y abstractos.

Esta prohibición/permisión puede ser moral, religiosa o de otro tipo, pero ciertos procesos históricos concretos (cf. e.g. Tigar & Levi, 1986), así como una mejor adaptación del sistema normativo jurídico a los principios y presupuestos de la configuración social general de la modernidad occidental (Correas, 1998, 47), han generado una preferencia (que no exclusividad) del lenguaje jurídico para configurar esta dimensión. Esto, que resulta efectivamente en una reducción del universo normativo (Grossi, 2003a) proporciona, por otra parte, una cualidad que ninguna otra gramática de la dignidad contiene: todas las pretensiones presentadas a partir de ella, resultan inteligibles dentro del sistema social, lo que no significa necesariamente, que sean aceptables o incluso, aceptadas, sino tan sólo que todas y cada una de ellas puede ser efectivamente discutidas y valoradas mediante un mecanismo previamente conocido y de tal forma, potencialmente predecible.

Al ser observados en la dimensión normativa, los derechos humanos manifiestan algunas características particulares que complementan las características contenidas en sus otras dimensiones. Al generarse a través de pretensiones universales de dignidad, los derechos se articulan a través de enunciados normativos que les vuel-

ven irrenunciables, inalienables, imprescriptibles e inembargables, es decir, que no pueden ser separados o desvinculados de ninguno de los miembros de la comunidad política, ni siquiera a partir de la voluntad de éste. De la misma forma, al presentarse a través de una idea de universalidad absoluta, todo individuo se asumirá parte de dicha comunidad sin necesidad de tener que comprobar o cumplir con requisito alguno. Los derechos humanos, de esta forma, se diferencian de otros tipos particulares de derechos, en cuanto no se requiere de ningún tipo de condición para su protección.

CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas, se ha presentado una visión distinta de los derechos humanos que pretende escapar del reduccionismo de las visiones tradicionales al tiempo que proporciona una forma particular que pone el acento en una parte generalmente colocada como secundaria: la dimensión política de su existencia. Al hacerlo, es posible observar el papel preponderante que tiene, dentro de la existencia de los derechos, el poder, entendido este en su forma de *potestas*, es decir, el *poder sobre los demás*, pero también y quizá especialmente, en cuanto son una clara manifestación de la *potentia* de las sociedades contemporáneas, es decir el poder que tenemos para transformar nuestra propia realidad.

Los derechos humanos son sin duda alguna, controvertibles en cuanto elementos emancipatorios. La crítica negativa tiene razón en cuanto a los alcances y límites que estos pueden desarrollar, pues debemos recordar que al ser resultado de relaciones fragmentarias de dominación, ellos mismos contienen el sustento de esas formas y les reproducen (Horkheimer, 2006). De esta forma, los derechos reproducirán en cada caso concreto, las condiciones que hacen necesaria su propia existencia. Por otra parte, también es claro que renunciar a ellos genera, en muchas ocasiones problemas mayores que su aceptación para gente concreta en situaciones específicas

(Crenshaw, 2006). Ese sacrificio, aunque generalmente exigido desde las críticas negativas, es en realidad pocas veces realizado por quien asume debe hacerse, convirtiéndose en la mayoría de los casos, en un sacrificio ajeno (cf. Gramsci, 2011).

En la tensión entre ambas cuestiones, podemos así observar las potencialidades de los derechos. Su conformación a partir de las contradicciones del sistema, les convierte tanto en mecanismos de resistencia, como en institucionalizaciones de la dominación. No obstante, la gente suele observar que los límites expuestos en ellos, son siempre resultado de su propia capacidad de defenderse. Quizá por ello, a pesar del gran peso del escepticismo sobre los derechos en nuestra región, este se entiende más como una reacción a la imposibilidad material de aplicarlos, que a las ideas que se encuentran contenidas en ellos. No se trata después de todo, de un repudio abierto a lo que está ahí, sino a un pesimismo sobre su efectivo cumplimiento.

Finalmente, es necesario mencionar que si se han presentado tres dimensiones de los derechos, estas no pueden ser entendidas como partes distintas o independientes de los mismos, sino tan sólo como una forma esquemática de presentación teórica que responde a intereses metodológicos y no a una fragmentación de lo que debe ser observado con justicia como una unidad. En ese aspecto, la unión de las dimensiones no es algo que se realice con posterioridad a su creación, sino una observación segmentarizada que no desvincula ninguno de estos procesos del resto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, T. (2008). “Dialéctica negativa”, *Dialéctica negativa. La jerga de la autenticidad*, Madrid, Akal.

ADORNO, T. (2008a). “Clase 9” en *Introducción a la sociología*, Barcelona, Gedisa.

ADORNO, T. (2009). “La educación después de Auschwitz”, *Consignas*, Buenos Aires, Amorrortu.

ALEXY, R. (2007). “¿Derechos humanos sin metafísica?” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 237- 248.

APREZA SALGADO, S.; TAPIA ARGÜELLO, S. & MEZA FLORES, J. (en prensa). *Derechos humanos*, Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho, 6, México, Porrúa, Facultad de Derecho UNAM.

BENTHAM, J. (1843). “Anarchical Fallacies; Being An Examination of the Declarations of Rights Issued During the French Revolution By Jeremy Bentham”, *The works of Jeremy Bentham*, John Borwing.

BERMAN, M. (1998). *Todo lo sólido se desvanece en el aire*, México, Siglo XXI.

BLOCH, E. (2011). *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, Dykinson.

BOBBIO, N. (1991). “El tiempo de los derechos”, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema.

BOBBIO, N. (1991a). “La herencia de la gran revolución”, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema.

BORDIEU, P. (2000). “La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico”, *Poder, derecho y clases sociales*, Bilbao, Desclée de Brouwer.

BORDIEU, P.; CHAMBOREDON, J. C. & PASSERON J. C. (2008). *El oficio de sociólogo. Presupuestos epistemológicos*, México, Siglo XXI.

BORGES, J. L. (1974). “Del rigor en la ciencia”, *Obras completas 1923- 1972*, Buenos Aires, Emecé.

BURKE E. (1826). *Reflexiones sobre la revolución de Francia*, México, Martín Rivera.

CHIASSONI, P. (2011). “Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral. Con una premisa sobre la *grundphilosophie*”, Ferrer Beltrán Jordi y Giovanni B. Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons.

CELORIO, M. (2015). “Ambivalencia de los derechos humanos: movilización y desmovilización social”, en Estévez, Ariadna & Vázquez, D. (coord). *Derechos humanos y transformación política en contextos de violencia*, México, Flacso México, UNAM, CISAN.

CORREAS, F. (2004). *Alcances sociológicos del derecho de trabajo en México*, México, Coyoacán.

CORREAS, O. (1998). *Sociología del derecho y crítica jurídica*, México, Fontamara.

CORREAS, O. (2006). “Los derechos humanos: entre la historia y el mito I” *Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, 25, México, Universidad Nacional Autónoma de México.

CORREAS, O. (2007). “Los derechos humanos: entre la historia y el mito II” *Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, 26, México, Universidad Nacional Autónoma de México.

CORREAS, O. (2008). *Teoría del estado*, México, Coyoacán.

CORREAS, O. & DEL GESSO, A. (2003). “Naturaleza lingüística y origen de los derechos humanos” en *Acerca de los derechos humanos: apuntes para un ensayo*, México, Ediciones Coyoacán.

CRENSHAW, K. W. (2006). “Raza, reforma y retroceso: transformación y legitimación en el derecho contra la discriminación” en García Villegas, Mauricio et al., comp., *Crítica jurídica*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Ediciones UniAndes.

DE LA BARREDA SOLÓRZANO, L. (2015). *La sociedad mexicana y los derechos humanos, Encuesta nacional de derechos humanos, discriminación y grupos vulnerables*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.

DE LAS CASAS, B. (2013). *Tratado sobre la materia de los indios que se han hecho esclavos*, Biblioteca Virtual Universal, desde: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/131622.pdf> consultado el 22 de septiembre de 2017, p. 17.

DWORKIN, R. (1992). *El imperio de la justicia, De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Barcelona, Gedisa.

DWORKIN, R. (2009). “Los casos difíciles” en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho.

ENGELS, F. & Marx, K. (1971). *La sagrada familia. O crítica de la crítica crítica*, Buenos Aires, Claridad

ESCALANTE GONZALBO, F. (1997). “El riesgo de la civilización” en *Las comisiones de derechos humanos, mitos y realidades*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

FERRAJOLI, L. (1997). “Derechos fundamentales”, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Trotta.

FOUCAULT, M. (1968). *Las palabras y las cosas*, Buenos Aires, Siglo XXI editores.

FOUCAULT, M. (1996). *Genealogía del racismo*, La Plata, Caronte.

FOUCAULT, M. (2002). *La arqueología del saber*, Buenos Aires, Siglo XXI editores.

FUENTES PÉREZ, B. (2013). *Guía de argumentación con perspectiva de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

FUNAKOSHI, M. (2009). “Taking Duncan Kennedy seriously: Ironic liberal legalism”, *Widener Law Review*, 15 (1).

GADAMER, H. (1997). “Mito y razón”, *Mito y razón*, Barcelona, Paidós.

GRAMSCI, A. (1971). *El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce*, Buenos Aires, Nueva Visión.

GRAMSCI, A. (2011). Los obreros de la FIAT (Hombres de carne y hueso)” en *Odio a los indiferentes*, Madrid, Ariel.

GROSSI, P. (2003). “Más allá de la mitología jurídica de la modernidad” en *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta.

GROSSI, P. (2003a). “¿Justicia como ley o ley como justicia?”

Anotaciones de un historiador del derecho” en *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta.

GUASTINI, R. (2011). Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico”, *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons.

HORKHEIMMER, M. (2006). *Estado autoritario*, México, Ítaca.

HORKHEIMMER, M. (2008). “Teoría tradicional y teoría crítica” en *Teoría crítica*, Buenos Aires, Amorrortu.

KAHN, P. (2001). *El análisis cultural del derecho, una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Barcelona, Gedisa.

KANT, I. (2002). En torno al tópico: Tal vez eso es correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”, *Teoría y Práctica*, Madrid, Tecnos.

KENNEDY, D. (1999). “La educación legal como preparación para la jerarquía” en Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba.

KENNEDY, D. (2006). “La crítica de los derechos en los *Critical Legal Studies*”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 47.

KELSEN, H. (2008). *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa.

LACLAU, E. (2008). *La razón populista*, México, Siglo XXI.

MARTINEZ, P. & GONZÁLEZ, L. (2010). “Emplazamientos a huelga sirven para extorsionar”, *El economista*, junio 29, desde: <http://eleconomista.com.mx/industrias/2010/06/29/emplazamientos-huelga-sirven-extorsionar>, consultado el 20 de septiembre de 2017.

MARX, K. (1982). *Introducción general a la crítica de la economía política/1857*, México, Siglo XXI editores.

MARX, K. (2008). “Cartas de Marx a Ruge (marzo y septiembre de 1843)”, *Escritos de Juventud sobre el Derecho*, Textos 1837-1847, Barcelona, Anthropos

MIAILLE, M. (1986). “La especificidad de la forma jurídica burguesa” en *La crítica jurídica en Francia*, Puebla, Universidad Autónoma de Puebla.

MOYN, S. (2014). “A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism”, *Law and Contemporary Problems*, 77 (4), 147-169.

NINO, C. S. (1989). *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.

NINO, C. S. (2007). “Sobre los derechos morales”, *Derecho, moral y política II*, Buenos Aires, Gedisa.

POPPER, K. (2000). “Preface, 1956: On the non existence of the scientific method”, *Realism and the aim of science*, Abingdon, Routledge.

PIETERSE, M (2007). “Eating Socioeconomic Rights: The Usefulness of Rights Talk in Alleviating Social Hardship”, *Human Rights Quarterly*, 29 (3), 796-822.

RAWLS J. (2011). *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.

REDACCIÓN (2016). “Calderón increpa a jueces que liberaron a hermanos Cortez Vallarta”, *Proceso desde*: <http://www.proceso.com.mx/433922/calderon-increpa-a-jueces-liberaron-a-hermanos-cortez-vallarta>, consultado el 21 de septiembre de 2017.

ROSS, A. (2006). “El concepto de validez y el conflicto entre el

positivismo jurídico y el derecho natural” en *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Distribuciones Fontamara.

RUIZ, A. E. C. (2001). “Derecho, democracia y teorías críticas de fin de siglo”, *Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Editores del puerto.

SÁNCHEZ RUBIO, D. (2010). “Contra una cultura estática de derechos humanos”, *Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, 29, Crítica Jurídica A.C., Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México

SANTOS, B. S. (2002). *Toward a new legal common sense: Law, globalization and emancipation*, Londres, Butterworths.

SANTOS, B. S. (2003). *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Vol. I: Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Bilbao, Desclée de Brower.

SANTOS, B. S. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta.

SANTOS, B. S. (2010). *Para descolonizar occidente, Más allá del pensamiento abismal*, Buenos Aires, CLACSO.

SANTOS, B. S. (2014). *Si dios fuera un activista de los derechos humanos*, Madrid, Trotta.

SANTOS, B. S. (2014a). *Derechos humanos, democracia y desarrollo*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJusticia.

SARTORI, G. (2005). *Elementos de Teoría Política II: Los problemas clásicos*, Madrid, Alianza Editorial.

SCHIAVONE, A. (2009). *Ius. La invención del derecho en occidente*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora.

STUČKA, P. I. (1969). P. I., *La función revolucionaria del derecho y el estado*, Barcelona, Península.

TAMAYO Y SALMORÁN, R. (2011). *Introducción analítica al estudio del Derecho*, 2ª edición, México, Editorial Themis.

TAPIA ARGÜELLO, S. (2015). “Derechos humanos y pluralismo. Una crítica a la universalidad objetiva”, *Alegatos*, 89, México, Universidad Autónoma Metropolitana- Azcapotzalco, 179- 196.

TAPIA ARGÜELLO, S. (2016). “Apuntes para la construcción de una teoría crítica para el mundo latino”, *I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino*, Alicante, 26- 28 de mayo de 2016 desde: https://www.academia.edu/33858713/Apuntes_para_la_construcci%C3%B3n_de_una_teor%C3%ADa_cr%C3%ADtica_para_el_mundo_latino.

TAPIA ARGÜELLO, S. (2016a). “Derecho y poder: dominación, hegemonía, resistencias, en Conde Gaxiola N. & Romero Escalante V. (comp.), *La crítica del derecho desde América Latina*, México, Horizontes.

TAPIA ARGÜELLO, S. (en prensa). “The modern possibilities of human rights. A critique on the *negative criticism* of the law and rights”, *Mexican Law Review*, 10 (2).

TIGAR M. & LEVI, M. (1986). *El derecho y el ascenso del capitalismo*, México, Siglo XXI.

VILLEY, M. (1976). “La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam”, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso.

WOLKMER, A. C. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

WROBLENSKY, J. (1990). “Los lenguajes del discurso jurídico” en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, V (14), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 357- 377.

ZIZECK, S. (2005). “Against human rights,” *New Left Review*, 34.

DERECHOS FUNDAMENTALES EN LATINOAMÉRICA CAMBIO DE PARADIGMA EN LA CONCEPCIÓN DE SUJETO DE DERECHOS

Carolina Romero Burbano

INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución tiene dos antecedentes constitucionales marcados que sirvieron de fundamento en la Asamblea Nacional Constituyente, en materia de derechos fundamentales: la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución Española de 1978. El *problema jurídico* que consideraré indaga por la alteración del paradigma en torno al sujeto de derechos con ocasión del actual constitucionalismo latinoamericano y en particular del colombiano. Como hipótesis de trabajo sostendré la tesis de que a diferencia de lo que acontece en Alemania y España o varios países de América Latina, no tenemos estructura de *numeros clausus*, y que por cuenta de la discusión en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, el constitucionalismo colombiano, con él el boliviano y ecuatoriano, han logrado un notable avance, el cual incluye, el que a nuestro juicio es el mayor por las implicaciones que tiene, y es la revalorización de la categoría de sujeto como centro de imputación del ordenamiento jurídico. El sujeto como persona humana responde a una tradición liberal de occidente que inicia en el pensamiento griego y que hoy, por cuenta de los derechos fundamentales en Latinoamérica, ha sido reformulado.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS

El neoconstitucionalismo y la interpretación de los derechos como hoy la entendemos, encuentra su fundamento en el constitucionalismo, que definió sus rasgos característicos hacia la segunda mitad del siglo XX, a finales de la Segunda Guerra Mundial, siendo ejemplo de ello los textos constitucionales de Italia (1947) y Alemania (1949) primero; de Portugal (1976) y España (1978), después. Modelo teórico que identifica dos condiciones que deben diferenciarse: de una parte, el desarrollo del Estado Constitucional y, de otro, la interpretación del derecho como teoría jurídica en la que se aplican principios, valores y reglas, una visión más amplia de la constitución que incluya los principios y valores y no solamente las reglas (Pozzolo, 2011).

Bajo esas circunstancias sociales e históricas fue formándose el tercer momento de este repaso histórico: el denominado neoconstitucionalismo, pasando mediados del siglo XX. Para entonces el Estado de Derecho se reducía al cumplimiento de la norma, lo importante era que se cumpliera sin importar que resultara justa o injusta. Diferente del Estado constitucional de derecho o Estado social y democrático de derecho, en el que ante la existencia de una Constitución, las demás normas se encuentran limitadas por un control constitucional. De ello que, se encuentre en la protección de los derechos fundamentales, el límite al ejercicio del poder por parte del Estado; en el que quien elabora las normas, como quien las aplica será vigilante de la coherencia entre la norma y su constitucionalidad (Pozzolo, 2011).

De otra parte, podemos afirmar que, del neoconstitucionalismo se distinguen tres rasgos principales: los textos constitucionales, las prácticas jurisprudenciales y los desarrollos o posturas teóricas. Sobre los primeros, como ya hicimos referencia, parte de la redacción

de las constituciones europeas, con normas de carácter sustantivo que delimitan los fines del Estado, adicionales a la división del poder. También encontramos las prácticas jurisprudenciales, rasgo propio del neoconstitucionalismo, en el que se refleja por parte de los órganos del poder público que imparten justicia, la incorporación de principios, valores, métodos de ponderación y proporcionalidad, entre otros. Y por último, en referencia a las posturas o desarrollos teóricos se han establecido aspectos como pluriculturalidad, pluri-nacionalidad, buen vivir, interculturalidad, entre otros tantos, que empiezan a influenciar las concepciones tradicionales del derecho, como la que en esta reflexión nos interesa, la concepción de sujeto de derechos (Carbonell y García 2010).

En consecuencia, de lo expuesto, podemos decir que el neoconstitucionalismo, escenario en el que actualmente se interpreta a la Constitución y al Derecho, pretende una eficacia de ambos aspectos en las sociedades presentes, en la que se deje de lado a las visiones legalistas del Derecho tradicional. Patrón sobre el que van a proponerse los modelos constitucionales de los países latinoamericanos.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LATINOAMÉRICA

Los países latinoamericanos o en “vía de desarrollo”, respecto de los países desarrollados europeos, siempre estuvieron en una desventaja económica y social, con atraso en estos aspectos así como en lo jurídico y cultural, entre otras dificultades. Debido a ello, fueron influenciados y controlados por los Estados desarrollados bajo la excusa de lograr su desarrollo, presencia marcada del colonialismo en plena instancia del siglo XX. Situación que también se evidencio en el régimen del Derecho y la Constitución. Escenario que cambiaría ante la inconformidad de las sociedades que organizadas, exigieron que la Constitución y el Derecho se elaboraran conforme a su cultura y circunstancias particulares de su entorno.

En principio estas constituciones nacientes, tuvieron como rasgo común el ejercicio de algunas libertades y espacios para la participación, sin contemplar aspectos de desarrollo y bienestar para la sociedad, de ello que se permitiera un ejercicio del poder del Estado, sin limitación por las libertades individuales. Circunstancias que situaran a los países latinoamericanos en condiciones de pobreza y exclusión, que no habían sido restituidas por los modelos constitucionales hasta entonces adoptados, sino que en muchos casos agravaron la situación, surgiendo en su mayoría movimientos sociales que buscaban el cambio, entre otros como consecuencia de las vulneraciones de derechos humanos a manos de dictaduras militares en América Latina. Sólo a partir del reconocimiento de los derechos, como limitantes del ejercicio del poder del Estado, que incorpora estándares de desarrollo y bienestar de los Estados particularmente constituidos, sería posible y real su desarrollo.

Ante estas nuevas necesidades de los Estados latinoamericanos, se evidenciaron movimientos constituyentes de finales del siglo XX y XXI en los países latinoamericanos, que tuvieron por objeto el cambio social, desde la modificación en las estructuras sociales, económicas y jurídicas, en busca de resolver o en principio minimizar problemas estructurales como la pobreza y la exclusión, en unas condiciones de igualdad en medio de la diferencia, eje central de los textos constitucionales nacientes de los movimientos constituyentes latinoamericanos (Martínez, 2008).

Necesaria entonces la incursión del constitucionalismo en Latinoamérica, que encuentra algunos antecedentes en la práctica del poder constituyente, en la organización social, entre otras, en el año de 1991 en Colombia, en el año 2008 en Ecuador y en el año 2009 en Bolivia, identificadas en la búsqueda del bienestar social y económico, con inclusión, que ponga límite al ejercicio del poder del Estado (Martínez, 2008).

Como consecuencia, estas prácticas del poder constituyente con la participación de pueblo reconocido como constituyente pri-

mario, se ha caracterizado por movilizaciones sociales de protesta, que se han alzado en contra del modelo institucional vigente, encontrando entre otros acontecimientos históricos significativos, la “séptima papeleta del referendo colombiano” de 1991, generado en un movimiento estudiantil, el “caracazo” en Venezuela de 1989, y la guerra del gas y del agua en Bolivia (Martínez, 2008).

Todos ellos identificados con ser un espacio para el debate y reflexión en el que tengan cabida todos los sectores de la sociedad, con visiones claras y específicas de las necesidades sociales propias de cada uno de ellos, en donde no sólo se circunscriba el debate sobre estas necesidades, sino la forma en que éstas necesidades van a recibir respuesta, identificado entre otras; la recuperación de la soberanía popular, la consolidación de la democracia participativa, el carácter social integrador, la intervención del Estado en la economía y las formas de integración de nivel regional, con un especial énfasis en el reconocimiento de los derechos fundamentales y los mecanismos constitucionales para su reconocimiento como temas centrales del modelo neoconstitucionalista, presente en los modelos constitucionales latinoamericanos, que permite la vigencia dentro de las sociedades de la Constitución y el Derecho.

Asimismo, los derechos fundamentales, son de titularidad, en principio, de todo ser humano por el sólo hecho de ser persona. Constituyen el eje central de este nuevo modelo constitucional latinoamericano, que a nivel interno del Estado y reconocidos internacionalmente, se entienden como un sistema jurídico propio y único, que se traduce en la protección amplia y efectiva de la dignidad humana, y de los derechos a la libertad, la justicia y la paz, entre otros, enunciados en nuestras cartas políticas.

Adicional a ello, debemos decir que los derechos fundamentales contienen dos elementos, de un lado el moral y del otro, el derecho positivo; sin la armonización de los cuales no resulta viable el ejercicio de los derechos fundamentales.

Siendo así, el elemento subjetivo de los derechos fundamentales es la moral, con un contenido de carácter axiológico, que responden a la pregunta del por qué de su existencia. Lo que nos permite absolver este interrogante, que tiene entre otros antecedentes la influencia de la Antigüedad, de la cultura griega y en la Edad Media, la Escolástica, que determinaban que en aras de garantizar el desarrollo del ser humano, resultaba necesario garantizar la dignidad humana, presupuesto ineludible para el desarrollo de ese ser humano, dignidad humana que fuera el fundamento de las revoluciones liberales (Noguera, 2010).

Por su parte, el elemento de derecho positivo de los derechos fundamentales establece su sentido teleológico, valga decir, su entorno objetivo, que determina ya no como el moral, el por qué de su existencia, sino el para qué. De ello que sea necesaria la vigencia de un derecho interno e internacional que permita que los derechos fundamentales sean exigibles; para garantizar su eficacia jurídica y que no solo queden reducidos al papel, sin intensidad en su cumplimiento por parte de los particulares y las instancias estatales. Siendo así, los Estados, no solo deben reconocer los derechos fundamentales sino que debe establecer sistemas de sanción ante la vulneración del orden jurídico que los contiene (Noguera, 2010).

En resumen, los derechos fundamentales se entenderán en estos nuevos modelos constitucionales latinoamericanos, desde el ámbito subjetivo y objetivo; expuestos anteriormente; el subjetivo, interpretado como el conjunto de facultades y atribuciones que tiene toda persona para desarrollarse plenamente, y el objetivo como sistema normativo de protección de la dignidad humana. Los derechos fundamentales interrelacionan la justicia con la fuerza, en los que la justicia reconoce la dignidad, las libertades, las prestaciones y servicios sociales por parte del Estado, la participación en la toma de decisiones públicas y el reconocimiento de las identidades, y la fuerza es el mecanismo de coerción para garantizar la eficacia de aquellos ante los particulares y el Estado.

CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Las constituciones colombiana, ecuatoriana y boliviana a las que hemos hecho referencia, proponen una clasificación de derechos fundamentales, a partir del modelo de Estado por el que se rigen, con directa aplicación y protección de éstos, incorporando en su parte dogmática el principio de igualdad jerárquica de los derechos fundamentales, superando la división generacional de los mismos, que en el caso boliviano es reforzado entre otros por la inclusión de principios como la interculturalidad y la descolonización. Se evidencia entonces, una visión garantista del constitucionalismo latinoamericano, con un amplio catálogo de derechos y mecanismos jurisdiccionales para su reconocimiento en caso de vulneración. (Igualdad y mecanismos de protección de los derechos. Artículos 13, 86, 89: Constitución Colombiana; artículo 6 y 11: Constitución Ecuatoriana; 9,13 y 99: Constitución Boliviana).

Los derechos individuales o derechos de libertad, determinan su titularidad en la persona individual, pues parten del supuesto de que existe un interés directo y personal en su ejercicio; por lo tanto, su vulneración requiere una tutela subjetiva, del sujeto que puede ejercer esos derechos. Fueron la base de las revoluciones liberales de los siglos pasados, propuestos como límite del ejercicio del poder, denominados como derechos de libertad, mediante los cuales se reconoce a la persona diferentes libertades y el respeto a la vida y dignidad humanas.

CRITERIOS PARA DETERMINAR UN DERECHO FUNDAMENTAL

Como se sabe, los criterios *a rubrica*¹ y *en sede materiae*² son meramente indicativos no sólo de la ubicación sino de la titulación como derechos fundamentales. El Constituyente no determinó taxativamente que derechos tendrían la condición de los derechos constitucionales fundamentales, contrario a lo que sucede en España, cuya Constitución los enumera en los artículos del 14 al 29 y 30.2, o la ley fundamental de Boon que lo hace en los artículos 2 al 17, según lo indica el párrafo 3 del artículo 1. Por ello la Corte ha considerado de tiempo atrás que el lugar que ocupa un derecho fundamental era un criterio meramente auxiliar, de suerte que es la naturaleza del derecho fundamental la que determina si se está en presencia de un derecho fundamental, tesis que ha inferido la Corte a partir del artículo 2 del decreto 2591 de 1991, disposición que considera la existencia de derechos fundamentales no expresamente considerados como tales, pero que su naturaleza permite inferirlo, de suerte que en tal situación la Corte debe proceder obligatoriamente a su revisión.

Recordemos brevemente que entre los criterios para determinar si se estaba en presencia de un derecho fundamental en la Asamblea Constituyente estaba el proyecto del Gobierno sobre su *aplicación inmediata*, en cuanto no requería *interpositio legislatoris*. Si bien no fue este el criterio que se adoptó, finalmente el art. 85 constitucional recogió la propuesta. (Art. 85 de la Constitución Política. Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40).

-
- 1 **A rúbrica.** La atribución del significado se lleva a cabo a partir del título o rúbrica que en encabeza al grupo de artículos en el que se encuentra ubicado el enunciado.
 - 2 **Sede materiae.** La atribución del significado se realiza a partir del lugar que la disposición ocupa en el contexto normativo de que forma parte.

Fue la propuesta del constituyente Juan Carlos Esguerra quien sugirió dejarle al legislador la tarea de definir qué derechos serían fundamentales, en lugar de hacerlo el Constituyente, a fin de darle dinamismos al constitucionalismo colombiano. De allí la previsión del citado art. 2 del decreto 2591 de 1991 que dispone que los derechos protegidos por la tutela son los derechos constitucionales fundamentales, de suerte que cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación a esa decisión en la revisión. Pero Esguerra también sostuvo la tesis de la no taxatividad de los derechos fundamentales, dejando en libertad al juez de tutela para determinarlos, pues en su criterio debería ser una dispensa del juez, como finalmente es.

En conclusión, además de los derechos fundamentales previstos en la Constitución *a rúbrica* y en *sede materiae*, atendiendo a la naturaleza del derecho fundamental el juez de tutela puede ampliar el listado dando entrada a otros derechos fundamentales, como ha sucedido por ejemplo con la consulta obligatoria que prevé el Convenio 169 de OIT para el Estado, de realizar la consulta previa con las comunidades indígenas frente a las medidas legislativas y/o administrativas que pretenda adoptar y que puedan afectarles directamente, y que hoy se entiende como una obligación establecida en el texto constitucional, porque el artículo 6 del Convenio 169 hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

Esta línea de *numeros apertus*³ de derechos fundamentales del constitucionalismo colombiano la han seguido otros países de Latinoamérica. Así, por ejemplo, la Constitución Boliviana de 2009 en su Capítulo I del Título XIII -*Derechos Fundamentales y Garantías*-, en el aparte de las disposiciones generales II y III dispone que, “*Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos*

3 **Números apertus.** Lista abierta

como negación de otros derechos no enunciados”, y “La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros”. La disposición general IV presenta una redacción muy similar a nuestro artículo 93 y al artículo 4 del decreto 2591 de 1991 y su cláusula de interpretación –“Los derechos protegidos por la acción de tutela se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”-. Dice la disposición general IV: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. Es precisamente esta norma la que como en nuestro caso permite la integración por bloque. Y allá como acá, los criterios *a rubrica* y en *sede materiae* son sólo meramente indicativos porque si bien a partir del artículo 15 (Capítulo Segundo) se consagran los “Derechos Fundamentales”, el artículo 14 en realidad confiere capacidad jurídica y se ocupa del derecho a la igualdad, así como el libre y eficaz ejercicio de los derechos, lo que podría como en nuestro caso tenerse como derechos fundamentales.

En el caso de la Constitución ecuatoriana de 2008, ha sucedido algo similar, aunque en verdad más radical. No sólo se abandonó definitivamente la determinación *a rubrica* y en *sede materiae* porque los «derechos fundamentales» ya no responden a un capítulo específico, sino que parecen más bien referidos a una nueva categoría: los “Derechos del buen vivir” del Capítulo Segundo. Esta Constitución prolongó una línea que inauguró la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-380 de 1993 que consideró a las comunidades indígenas como un *sujeto de derechos fundamentales* diferente del sujeto que nos legó la tradición liberal europea, lo en su momento marcó un hito porque hizo una diferenciación con

los *derechos colectivos*. En ese fallo se dijo que las *comunidades indígenas* son pasibles, “Entre otros derechos fundamentales, /.../ del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución”.

Pues bien, la Constitución ecuatoriana en su artículo 10 constitucionalizó la titularidad de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales a las “*personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos*”, y quizá en una declaración revolucionaria afirmó que “*La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución*”. En esta línea se mueve ya un reciente fallo de la Corte, la sentencia T-622 de 2016 que en su resolutive cuarta reconoció “*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 /.../*”.

Por supuesto que la titularidad de los derechos subjetivos puede plantear un problema. Si bien la distinción entre los sentidos subjetivo y objetivo del derecho de Savigny sirvió a Windsheid para distinguir entre derechos subjetivo y objetivo, es con Ockham dice Velley (1975) al definir *ius* en términos de *potestas* del individuo, afirmando *ius utendi est potestas licita*. Pero, además, con ello Ockham pone al individuo en el centro de la reflexión y con ello a la voluntad presente en él por encima de la ley. Lo cierto es que el derecho subjetivo se predica de la persona porque como *pro se* es sujeto de derecho y en tanto tal, no sólo ‘el’ destinatario del derecho objetivo o como prefería llamarlo Kelsen (1934) “*el centro de imputación de las normas jurídicas*”, sino el titular de los *derechos subjetivos*. El fallo de la Corte “solucionó” (las comillas están justificadas) el problema de la tutoría y representación legal de los derechos del río entregándoselo al Gobierno nacional “(a través de la institución que el Presidente de la República designe, que bien podría ser el Ministerio de Ambiente) en conjunto con las comuni-

dades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca -en adelante- estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Gobierno colombiano, quienes serán los guardianes del río” . ¿Puede entenderse el derecho subjetivo igualmente replanteado? Es un asunto que aún debemos meditar suficientemente.

LA REFORMULACIÓN DEL PARADIGMA DEL SUJETO

Si por paradigma dijo Khun (1962), hay que entender una imagen básica del objeto de una ciencia, los paradigmas son realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica, en la práctica es una cosmovisión del mundo compartida por una comunidad científica; un modelo para situarse ante la realidad, interpretarla y darle solución a los problemas que en ella se presentan. Con el paradigma se diferencia una comunidad científica de otra, puesto que comparten por consenso teorías y métodos que se consideran legítimos, así como los criterios para enjuiciar la validez de las soluciones propuestas.

Así las cosas, el paradigma puede definirse como un conjunto entrelazado de supuestos que concierne a la realidad (ontología), el conocimiento de esa realidad (epistemología) y las formas particulares para conocer acerca de esa realidad (metodología) (Khun, 1962).

Es desde esta perspectiva que predicamos la alteración del paradigma en torno al sujeto de derechos fundamentales, pues la reformulación de la categoría europea liberal de los *derechos fundamentales* que inauguró Colombia en 1991 ha tenido ciertamente en las constituciones boliviana y ecuatoriana un importante progreso. Y es que no limitar los *derechos fundamentales* a los señalados en el texto constitucional y dejar que fueran los jueces quienes fijaran tales derechos implicó, finalmente, que los derechos fundamen-

tales se predicaran de otras categorías distintas a la de “sujetos” como acabos de ver líneas atrás, respecto de la forma tradicional de concebir al sujeto.

En el paradigma tradicional de los derechos fundamentales del liberalismo europeo se predicán sólo del *sujeto* humano, sujeto que como categoría nació con el pensamiento griego, pues en Aristóteles la *quiddidad* o *esencialidad* como podríamos también designarla, aludía a la *substancia* y al individuo. *Sustancia* a su vez se entendía como la *esencia* de algo, que Aristóteles llamó *ousía*, pero también al *sujeto* que él denominó, en general, *hypostasis*. Como se sabe con el tiempo la discusión originada en la *patrística latina* y la *griega* que en torno al problema de determinar si en Dios había tres *hypostasis* o *ousia* (Padre, Hijo y Espíritu Santo), dio lugar con Tertuliano a emplear *substantia* y *natura* como equivalentes a *ousia* para nombrar la esencia divina y *pro sapon* (persona) para referirse a los tres sujetos distintos. Con el tiempo *ousia* y *pro sapon* se fusionaron e indicaron que en Dios sólo existía una sola divinidad que se desdoblaba en los tres sujetos trinitarios (Padre, Hijo y Espíritu Santo). Lo cierto es que *pro sapon* (persona) predominó sobre *hypostasis* (sujeto) (Fuste, 2000).

Santo Tomás fue uno de los que, analizando cierta equivalencia entre *hypostasis* y *pro sapon*, consideró distintos aspectos en la *hypostasis* –como lo que está debajo, (*quasi sub positum*) o lo que subsiste en el individuo (*ens subsistens*). En todo caso esta discusión llevó a Santo Tomás, en la Cuestión 29, artículo 2, respuesta 3 a la objeción del tratado de “*La Trinidad en las personas*”, a identificar la sustancia con la *persona*. La persona resultó ser así *suppositum*; una sustancia incomunicable (de la persona) que no depende de otra. Esto como se sabe tendrá en la modernidad una consecuencia esencial para nosotros porque prolongó la discusión de Santo Tomás hasta identificar la *persona* como *sujeto*; como *sub iectum* (lo que está debajo) que es supuesto (*suppositum*, como lo expresó Santo Tomás) (Fuste, 2000).

En efecto, para Descartes el sujeto es el *cimiento último sobre el que todo se erige*: puedo (yo) dudar de todo, pero no de que (yo) dudo. Es en el sujeto donde reside la *certeza*, la *subjetividad* que le confiere verdad –en términos del sujeto– a lo que existe. *Sujeto y persona* terminaron tan estrechamente ligados que la construcción del derecho natural racionalista (siglos XVII y XVIII) se predicó de la *persona* concebida como el *sujeto de derecho*, y a quien por ser *persona* tales derechos le son inherentes (Fuste, 2000).

Por supuesto, no se desconoce que al decir que *persona* en el sentido filosófico sólo puede ser la *persona humana* se desconozca que jurídicamente admitimos que, por semejanza y prolongación de esta, ciertos entes son sujetos de derechos. En este sentido es notable el fallo de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema del 24 de agosto de 1940 que indicó que “*En el lenguaje jurídico son personas los seres capaces de tener derechos y contraer obligaciones*”, y que la simple asociación de los hombres dirigido a un fin determinado es *insuficiente* para constituir la personalidad moral, de suerte que se requiere el reconocimiento jurídico, lo que da lugar a la personalidad jurídica. Por ello las *personas jurídicas* sólo existen en el derecho y por el derecho. Reconocer a la limitación en la *persona natural* como la “*raíz*” de la *persona jurídica* fue reiterado por la Sala de Casación Civil en fallo de junio 24 de 1954, y es lo que da lugar a que “*la persona moral quede dotada, por su propia esencia y por su objeto y fines, de personalidad jurídica o capacidad de derecho*”. Y por ello citando a Spota concluyó esa superioridad que son en presencia de los *intereses humanos* en los que se está en el caso de las *personas jurídicas*. En suma, en nuestra tradición jurídica que hunde sus raíces en la tradición filosófica griega, medieval y moderna, las *personas jurídicas* o entes morales son la prolongación de la *persona humana* que esta emplea para superar sus limitaciones, pero con referencia a la *persona humana*, al fin y al cabo.

En materia de *derechos fundamentales* esta doctrina pasó a la Corte. En la T-396 de 1993, se trata de un *concepto jurídico sui ge-*

neris, “por cuanto en atención a la estructura de su ser, puede actuar como unidad autónoma, pues todo fin personalizado exige, por tanto, un medio proporcionado, es decir, personal, para su realización. Luego si el fundamento es la base sobre la cual se asienta o estriba una entidad, tenemos que la humanidad incuestionable que conforma a la persona jurídica es su fundamento real”. Y avanzó la Corte señalando: “La racionalidad y la autonomía hacen que la persona jurídica sea apta para el mundo de los derechos, de los deberes y de las relaciones jurídicas según un principio de igualdad, aunque no de identidad absoluta. Este tipo de entidad al ser racional y autónoma es por sí (per se), no por otro, es decir, es persona (personare), De alguna manera es substancial; y todo lo substancial es un supuesto, y el supuesto es sujeto, y si éste es racional y autónomo, sin duda alguna tiene que ser sujeto de derechos y deberes. Luego la persona jurídica es una entidad que se expresa jurídicamente como sujeto de derechos y deberes”.

CONCLUSIONES

El neoconstitucionalismo como teoría jurídica, reconocida por las Constituciones latinoamericanas, como la colombiana, ecuatoriana y boliviana, encuentran su fundamento en los textos constitucionales que surgen a finales de la Segunda Guerra Mundial, en los países europeos, e identifica el desarrollo de un Estado constitucional bajo la interpretación de los principios, los valores y las reglas. Teoría de pensamiento, la del neoconstitucionalismo, que tiene presencia en los textos constitucionales, las prácticas jurisprudenciales y los postulados teóricos a efectos de la interpretación de los contenidos de la Constitución y del Derecho.

Históricamente a nivel de los países latinoamericanos, la informalidad con el sistema, se evidenció con los movimientos constituyentes, para el caso de Colombia en 1991, Ecuador el 2008 y Bolivia en el 2009, todos ellos identificados con la búsqueda del

bienestar social y económico, en donde los textos constitucionales reconocen los derechos de las persona por el solo hecho de serlo como eje central del modelo constitucional, entendido desde el ámbito subjetivo, como el conjunto de facultades y atribuciones de la persona y, el objetivo, como el sistema de protección de la dignidad humana.

A efectos de la determinación como fundamentales de los derechos previstos en la constitución, a rúbrica y en serie materiae, el juez puede ampliar el listado para ellos contemplados por el texto constitucional.

Siendo así, y ante la existencia del reconocimiento de derechos a sujetos distintos de la persona humana, como tradicionalmente se ha concebido al sujeto de derechos, se ha alterado el paradigma en torno al “sujeto de derechos”, permitiendo se predique de categorías diferentes como la persona jurídica o bienes del medio ambiente como los ríos, determinada como entidad sujeto de derechos.

En conclusión, esta perspectiva en el cambio de paradigma respecto al “sujeto de derechos” representa un avance respecto de los derechos fundamentales latinoamericanos, no solo en su reconocimiento y ejercicio por parte de su titular de antaño, la persona humana, sino de aquellas categorizaciones que le sean diferentes pero que en aplicación de las práctica jurisprudencial de casos concreto se denominen como sujetos de derechos. El Estado debe ser el garante, en el modelo de Estado Constitucional, a través de las decisiones judiciales, la legislación y la elaboración de políticas públicas, del reconocimiento de estos derechos por los sujetos que así lo demanden.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constitución Política de Colombia (1991).

Constitución Política de Ecuador (2008).

Constitución Política de Bolivia (2009).

CARBONELL, Miguel y GARCÍA, Leonardo (2010). *El canon neoconstitucional*. Bogotá. Universidad Externado.

FUSTE Perello, Sebastián (2000). En, Tomás de Aquino. *La Trinidad en las personas*. En, Suma de Teología. I. Parte I. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos.

KELSEN, Hans (1989). *Teoría pura del Derecho*. Eudeba. Buenos Aires.

KHUN, Tomas (1962). *La estructura de las Revoluciones Científicas*. Fondo de Cultura Económica. México. p. 13 y p. 271.

MARTÍNEZ Dalmau, Rubén (2008). *El proceso constituyente boliviano*. La Paz, Bolivia, Oxfam, Gran Bretaña.

NOGUERA, Albert (2010). *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Editorial Tirant lo Blanch. España.

POZZOLO, Susana (2011). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Palestra. Lima.

VILLEY, Michel (1975). *La formación del pensamiento jurídico*. (La formation de la pensée juridique moderne). Monrchrétien Editions. Paris.

DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES INESPECÍFICOS A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. ESPECIAL REFERENCIA AL USO DEL CORREO ELECTRÓNICO, A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA CASATORIA LABORAL PERUANA, DE 10 DE MARZO DE 2017

Rebeca Karina Aparicio Aldana

© <https://orcid.org/0000-0002-7145-3731>

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de nuevas tecnologías ha provocado un cambio profundo en la forma de obtener y difundir información en todos los sectores sociales. El uso de plataformas virtuales en el trabajo supone un avance significativo para agilizarlo, abaratar costos, tener acceso rápido a información y al intercambio de ideas y opiniones lo que permite mejorar la eficacia y eficiencia de la empresa.

Ello, sin embargo, genera una serie de problemas jurídicos, más aún cuando no existe en el Perú una regulación expresa que disponga la adecuada conducta de los trabajadores y empleadores al respecto¹. De ahí que este trabajo se detenga en determinar cuál es el alcance jurídico legítimo del uso de una de estas nuevas tecnologías en las relaciones laborales: el correo electrónico, utilizando como estrategia para ello el análisis de la sentencia casatoria N° 14614 – 2016 – Lima, de 10 de marzo de 2017.

1 Actualmente existen dos proyectos de ley: 2604/2013-CR y 3329/2013-CR. Un análisis sobre su contenido y desarrollo en Vásquez (2017, pp. 71 -72).

Es necesario precisar que en este trabajo se citarán sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo español, así como sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las siglas para hacer referencia a estos pronunciamientos serán: Tribunal Constitucional Español: STCE, Tribunal Supremo Español: STSE, Tribunal Europeo de Derechos Humanos: STEDH, en lo que respecta a las sentencias peruanas se utilizarán las siglas usuales.

DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y DERECHO A LA INTIMIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES

El derecho al secreto de las comunicaciones impide la intromisión de terceros en el proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas, a través de cualquier soporte técnico, y su retención por cualquier medio (STCE 70/2002, de 3 de abril de 2002 (RTC 2002/70)), salvo autorización judicial. El artículo 10 de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho de toda persona: «al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados». Además, dispone que «las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley». Asimismo, deberá guardarse secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen y, de acuerdo con la constitución, cualquier documento privado obtenido con violación de este precepto no tendrá efecto legal alguno.

Como se puede observar esta norma no hace referencia expresa al correo electrónico, sin embargo, está claro que se trata de un medio de comunicación interpersonal que debe quedar amparado por este artículo (Marín, 2011, p. 32), así como cualquier otro tipo de tecnología comunicativa existente o que vaya apareciendo en el futuro (Fernández, 2008, p. 38). Ahora, el secreto de las comunica-

ciones, cuando éstas no tienen el tradicional formato documentario contenido en una misiva o carta, viene determinado por el soporte técnico que utilizan los interlocutores para transferirse información, por ello, para que este derecho produzca sus efectos, las comunicaciones tienen que ser realizadas mediante el empleo de canales cerrados de transmisión de mensajes; y, asimismo, debe garantizarse la capacidad objetiva del medio utilizado para proporcionar una expectativa razonable de secreto (Rodríguez, 1998, pp. 65-66).

Con esto no queremos decir que las comunicaciones persona a persona no gocen de la protección constitucional que brinda el derecho al secreto de las comunicaciones. Ello se debe, principalmente, al avance de las nuevas tecnologías (Serrano, 1980, p. 241). Es cierto que, en general, la comunicación «directa» no se realiza a través de medio técnico alguno, por lo que las garantías que se derivan de mantener la comunicación dentro de un canal cerrado no le son aplicables.

Sin embargo, actualmente, cada vez con más facilidad y sin mayores conocimientos técnicos, es posible que tal comunicación quede registrada a través de medios de grabación visual o sonora. En estos casos, obviamente, si un tercero interceptara tal comunicación, registrándola sin el consentimiento de las partes, vulneraría el derecho al secreto de las comunicaciones, pues, ajustando su ejercicio a la realidad actual, el mismo protege, también, cualquier proceso de transmisión de mensajes, incluido el de persona a persona, de su intromisión y retención, a través de cualquier medio técnico que terceros puedan realizar ilegítimamente sobre ellas. Queda claro, entonces, que el secreto en las comunicaciones opera respecto de terceros ajenos a la comunicación. Por ello, cuando tal intromisión no se produce, siendo el propio receptor de la información quien divulga la misma, el derecho al secreto de las comunicaciones no se vulnera.

Así, el derecho al secreto de las comunicaciones cuida mantener en reserva lo comunicado, incluso después de agotado el proceso

de transmisión (mensajes recibidos y guardados por el destinatario) (STCE 114/1984, de 29 de noviembre, fundamento jurídico 7 (RTC 1984\114)) y al margen de su contenido, es decir, afecte o no a la esfera íntima o personal. Esto último es lo que diferencia el derecho al secreto de las comunicaciones del derecho a la intimidad, en tanto, el derecho al secreto de las comunicaciones se predica de todo lo comunicado, pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado (Marín, 2005, p. 153), propio del derecho a la intimidad. Por ello, puede suceder que, aunque no se vulnere el derecho al secreto de las comunicaciones, porque quien ha divulgado la información es el propio receptor del mensaje o porque los interlocutores no utilicen un canal cerrado de comunicación, sí sea posible la vulneración del derecho a la intimidad.

Cabe precisar que, en lo que respecta al ejercicio del derecho a la intimidad en las relaciones laborales, debe distinguirse entre la intimidad en sentido estricto y la vida privada del trabajador.

La intimidad en sentido estricto es aquel ámbito excluido de cualquier intromisión ajena, en tanto se sitúa por completo en la interioridad del sujeto, fuera del alcance de los demás. De ahí que, naturalmente, este ámbito no esté dirigido a su exteriorización, salvo que voluntariamente el sujeto decida comunicarle a otro este aspecto personalísimo de su vida. Si tal manifestación se produjera, quien recibe la información no se encuentra autorizado, dado el carácter íntimo de lo revelado, a transmitir a un tercero ajeno lo que conoce, pues el único que tiene legítimo derecho para comunicar este aspecto reservado de su ser es el propio sujeto titular de ese mundo interior². Por lo dicho, la intimidad en sentido estricto del trabajador no puede ser, bajo ningún aspecto, objeto de control empresarial.

2 Posición similar en Pacheco (2007, p. 217).

Por su parte, el derecho a la vida privada se refiere a aquellos aspectos que se desenvuelven dentro de un círculo cerrado de personas cercanas y, por ello, su contenido puede ser conocido dentro de ese ámbito (Serna & Toller, 2000, p. 120). Así, el ejercicio del derecho a la vida privada genera un impacto en la participación en la vida colectiva, al implicar la previa existencia de una relación con otros. Por ello, aquellos aspectos de la vida privada que puedan generar algún tipo efecto sobre la relación laboral podrán ser objeto de control por parte del empresario, en tanto dichas acciones pueden afectar directa o indirectamente la actividad productiva de la empresa (Aparicio, 2016b, p. 57).

USO DEL ORDENADOR EN LA EMPRESA: UN DESARROLLO DOCTRINAL

Como ya dijimos, el uso de nuevas tecnologías ha modificado drásticamente los procesos de comunicación, producción y resultados de las empresas y, obviamente, ello ha generado un cambio profundo en el ejercicio de las relaciones laborales³. Uno de los efectos más notorios de la introducción de estas herramientas informáticas dentro de las corporaciones es el cuantioso tiempo que muchos de los trabajadores pasan delante de un computador con el fin de cumplir las funciones que le han sido encomendadas; instrumento que no sólo permite al trabajador mantener una relación con su empleador y compañeros de trabajo, sino que le conecta con el mundo, permitiéndole, también, relacionarse con su entorno más íntimo o cercano.

3 Así, por ejemplo, muchos de los más importantes documentos laborales, como, boletas de pago, certificados de trabajo liquidaciones entre otros, pueden ser generados actualmente con el uso de las nuevas tecnologías. Al respecto Valderrama (2017, pp. 45-48).

Además, en la mayoría de ocasiones, el computador que utiliza el trabajador para desarrollar su prestación es de propiedad del empleador y, ello, lo convierte en una herramienta de trabajo, sobre la cual el trabajador no puede «gozar o disponer» para fines personales o privados.

El trabajador es un mero usuario del computador y, en tanto subordinado a las directrices del empleador, debe utilizarlo para satisfacer los intereses empresariales, pues la empresa es la legítima titular de este instrumento, por lo que no se puede afirmar que el trabajador tenga un título originario sobre tales herramientas informáticas, pues las computadoras se sitúan frente al trabajador en una posición de ajenidad similar a la que existe respecto del resto de bienes muebles e inmuebles que pertenecen a la empresa⁴.

Ello supone que en principio el empleador se encuentra legitimado para prohibir el uso personal del trabajador de las computadoras de la empresa y para realizar controles sobre las computadoras que son de su propiedad.

Sin embargo, con la finalidad de no vulnerar los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones es necesario tener en cuenta:

1. En relación con la prohibición de uso personal del ordenador es importante señalar que ello no significa que el empleador no se encuentre obligado a tolerar el uso razonable de tales herramientas informáticas para fines personales por parte de los trabajadores, ello debido al uso habitual y constante de esta herramienta por parte de los empleados. Lo que se prohíbe es el uso abusivo que suponga un descuido en el desarrollo de las funciones o una utilización contraria a los objetivos propios de la actividad empresarial. Sin embargo, dado

4 En el mismo sentido Montoya (2009, p. 39).

el fin para el que debe utilizarse el aparato, esta prohibición también genera en el empleador la presunción de que el grueso de los mensajes y contenidos que obran en el computador son de carácter laboral.

2. Los tipos de controles que el empleador puede realizar sobre las computadoras de la empresa.
3. La diferencia entre el computador (capacidad de memoria propia del aparato y los programas, redes o sistemas corporativos) y las páginas de redes sociales, correos electrónicos, chats y otros cuya titularidad puede ser diversa y que tienen origen en internet.

Con respecto a los tipos de controles estos pueden ser:

- a. El realizado para efectos de vigilar el cumplimiento de la prestación laboral a través del uso profesional de los instrumentos informáticos de la empresa.
- b. El que supervisa que las herramientas informáticas no son utilizadas para fines personales o ajenos a su prestación de trabajo, lo que supone la revisión del contenido de las comunicaciones realizadas por los trabajadores.

En el primer caso, dado que lo único que se pretende es determinar si la herramienta informática es utilizada adecuada y profesionalmente para fines laborales, basta que en la vigilancia empresarial se utilicen medios no invasivos, como, por ejemplo, programas de control a distancia que no permitan acceder al contenido de lo comunicado, sino únicamente a datos suficientes para saber si el uso del ordenador es laboral o no y, de identificar un uso extra laboral, la hora y duración de la utilización para fines personales, para establecer si tal uso es o no abusivo; de igual forma si el problema es de cantidad de información guardada en el ordenador, simple-

mente se deberá revisar el número de GBs disponibles o utilizados con el objeto de conocer si lo almacenado en el sistema es lo que ocasiona la lentitud del aparato⁵. Así, sólo aquellos usos personales irracionales dentro del horario de trabajo de los sistemas informáticos de la empresa podrán ser sancionados por el empleador⁶; ello, sin perjuicio del uso de sistemas preventivos de filtro que permitan bloquear determinadas páginas o descargar archivos de ocio.

En el segundo tipo de control, que sí implica la posibilidad de una revisión de los contenidos o mensajes que obran en el computador, debe tenerse en cuenta que la prohibición de uso personal genera una serie de efectos jurídicos en relación con la posibilidad de control del correo electrónico corporativo de la empresa, efectos que pueden extenderse a cualquier otro medio de transmisión de mensajes corporativos como los chats o *messenger*.

El primero es que esta prohibición convierte al correo electrónico corporativo en un canal abierto de comunicación, pues el empleador puede, por el carácter de herramienta de trabajo del instrumento y la presunción de que el grueso de su contenido será estrictamente laboral, realizar un control sobre los mensajes que obran en dicho correo electrónico lo que supone romper la expectativa razonable de secreto de las comunicaciones. Así, la revisión de los contenidos o mensajes que obran en el correo electrónico corporativo no supondrá una intromisión ilegítima por parte del empresario, no vulnerando, entonces, el derecho al secreto de las comunicaciones⁷.

5 Respecto a los diversos métodos de control empresarial sobre las herramientas informáticas que proporciona a sus trabajadores Martínez, Luna, Infante & Martínez (2003, pp. 1428-1429).

6 STSJ Cataluña, de 28 de enero de 2005 (JUR 2005, 81636).

7 Posición similar: STC Exp. N° 00114- 2011-PA/TC, de 10 de enero de 2012, fundamento jurídico 9 del Magistrado ETO CRUZ.

Ahora, con el fin de no vulnerar el derecho a la intimidad para realizar este tipo de control sobre los contenidos y mensajes del correo electrónico corporativo es necesario que existan indicios razonables de incumplimiento laboral que legitimen el acceso a dicha información, como podrían ser, por ejemplo, la existencia de indicios de filtración de información de la empresa a la competencia, uso de un lenguaje irrespetuoso dirigido a ofender a los jefes o compañeros de trabajo, transmisión de información falsa de la empresa o que suponga la vulneración del derecho al honor de personal, clientes o usuarios de la corporación, entre otros.

De esta forma se garantiza que el empleador no utilice estos controles sobre los contenidos de forma arbitraria, sin tener en cuenta las particulares circunstancias de la relación laboral que se pretende vigilar, sino que su elección, en torno a los tipos de control sobre los medios informáticos de la empresa, debe ser la más idónea, oportuna y necesaria, ajustándose al objeto que se pretende conseguir con la vigilancia y supervisión de las actividades laborales del trabajador (Aparicio, 2016b, p. 103).

En este orden de ideas, de no existir estos indicios razonables de incumplimiento sólo cabe que el empleador realice el primer tipo de control sobre la herramienta informática, por su carácter no invasivo de los mensajes y contenidos que obran en el correo electrónico corporativo (Roig, 2007, p. 74 y 78). Por el contrario, de existir estos indicios, el control sobre los mensajes que obran en el correo electrónico será legítimo al tener como fin el comprobar si efectivamente el trabajador o trabajadores incumplen con sus deberes laborales.

En relación con la diferencia entre el computador y sistemas corporativos (capacidad de memoria propia del aparato y los programas, redes corporativas) y las páginas de redes sociales, correos electrónicos, chats y otros, cuya titularidad puede ser diversa y que tienen origen en internet, habría que decir lo siguiente:

Actualmente, es posible que los trabajadores cuenten con una serie de medios de comunicación electrónica que pueden ser abiertos en cualquier plataforma que tenga internet, como, el computador de la empresa. Así, existen el correo electrónico personal, los sistemas *messenger*, las redes sociales, etc., todos estos sistemas pueden ser de titularidad del trabajador, aunque la apertura y uso de los mismos se desarrolle utilizando el computador que la empresa les ha proporcionado para desarrollar sus funciones laborales.

Dado que los trabajadores pueden utilizar las computadoras de la empresa para abrir estos sistemas informáticos personales, el empleador se encuentra legitimado para realizar sobre ellos el primer tipo de control, es decir, vigilar que esta herramienta informática corporativa sea utilizada, principalmente, para los fines a los cuales está dirigida. Por ello, a través de métodos no invasivos de los contenidos que obran en estos medios de comunicación, podrá controlar, por ejemplo, el tiempo en que el trabajador utiliza estos sistemas o el “peso” de la extensión web que puede afectar al soporte informático al hacerlo más lento o no permitir almacenar más información, etc.

Ahora, con respecto al control de contenidos ya hemos adelantado que si se tratara de correos electrónicos corporativos o cualquier otro medio de transmisión de mensajes, cuya titularidad sea de la empresa (incluyendo servicios de mensajería instantánea y redes sociales), el empleador se encontrará legitimado a realizar, no sólo el primer tipo de control, sino también a revisar los contenidos de los mensajes, siempre y cuando, exista previamente indicios razonables de incumplimiento, sin que ello suponga una vulneración, ni al derecho al secreto de las comunicaciones (al encontrarse en un canal abierto de comunicación), ni al derecho a la intimidad (al presumirse el carácter laboral del grueso de las comunicaciones y el posible incumplimiento de las obligaciones de uno o varios de los trabajadores).

Por el contrario, en el caso de sistemas informáticos cuya titularidad es del trabajador, como correos electrónicos personales, redes sociales (*Facebook, Twitter, LinkedIn*, etc.) o sistemas de mensajería instantánea personal como (*Yahoo o Hot Messenger*), el empleador no podría realizar un control de contenidos cuando el trabajador utilice el computador que la empresa le ha asignado para revisar esos sistemas, porque no es el titular de la cuenta, ello debido a que, aunque el soporte de estas comunicaciones pertenece a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que ésta pueda arrogarse de forma exclusiva y excluyente la titularidad de todos las páginas de internet que se abran o revisen en el aparato⁸, y, por ende, la única posibilidad para que tal control empresarial sobre las cuentas personales de los trabajadores se produzca sería contar con autorización judicial (STC EXPN°1058-2004-AA/TC, de 18 de agosto de 2004).

ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

La primera de las sentencias en donde el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el uso de las nuevas tecnologías dentro de la empresa es la contenida en el EXP. 1058-2004-AA/TC, de 18 de agosto de 2004. Los hechos eran los siguientes: Rafael Francisco García Mendoza trabajador de SERPOST (Correos del Perú) es despedido por haber utilizado, supuestamente, de forma indebida recursos públicos dentro del horario de trabajo habiéndose constatado el envío de material pornográfico, a través de su correo electrónico personal «*Lotus notes*» utilizando para ello la computadora propiedad de la empresa.

El trabajador interpone demanda solicitando se deje sin efecto la Carta N° 505- G/02 de 21 de junio de 2002 mediante la cual se resuelve su vínculo laboral y, por consiguiente, se ordene su reposi-

8 Al respecto Aparicio (2016a, pp. 109–114).

ción en el cargo que venía desempeñando. El derecho fundamental que el demandante alega es la vulneración del derecho al debido proceso laboral en tanto no se le ha permitido, desde el momento mismo de su imputación, el ingreso a la empresa lo que no le ha permitido ejercer adecuadamente su derecho de defensa⁹.

El Tribunal Constitucional peruano se percata de que, el presente caso se encuentra directamente relacionado con la protección de los derechos constitucionales del actor a la privacidad y a la reserva de sus comunicaciones, en las relaciones laborales: el saber si los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus labores puede considerarse dominio absoluto de la entidad o empresa para la que labora, o, si por el contrario existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno de los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera irrazonable. Para ello destaca los siguientes hechos:

1. Que el nuevo subgerente de Recursos humanos de la empresa solicitó la intervención de notario público con el fin de constatar la existencia de correos pornográficos almacenados en la computadora u ordenador que le había sido asignado y que anteriormente se había encontrado en posesión del trabajador Javier Arévalo.
2. Producto de esta constatación se ingresa, sin autorización, al correo electrónico personal (*Inbox Lotus notes*) del trabajador Javier Arévalo en donde se percatan de la existencia de correos electrónicos de contenido pornográfico enviados por el demandante Rafael García, supuestamente remitidos desde otra computadora u ordenador de SERPOST.

De lo dicho el Tribunal llega a las siguientes conclusiones: 1. Que

⁹ Un comentario a esta sentencia en Toyama & Irujo (2011, pp. 21-32) y Puntriano (2012, págs. 171-181).

no fue en la computadora del recurrente en donde se hizo la constatación notarial de los correos cuestionados, sino la de un tercero; 2. Que, pese a que los correos enviados pertenecían a otra persona, en este caso el Sr. Javier Arévalo, el sub gerente de recursos humanos procedió *motu proprio* a abrirlos y a revisarlos, sin autorización de quien, en todo caso, era el único y excluyente destinatario de los mismos; 3. Que no existe denuncia alguna sobre el envío de los correos por parte de su verdadero destinatario, quien, en todo caso, tendría que considerarse el supuesto agraviado y no la persona que ha promovido la denuncia; 4. Además, en el momento en que la demandada procedió a revisar el ordenador del actor, hecho que se produce el mismo día en que se cursa carta de imputación de cargos y se le impide el ingreso al centro de trabajo, no se llegó a verificar técnicamente la existencia de correos originalmente remitidos desde la unidad de cómputo que le fue asignada, por lo cual, señala el Tribunal debió procederse a una investigación mucho más profunda y detallada y no a una decisión inmediata.

Teniendo en cuenta estos hechos el Tribunal señala:

1. Que, aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado.
2. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le

pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo.

3. Que, la relación laboral no pueda desconocer los derechos fundamentales de los trabajadores. Ahora, ello no significa que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones laborales de tal manera que éstas terminen por desvirtuarse o desnaturalizarse. En tales supuestos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario. Sin embargo, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es respetar las propias limitaciones establecidas por la Constitución y, en segundo lugar, implementar mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir los objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores y las entidades empleadoras a las cuales pertenecen.
4. Lo que se plantea en el presente caso no es, sin embargo, que la empresa demandada no haya podido investigar un hecho que, a su juicio, consideraba reprochable, como lo es el uso de un instrumento informático para fines eminentemente personales, sino el procedimiento que ha utilizado a efectos de comprobar la presunta responsabilidad del trabajador investigado. Sobre este particular, es claro que si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos

casos, la propia Constitución (artículo 2.10). La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que, evidentemente, no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías pre-determinadas por la ley.

5. La demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que la forma como ha obtenido los elementos presuntamente inculpativos no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos, pues conforme lo establece la última parte del artículo 2º, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señaladas no tienen efecto legal. Dicho todo esto, el Tribunal Constitucional declara fundada la acción de amparo.

Otro pronunciamiento de importancia es la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 04224-2009- PA/TC, de 19 de julio del 2011¹⁰. Una trabajadora de la Caja Municipal de ahorro y crédito de Tacna que se desempeñaba como jefa encargada del órgano de control institucional (OCI) es despedida por comunicarse, a través de su correo electrónico personal (Hotmail), con un ex trabajador brindándole información confidencial de la institución y dañando la honorabilidad del Presidente Director y de la Gerencia utilizando, para ello, la computadora u ordenador de la empresa. Aduciendo argumentos similares a los contenidos en la Sentencia anterior, el Tribunal Constitucional declara fundado el recurso de amparo.

10 Un comentario a esta sentencia en Ulloa (2011, págs. 63-68).

Quizá, la principal novedad de esta sentencia sea - dado que de la carta de despido se desprende que la emplazada usó los correos electrónicos de cuentas privadas para imputar a la trabajadora la falta grave- que el Tribunal recalque que según la Constitución los medios de prueba utilizados por la empresa carecerían de validez al haberse obtenido vulnerando el procedimiento judicial respectivo, convirtiéndose en medios de prueba ilícitos. Por ello, de conformidad con el artículo 8 del Código Procesal Constitucional - que expresa que cuando exista causa probable de la comisión de un delito, el juez, en la sentencia que declara fundada la demanda, dispondrá la remisión de los actuados al Fiscal Penal que corresponda para los fines pertinentes de ley - el Tribunal Constitucional remite copias al Ministerio Público, a fin de que proceda conforme a sus atribuciones.

Las dos últimas sentencias del Tribunal Constitucional sobre el uso de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales no se refieren a la utilización del correo electrónico, sino a mensajes extraídos de chat virtual. Ambos pronunciamientos recaídos el 10 de enero de 2012, el contenido en el EXP. 03599-2010- PA/TC y el que obra en el EXP. 00114-2011- PA/TC se refieren a procesos de amparo interpuestos contra la misma empresa que contienen los mismos hechos y se resuelven de forma idéntica. En ellos, unos trabajadores de Telefónica del Perú fueron despedidos por la utilización indebida de bienes de la empresa, en concreto, del comando de mensajería instantánea que se le había brindado para desempeñar sus funciones. Los trabajadores alegan violación del derecho al secreto de las comunicaciones y, por ello afirman que las pruebas en las que se asientan tales imputaciones no pueden considerarse pruebas válidas. Dado que se declara por mayoría fundada la demanda es necesario destacar los distintos argumentos de los magistrados del Tribunal Constitucional siendo estos los siguientes¹¹:

11 También puede encontrarse una exposición resumida de dichos argumentos en De Lama (2012, pág. 110).

1. *Magistrado Masías Ramírez*: El comando de mensajería instantánea que proporciona el empleador a sus trabajadores es una forma de comunicación que al igual que la correspondencia se encuentra protegido por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, en tanto puede incluirse dentro conceptos de vida privada y de correspondencia por lo que se encuentra protegido, por el artículo 2.10 de la Constitución Política. En este sentido, el empleador se encuentra prohibido de conocer el contenido de las conversaciones contenidas en los programas de mensajería instantánea que le haya proporcionado al trabajador, así como interceptarlos, intervenirlos o registrarlos, pues ello vulnera el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. La única forma de acreditar que el trabajador utiliza inadecuadamente los servicios de mensajería sería iniciar una investigación de tipo judicial.

Por ello -en razón de que la sociedad emplazada interceptó las conversaciones personales mantenidas entre los actores con otros trabajadores de contenido sexual y soez que obran en el servicio de mensajería instantánea *Net Send* que les brindó la empresa, sin que exista una resolución judicial que autorice dicha intervención- el despido de los demandantes vulnera el derecho al secreto a la inviolabilidad de las comunicaciones, pues las pruebas que justifican y sustentan el despido son pruebas prohibidas que no pueden ser utilizadas o valoradas por haberse obtenido inconstitucionalmente, razón por la cual se debe estimar la demanda.

2. *Magistrado Calle Hayen*: Sostiene argumentos parecidos al anterior magistrado afirmando la existencia de una violación del secreto de las comunicaciones y, en consecuencia, la ilegalidad e ilicitud de las pruebas obtenidas. Pero, pese a lo dicho se detiene a analizar si la falta cometida por los actores y la sanción recibida, el despido, son adecuadas. Afirma que las actividades que le han sido atribuidas a los trabajadores, si bien aparecen en el artículo 50 del Reglamento Interno de Trabajo de la empresa que dispone: «En caso de proporcionarle, la empresa, al trabajador acceso a un

terminal de computo u ordenador personal este queda obligado a usar el mismo y sus equipos periféricos (...) con fines exclusivamente laborales y para actividades relacionadas con los fines de la empresa y específicamente para la relación de tareas que le han sido encomendadas»; no especifica, si se trata de una falta grave o leve, ni la sanción que debe imponerse ante la comisión de la misma.

Por ello, dada la inexistencia de dicha calificación no puede aplicarse directamente el despido, sin perjuicio de que la empresa empleadora pueda aplicar medidas correctivas siguiendo los principios *pro hominen*, *induvio pro operario*, el derecho al debido proceso, razonabilidad y proporcionalidad establecidos por el Tribunal Constitucional. Por todo ello, declara fundada la demanda.

3. *Magistrado Eto Cruz*: Concluye que para que se configure el secreto de las comunicaciones no es suficiente que dicha comunicación se haya realizado mediante un medio físico o técnico, sino que es necesario que dicho medio haya sido utilizado con el objeto de efectuar una comunicación destinada a una persona en particular o a un grupo cerrado de participantes y que, adicionalmente a ello, se realice por medios que objetivamente hagan presumir a una persona que la comunicación se mantendrá en secreto. Estos elementos son los que configuran una «expectativa de secreto o confidencialidad».

En el caso de las relaciones laborales, cuando la empresa otorga a sus trabajadores determinados medios técnicos, como correo electrónico corporativo o el chat interno, con el objeto que sea utilizado para fines laborales, el trabajador no puede deducir, objetiva y razonablemente, que dicho medio técnico cuente con la garantía de secreto o de confidencialidad, pues ni el medio le pertenece, ni le ha sido entregado con otros fines que queden fuera de la esfera de los intereses del empleador, por ello, difícilmente, puede darse una expectativa razonable de secreto o de confidencialidad.

Sin embargo, al existir cierta presencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos facilitados a los trabajadores por la empresa, este hábito puede generar en el trabajador una expectativa razonable de secreto o confidencialidad de las comunicaciones entabladas, a través del chat personal o el e-mail laboral.

Por ello resulta imperioso que el empleador explicité por escrito y a través de medios de información idóneos, sus políticas respecto al uso exclusivamente laboral de los recursos informáticos de la empresa y la posibilidad de efectuar controles que sean necesarios para verificar el adecuado uso de dichos medios. Cuando el empleador adopte estos recaudos no habrá generado en el trabajador ninguna expectativa de secreto o confidencialidad sobre las comunicaciones efectuadas, a través de recursos informáticos de la empresa, por lo que dichas comunicaciones no se encontrarán protegidas por el derecho al secreto de las comunicaciones.

Ahora, según el magistrado no existe en el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa ninguna alusión al uso de las tecnologías de la información por parte de los trabajadores, ni de las formas de utilización de las mismas, ni de la capacidad de fiscalización, ni menos aún de las sanciones correspondientes para su uso indebido. Dicha ausencia generó en los trabajadores una expectativa de secreto y de confidencialidad de las comunicaciones realizadas por el chat o el servicio de mensajería interno de la empresa y, por lo tanto, dichas comunicaciones sí se encontraban protegidas por el derecho al secreto de las comunicaciones. Por ello declara fundada la demanda de amparo¹².

12 Los argumentos que sostiene el Dr. ETO CRUZ encuentran su fundamento en la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 26 de septiembre de 2007. En el Perú presentan un resumen de esta Sentencia (Gamboa & Morachino, 2011, págs. 72-73).

4. *Magistrado Álvarez Miranda*: Señala que las cuentas proporcionadas por el empleador al estar vinculadas al dominio de la empresa deben ser utilizadas para usos estrictamente laborales. El empleador estará legitimado para velar por su correcto uso, no sólo porque su marca o nombre comercial podría perjudicarse al involucrarse en problemas no deseados, sino porque incluso podría comprometerse al empleador en litigios, tanto de naturaleza contractual como extracontractual.

Por ello no debe asimilarse mecánicamente el tratamiento de las cuentas privadas a las laborales, en tanto los sistemas informáticos entregados a los trabajadores son herramientas de trabajo y, por lo tanto, no se puede deducir que se haya generado una expectativa razonable de confidencialidad, más aún cuando el artículo 14 del Reglamento Interno de Trabajo estipula que los bienes de la empresa no pueden ser utilizados para fines distintos a los señalados al momento de su asignación. Por ello considera que debe declararse INFUNDADA la demanda.

5. *Magistrado Urviola Hani*: Destaca, que pese a que el Magistrado Eto Cruz afirma la inexistencia en el Reglamento Interno de Trabajo de disposiciones al respecto, en dicha norma interna existen varios artículos que podían servir de sustento para considerar que los trabajadores no contaba con una expectativa razonable de secreto y confidencialidad, por lo que las herramientas informáticas entregadas por el empleador a sus trabajadores deben ser utilizadas para fines vinculados a la labor que realiza el trabajador y no para conversaciones durante el horario de trabajo que nada tienen que ver con la labores realizadas por las demandantes. En conclusión, para este magistrado debe desestimarse la demanda.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA CASATORIA LABORAL Nº 14614 – 2016 – LIMA

Resumen del pronunciamiento

En el presente caso el Sindicato Único Nacional de Trabajadores de Nestlé Perú S.A. impugna, entre otros, los artículos 45 y 46 del Reglamento Interno de Trabajo, referidos al uso del computador y del correo electrónico en la empresa.

Estos artículos señalan lo siguiente:

Artículo 44°.- Son herramientas de trabajo de propiedad de Nestlé, entre otros, las computadoras – incluidas las cuentas de correo electrónico (e-mails)- la página web, los programas e información que haya en las mismas.

El personal de la empresa no debe mantener almacenado en los servidores de Nestlé archivos que no tienen relación con las necesidades del negocio, esto es: almacenamiento de música, videos, cadenas, juegos y diversos archivos ajenos a las actividades propias de la compañía. (...).

Artículo 45°.- En el caso que el colaborador tenga un correo electrónico asignado por la empresa, este es el responsable de su uso, estando reservado exclusivamente para actividades propias de su labor en Nestlé, por tanto, la empresa está facultada para revisar el contenido de los mismos. Los mensajes deberán ser redactados como si fuera un documento que pudiera llegar a ser parte de los archivos de la Compañía y que podría ser utilizado como evidencia por las autoridades judiciales. (...).

El sindicato afirma que la empresa empleadora no puede atribuirse la propiedad sobre la información que pudiera encontrarse en el equipo de cómputo que se le haya proporcionado al trabaja-

dor para realizar sus funciones, pues ello atentaría contra el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones y su privacidad previstos en el inciso 10) artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Al respecto, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia resuelve señalando que, si bien es cierto, los empleadores tienen facultades de control sobre la actividad laboral de sus trabajadores esta facultad de dirección y control no es irrestricta. Refiriéndose expresamente al uso del correo electrónico, señala que, aunque no existe una regulación en torno a las cuentas de correo electrónico por parte de los trabajadores, a través de los terminales de la empresa, dicho instrumento informático, dada su naturaleza de correspondencia, mensaje, archivo, dato o información electrónica, debe ser considerado como el equivalente electrónico del correo convencional de papel, constituyendo, por ende, una comunicación interpersonal y, por ello, bajo este contexto cualquier intromisión en tales correos supone una vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad y privacidad del trabajador¹³.

Con el fin de consolidar sus argumentos, la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria trae a colación, las sentencias del Tribunal Constitucional N° 1058 – 2004- AA- TC, 04224-2009- PA/TC y 3599-2010-PA-TC resaltando sus siguientes pasajes:

(...), es claro que si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo

13 La Sentencia se vale de doctrina extranjera para sustentar sus afirmaciones, así, sic erat scriptum, cita a: Gelli, M. A. «Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada», La Ley, Buenos Aires, 2003 y Molina Quiroga, Eduardo. «Utilización del correo electrónico en el ámbito laboral», en temas esenciales del derecho laboral (Homenaje al Dr. Santiago J. Rubinshtein) citado por Julio Armando Grisola (coordinado), Sociedad Argentina de derecho laboral editores, Buenos Aires, 2009.

era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución. La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley.

(...) si bien la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que ésta pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo. En tal sentido, si bien el empleador goza de las facultades de organizar, fiscalizar y sancionar, de ser el caso, si el trabajador incumple sus obligaciones; esto no quiere decir que se vean limitados los derechos constitucionales de los trabajadores, como lo establece el artículo 23, tercer párrafo, de la Constitución; y tampoco significa que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse (STC 1058-2004-PA/TC). En tal sentido, en el presente caso, si se trataba de determinar que el trabajador utilizó el correo electrónico en forma desproporcionada en horas de trabajo para fines distintos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución, otorgándole las garantías del caso.

Ahora bien, en relación al contenido de los mensajes del correo electrónico ha expresado que: “(...) el empleador se encuentra prohibido de conocer el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea que haya proporcionado al trabajador, así como de interceptarlos, intervenirlos o registrarlos, pues ello vulnera el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones”; empero no deja de precisar que, “(...) resulta imperioso que el empleador explicita, por escrito y a través de los medios de información más idóneos, su política respecto al uso exclusivamente laboral de los recursos informáticos de la empresa y la posibilidad de efectuar los controles que sean necesarios para verificar el adecuado uso de dichos medios informáticos.

Las comunicaciones efectuadas a través de un correo electrónico personal o de un chat o mensajero externo, aun cuando se hayan realizado desde la computadora del centro laboral, sí se encuentran protegidas por el derecho al secreto de las comunicaciones, (...) dada su titularidad en la persona del trabajador, la clave personal que se maneja para acceder y su utilización para fines estrictamente personales. Sobre dichas comunicaciones no cabe pues, salvo con las previsiones establecidas en el artículo 2, inciso 10 de la Constitución, ninguna clase de interferencia o intervención por parte de terceros o del Estado.

Teniendo en cuenta estos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la Segunda Sala la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria considera que es un exceso por parte de Nestlé Perú S.A. que se señale como propietaria de las cuentas de correo electrónico y de su contenido, por lo que admitir como válida la posibilidad de que el empleador ingrese a las cuentas e-mail de sus trabajadores, contenidas en el artículo 44 y 45 del Reglamento Interno de Trabajo de la demanda significa colisionar con las normas constitucionales, por lo que declara Infundado el recurso de casación interpuesto por la empleadora dando la razón al sindicato.

CRÍTICA A LA SENTENCIA

Este pronunciamiento acierta cuando afirma que efectivamente no se puede admitir como jurídicamente lícito que el empleador se atribuya la calidad de propietario de todas las cuentas de correos electrónicos, páginas web o programas que existan en las mismas, por ello, no se equivoca al considerar como inconstitucional el primer párrafo del artículo 44 del Reglamento Interno de trabajo de Nestlé Perú S.A. porque esta disposición justamente consideraba al empleador como titular de todos estos sistemas informáticos obrantes en el computador cuando, con la existencia de internet, es posible que tales instrumentos de comunicación se encuentren en la nube informática y que su titularidad sea del trabajador, aunque este utilice como soporte la computadora de la empresa para revisarlos.

En el caso de encontrarnos con estas cuentas de titularidad del trabajador resulta pertinente la aplicación por la Sala de las sentencias N° 1058 – 2004- AA-TC y 04224 – 2009 – PA/TC referidas a correo electrónico personal, pues nos encontraríamos frente a un sistema que debe ser tratado analógicamente como un correo convencional en papel y, por lo tanto, el empleador no puede realizar ningún tipo de control sobre estos servicios de correo personal, salvo que cuente con una autorización expresa del trabajador titular o con autorización judicial. Sin embargo, discrepamos con el hecho de que la sentencia coloca en el mismo saco de inconstitucionalidad al artículo 45 y no se pronuncia en absoluto sobre la constitucionalidad o no del segundo párrafo del artículo 44.

Con respecto al segundo párrafo del artículo 44 este establece que «el personal de la empresa no debe mantener almacenado en los servidores de Nestlé archivos que no tengan relación con las necesidades del negocio, esto es: almacenamiento de música, vídeos, cadenas, juegos y diversos archivos ajenos a las actividades propias de la compañía».

Este párrafo del artículo 44 del Reglamento Interno de Trabajo del empleador no tiene ni un atisbo de inconstitucionalidad, pues el empleador con esta disposición sólo hace ejercicio legítimo de su poder de dirección y de su carácter de propietario del computador y, por ende, de su memoria de datos. En consecuencia, el hecho de que el empleador disponga que no se almacenen en la memoria del computador cosas ajenas a la corporación, no es otra cosa que un ejemplo de ejercicio, puro y duro, del poder de dirección empresarial.

Con respecto al artículo 45 del Reglamento Interno de Trabajo de la empresa, habría que decir lo siguiente:

1. Este artículo hace alusión al uso del correo corporativo, no al de un e – mail personal.
2. La Sala, cuando fundamenta su resolución utiliza sentencias del Tribunal Constitucional sin distinguir entre las que hacen referencias al correo electrónico personal (STC Exp. N° 1058 – 2004- AA-TC y 04224 – 2009 – PA/TC) y la aquella referida al correo electrónico corporativo (STC Exp. N° 3599 – 2010- PA- TC), suponemos que ello se debe a que, independientemente del tipo de correo electrónico del que se trate, el Tribunal Constitucional resuelve que el empleador no puede realizar controles sobre los contenidos.
3. Consideramos, por ello, que la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria desaprovechó la oportunidad de apartarse del criterio del Tribunal Constitucional y pronunciarse sobre los efectos en uno y en otro caso, pues como hemos visto líneas arriba, el control del correo electrónico personal y del correo electrónico corporativo merecen un tratamiento diferenciado en lo que respecta a las facultades de control del empresario, pues, dado que se trata de una herramienta de trabajo de titularidad de empleador, pueden ser objeto tanto de vigilancia sobre su uso laboral, como de revisión de sus

contenidos, en este último caso, siempre y cuando, existan indicios razonables de incumplimiento de los deberes laborales por parte del trabajador, sin que ello signifique la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y del derecho a la intimidad.

Tal apartamiento sería posible, en principio, porque la sentencia del Tribunal Constitucional antes referida no constituyó precedente vinculante y, aún si lo fuera tanto, el Tribunal Constitucional como la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema podrían apartarse de este criterio (Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), siempre y cuando, motiven debidamente su decisión (Vinatea & Toyama, 2012, p. 56), dado que existen suficientes elementos para considerar legítimo el control empresarial sobre los correos electrónicos corporativos, más aún cuando, si tenemos a la vista la STC Exp. N° 3599 – 2010- PA- TC, las opiniones de los magistrados se encuentran divididas, e incluso alguno de ellos prevé como posible los controles empresariales sobre los correos electrónicos corporativos, tal y como se puede constatar de los fundamentos del Tribunal Constitucional que la propia sentencia casatoria trae a colación¹⁴.

CONCLUSIONES

1. El empleador no se encuentra legitimado a realizar un control sobre correos electrónicos personales de los trabajadores al ser ellos titulares de la cuenta por lo que estos deben ser tratados de manera similar a los correos tradicionales en papel.
2. Por el contrario, consideramos que de tratarse de correos electrónicos corporativos, el empleador es el titular de los

14 Fundamento 15 del voto del Magistrado ETO CRUZ de la STC Exp. N° 3599 – 2010- PA- TC, contenido en el considerando Décimo Séptimo de la Casación Laboral 14614 – 2016- Lima.

mismos, pudiendo establecer, por ejemplo, el uso estrictamente laboral de estas herramientas, lo que provoca el rompimiento de la expectativa de secreto de las comunicaciones, en tanto que estos instrumentos pueden ser pasibles de cualquiera de los dos tipos de control que sobre los mismos puede realizar el empleador, pues se presume que el grueso de su contenido es estrictamente laboral, sin que estos controles supongan una vulneración al derecho al secreto de las comunicaciones, en el primer tipo de control por no ser invasivo, en el segundo, porque, como ya hemos dicho, nos encontramos frente a un canal abierto de comunicación. Ahora, para evitar que el control sobre contenidos se realice de forma arbitraria, en tanto es pasible de lesionar el derecho a la intimidad de los trabajadores, es necesario que existan indicios razonables de incumplimiento para que el control sobre los mensajes y contenidos que obran en el correo electrónico sea legítimo.

3. La sentencia materia de análisis acierta al afirmar que no todos los sistemas que existen en el ordenador pueden ser considerados como propiedad del empleador y, por ello, efectivamente resulta inconstitucional el primer párrafo del artículo 44 del Reglamento Interno de Trabajo.
4. Sin embargo, discrepamos con el hecho de no haberse pronunciado sobre el segundo párrafo del referido artículo, en tanto consideramos que este al establecer la prohibición de almacenar información ajena a la empresa en el computador hace ejercicio legítimo de su poder de dirección.
5. Criticamos, también, el hecho de considerar inconstitucional el control empresarial sobre los correos electrónicos corporativos, porque este es un supuesto distinto al del correo electrónico personal, y, por ende, tanto el Tribunal Constitucional como la Sala Constitucional y Social deben reconducir sus fundamentos al respecto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APARICIO ALDANA, R. K. (2016a). Servicios de mensajería personal del trabajador y ordenador de la empresa. A propósito de la STEDH, de 12 de enero de 2016 (Caso BĂRBULESCU v. Rumanía). *Revista iberoamericana de derecho informático*, núm. 1.

APARICIO ALDANA, R. K. (2016b). *Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico laborales*. Cizur menor: Aranzadi – Thomson Reuters.

DE LAMA LAURA, M.G. (2012). El uso sindical del e-mail laboral. Comentario a un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema, *Soluciones Laborales*, núm. 57.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L. (2008). Estudio de la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el secreto de las telecomunicaciones entre particulares, en especial en el ámbito de la empresa, *Revista Aranzadi Doctrinal Civil- Mercantil*, núm. 3, parte Estudio.

GAMBOA RODRÍGUEZ, F. & Morachino Lozada, M. (2011). ¿Soñó Henry Ford con dirigir un panóptico? Uso y control de las herramientas tecnológicas en el centro laboral. *Gaceta Constitucional*, núm. 44.

MARÍN ALONSO, I. (2011). La utilización del correo electrónico por los sindicatos o sus secciones sindicales para transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados o trabajadores en general. *Aranzadi Social*, núm. 1.

MARÍN ALONSO, I. (2005). *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Valencia: Tirant lo Blanch.

MARTÍNEZ LÓPEZ, F. J.; Luna Huertas, P.; Infante Moro, A. & Martínez López, L. (2003). Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones. *Relaciones Laborales*, núm. 12.

MONTOYA MELGAR, A. (2009). Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa). *Relaciones Laborales*, núm. 5-6.

PACHECO ZERGA, L. (2007). *La dignidad humana en el Derecho del trabajo*. Pamplona: Thomson – Civitas.

PUNTRIANO ROSAS, C. (2012). Despido por el uso indebido de correo electrónico proporcionado como herramienta de trabajo personal. Comentario a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. *Gaceta Constitucional*, núm. 56.

RODRÍGUEZ RUÍZ, B. (1998). *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Madrid: Mcgraw- Hill.

ROIG BATALLA, A. (2007). El uso de internet en la empresa: Aspectos constitucionales. En Roig Batalla, A. (Coord.), *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*, Valencia: Tirant lo Blanch.

SERNA BERMÚDEZ, P. & Toller, F. (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires: La Ley.

SERRANO ALBERCA, J. M. (1980). Artículo 18. En Garrido Falla, F. (dir.), *Comentario a la Constitución*, Madrid: Civitas.

TOYAMA MIYAGUSUKU, J. & Irujo Paredes, C. (2011). Relaciones laborales y correos electrónicos. *Gaceta Constitucional*, núm. 44.

ULLOA MILLARES, D. (2011). La ratificación por el Tribunal Constitucional del Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y de los documentos privados en una relación de trabajo. *Gaceta Constitucional*, núm. 44.

VALDERRAMA VALDERRAMA, L. R. (2017). Uso de las tecnologías de la información en los documentos laborales. A propósito de la emisión del Decreto Legislativo 1310. *Soluciones Laborales*, núm. 109.

VÁSQUEZ CHUQUIPIONDO, G. C. (2017). El derecho a la intimidad como límite de los poderes del empleador. Repaso doctrinal, legislativo y jurisprudencial. *Soluciones Laborales*, núm. 113.

VINATEA RECONA, L. & Toyama Miyagusuku, J. (2012). *Análisis y comentarios de la Nueva Ley Procesal del Trabajo*, Lima: Soluciones Laborales.

EXILIO Y RETORNO IMPOSIBLE EN EL CONO SUR LATINOAMERICANO¹

Emilio José Idrobo Enríquez

① <https://orcid.org/0000-0002-2509-7668>

Jorge Armando Cruz Buitrago

① <https://orcid.org/0000-0002-0616-1062>

INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se abordará el exilio y retorno imposible de algunos intelectuales y escritores del Cono Sur Latinoamericano, provocado por las dictaduras militares de los años setenta del siglo pasado, que gobernaron en esta franja del continente. Este trabajo se abarca desde un enfoque subjetivo o existencial del fenómeno, que logre trascender los análisis estadísticos y la aplicación casi deductiva de leyes generales y abstractas, con los que se suelen realizar muchas de las investigaciones sobre el tema. Por tal motivo, en la primera parte del texto nos serviremos de trabajos como los de Ermano Vitale (2006) y la llamada “lectura no hidráulica” de la migración. Seguidamente, se tomará en cuenta la tipología de migrantes que presenta en su obra, interesándonos particularmente la figura del refugiado y el apátrida, destacando la existencia de condiciones subjetivas presentes los tipos de migrantes: el dolor y el sufrimiento.

1 El presente capítulo es producto de la investigación realizada en el marco del proyecto denominado: “Migración de Retorno, Derechos Humanos y Posconflicto”, presentado por el Centro de Estudios e Investigaciones en Derecho (CEIDE), a partir de la Convocatoria Interna No. 01-2016. Proyecto aprobado por la Dirección General de Investigaciones (DGI) y financiado por la Universidad Santiago de Cali, con código de radicación No. 421-621116.

En la segunda parte se analizará de manera particular las dictaduras militares del Cono Sur latinoamericano, situadas en su contexto histórico (la Guerra fría) y dentro de una concepción unívoca del mundo que surge con la Doctrina de seguridad nacional construida por la Escuela de Chicago.

En tercer lugar, se intentará mostrar que, en los procesos de exilio, como en toda migración forzada, se recorre un itinerario que comprende tres etapas: salida (emigración), llegada (inmigración) y retorno (migración). Los trabajos teóricos sobreabundan sobre la emigración y la inmigración, pero son escasos respecto a la migración de retorno. Es un tema con vacíos y lleno de dificultades, por lo tanto, en lo que respecta a este punto, se emplearán diversos enfoques donde convergen: el derecho, la política y la literatura, la última nos permitirá recrear la categoría del retorno imposible, no tenida en cuenta por las taxonomías establecidas por los teóricos de la migración de retorno. Finalmente, en lo que respecta a este punto, se reflexionará respecto de la experiencia personal de persecución, exilio y retorno imposible de algunos escritores latinoamericanos.

HACIA UNA “LECTURA NO HIDRÁULICA” DE LA MIGRACIÓN Y SUS TIPOLOGÍAS

El filósofo político italiano Ermanno Vitale, en un texto imprescindible del fenómeno migratorio, el *Ius Migrandi* (2006) sitúa como punto central de su análisis, el aspecto subjetivo o existencial de quien padece la migración. Por tal razón, toda reflexión que se haga en torno a los distintos tipos de migrantes o “figuras de migrantes”: *emigrante, refugiado, marrano, auto deportado, auto segregado y revolucionario* (p. 26) debe realizarse desde una perspectiva cuyo enfoque no sea objetivo en estricto sentido, es decir, el migrante asumido como una *mercancía* o un «*barril de petróleo*» (p. 62), tal como lo hacen muchos de los estudios sociológicos, que resaltan solo las razones más obvias: huir en busca de trabajo, o por ca-

tástrófes climáticas, o por persecuciones, etc, enfoque que llamará lectura hidráulica (p 52) que desconoce la subjetividad del migrante y su aflicción. Según Vitale, un proceso migratorio que no esté marcado por el dolor no lo es en el sentido estrictamente subjetivo o existencial de la expresión, pues quien migra siempre arrastrará la soledad, el dolor y la nostalgia que envuelve cada alejamiento forzado del seno de su hogar.

En la reflexión de Vitale, la nostalgia marca a su juicio un punto de inflexión entre las migraciones premodernas y las modernas propiamente dichas, pues estas últimas se corresponden con uno de los rasgos esenciales de la modernidad en Occidente, el individualismo y la filosofía política que lo sustenta: el liberalismo (pp. 26 a 41).

En torno al origen moderno de la palabra nostalgia y su connotación psiquiátrica, Vitale ha dicho:

Sin embargo, como escribe Maurizio Bettini, el término nostalgia «es una palabra moderna. Fue forjada por Johannes Hofer, un médico alsaciano que, el 22 de junio de 1688, presentó en Basilea su *Dissertatio medica de nostalgia*». Hofer, estudiando el caso de los numerosos jóvenes suizos que abandonaban sus valles natales para servir como mercenarios en toda Europa, sobre todo en Francia y Bélgica, forjó en esta ocasión el término «nostalgia» para que dicha «enfermedad» pudiese ser incluida con todo derecho en el léxico médico. Estos jóvenes suizos, que acaso habían crecido más que otros jóvenes en un mundo cerrado, enfermaban de nostalgia, somatizando dicha disfunción psicológica con fuertes fiebres e intentando la desertión y, en el caso de que no les fuera concedida la licencia, hasta el suicidio:

El suizo- comenta Bettini- sufre un exceso de identidad.

La identidad es su droga, la exquisita leche de sus valles ha hecho de él una especie de «adicto», si así puede decirse, de su

propia patria. Le será suficiente escuchar el Ranz des Vaches, para padecer una inevitable crisis de abstinencia. La nostalgia es un exceso de identidad (pp. 34- 35).

Tal como quedó señalado en la introducción, Vitale ofrece seis tipos de migrantes y, aunque todos constituyen el universo por así decirlo de la migración, cada uno como partículas de él, tienen características propias. Sostiene también que hay que diferenciar la situación particular de cada uno, pues a pesar de la tragedia que arrastran en su huida, hay algunos que corren con suerte en el país de acogida y los tratos son diferenciados: entre quienes llegan en situación de irregularidad o indocumentación; indocumentación y no ilegalidad, indocumentados y no ilegales, según el uso corriente de la expresión, ya que este lenguaje resulta inapropiado y lesivo de su dignidad humana. Así pues, habrá distinciones que permitirán clasificar a los migrantes en: migrantes de primera y segunda clase propendiendo por llevar a cabo medidas políticas y jurídicas que protejan en mejor medida a los segundos, pues son «los más débiles entre los débiles» (p. 65).

De toda la constelación de personas en fuga suministrada por Vitale, nos interesa mencionar a los refugiados por razones políticas. La reflexión en torno a éstos a quienes considera una de las figuras del «migrante moderno» (p 66), se hará tomando en consideración dos obras; la primera es literaria y la segunda filosófica, se trata de la novela *Las uvas de la ira* de John Steinbeck y *Nosotros los Refugiados* de Hannah Arendt, respectivamente.

La novela de Steinbeck narra, según Vitale, la historia de una familia estadounidense, los Joad, quienes sufren los efectos de la crisis económica estadounidense de 1929 y tienen que desplazarse de un Estado a otro, sobre todo, hacia el oeste del país, abandonando todo en busca de lograr el sustento material (pp. 68-69). Dos aspectos plantea Vitale a partir de la narrativa de esta obra: por un lado la noción de «migrante interno» (p. 72) asumida no como aquella

noción que representa al desplazado que huye forzosamente de su hogar o su comunidad sin traspasar las fronteras nacionales de su propio país sino como aquel migrante que, aun siendo un migrante internacional, se halla en cierta manera, protegido por alguna disposición jurídica ya sea de derecho nacional o internacional. Por otro lado, señala Vitale, cómo en las *uvas de la ira*, los Joad, sienten (a pesar de haber infringido las Leyes del Estado, cuando en una de las escenas, dos de sus miembros se vieron forzados a hurtar por necesidad) una actitud de respeto hacia las Leyes o el derecho positivo del Estado, actitud encaminada a proteger el «pacto social de cualquier forma de rebelión» (p.72). Paradójicamente, la migración, al decir de Vitale, a partir de lo relatado por Steinbeck, es una vuelta al estado de naturaleza, a la anarquía, al nomadismo. La migración es vista como algo anormal, extraordinario y sinónimo de fracaso, de frustración e incluso de criminalidad (pp. 72-73). El residente lanza un *anatema* al migrante por temor, temor a que ese estadio primitivo del hombre (el nomadismo) se imponga de nuevo. Esta exclusión y este prejuicio lo vivió la familia Joad, sin embargo, si los Joad no hubiesen sido los perjudicados por la crisis económica, habrían tenido igual actitud de hostilidad frente a cualquier hipotético migrante que llegase a sus predios (pp. 74-75).

De este modo, finaliza su reflexión en torno a la novela de Steinbeck, planteando cómo esa dominación histórica de los *sedentarios* hacia los *nómadas* ha llevado a que el migrante se transforme en *refugiado*, aquel *fugitivo*, o *sujeto con identidad jurídica, social y política* incierta (p.75). Luego analizar la noción de *refugiado* en Hannah Arendt.

De antemano, hay que decir que Hannah Arendt padeció la persecución del régimen Nazi y el confinamiento en un campo de internamiento para refugiados², por tal razón le asistió total legítimi-

2 Jorge Armando Cruz Buitrago, fundamentado en la obra *Los orígenes del totalitarismo* de Hannah Arendt, sostiene que: la respuesta que dieron los

dad (subjetiva-existencial) para abordar conceptualmente la noción de refugiado, término que odiaba y prefería reemplazarlo por el de *recién llegados*. Arendt (2009, p.9) lo definió del siguiente modo:

Un refugiado solía ser una persona impelida a buscar refugio por haber actuado de un modo determinado o por haber sostenido cierta opinión política. Bien, es cierto que hemos tenido que buscar refugio, pero no hemos hecho nada y la mayoría de nosotros jamás soñó con tener una opinión política radical”.

Teniendo en cuenta la anterior definición, una idea fundamental que Vitale logra extraer de la reflexión Arendtiana, es la recuperación que hace de la noción de *paria consciente*, acuñada en el siglo XIX por Bernard Lazare. Dicha frase, alude a todos aquellos judíos que enfrentaron de manera consciente y valerosa el antisemitismo; es decir, la histórica e inveterada manifestación de odio, estigmatización y marginación hacia este pueblo. La noción específica de *paria consciente*, al igual que la idea genérica de *paria*, en palabras de Vitale, aluden a una “categoría universal del refugiado moderno y con más motivo, del apátrida” (p. 77). Debe entenderse la noción de *paria* y *apátrida*, como una degradación de la condición del refugiado, un estatus maldito que alude a aquel refugiado que ha sido excluido o puesto al margen de su comunidad, aquel que está por fuera del sistema de jerarquías de las relaciones sociales, un indeseable, un intocable (Vitale, 2006, pp. 77-81), alguien que merece ser tratado sin piedad, sin dignidad, sin humanidad y a quien se le debe cortar cualquier vínculo de pertenencia hacia su propio Esta-

países europeos a la crisis humanitaria de los refugiados antes de 1951, año en que se crea la Convención o Estatuto de los Refugiados, fue la de crear *centros de internamiento*, en los cuales se recluían a los refugiados y apátridas, mientras se decidía su *repatriación (deportación)* o la naturalización. Los otros dos sitios en donde se recluían a los refugiados, eran los *campos de concentración* y los *campos de exterminio*, propios de los totalitarismos que sacudieron a Europa en el período de entreguerras (Cruz Buitrago, 2012 pp. 30- 31).

do, despojándole del atributo político- jurídico de la nacionalidad, pues es una deshonra para su propio Estado. La propia Arendt, en otro texto -*Eichmann en Jerusalén*- sentenció: “(...) tan solo con los apátridas puede hacer uno lo que quiera, antes de exterminar a los judíos fue preciso hacerles perder su nacionalidad” (Arendt, 2011, p. 350).

Los refugiados y en mayor medida los apátridas, se inclinan de manera forzada a sentirse culpables de su destino de persecución y ostracismo, casi al punto de asumir que su actuar, sus ideas políticas, su postura frente al Statu Quo, *ese actuar de tal modo, o sostener tal o cual opinión política, eran conductas criminales*³. Precisamente esta actitud de culpa hacia lo que no se ha hecho, es lo que genera en el refugiado, según Vitale, la *condición de paria*. Por tal motivo, resalta la idea de Hannah Arendt, según la cual, el

3 Joaquín Escriche en su célebre diccionario de Legislación y jurisprudencia, en la definición que hace de la palabra «emigración» (1977) alude a una Ley que regía en España desde 1623, para la época de Felipe IV, y que establecía como delito la emigración a menos que se solicitaran licencias para poder emigrar del Reino. Escriche, en su definición hace no solo una crítica feroz a dicha Ley de 1623, si no que con una audacia e inteligencia digna de elogio, expresa las razones que motivan las emigraciones, y que aún en nuestros días subsisten, como males estructurales y sistémicos, razones que, por tanto hacían, -según él- inaceptable la consideración de la emigración como un delito. Nos permitimos citar el aparte correspondiente. “(...) Si un hombre pierde los medios de ganar la vida en su patria, o si en ella está expuesta a ser víctima de las persecuciones de una facción, o no puede gozar de buena salud sino bajo las influencias de otro clima, la prohibición de expatriarse es para él una sentencia de muerte. No hay más que un medio justo de prevenir la emigración, que es hacer de modo que los habitantes de un país se encuentren en él tan bien que no deseen dejarle. Mientras esto no sea así, lejos de merecer castigo, es muy digna de compasión la desgraciada suerte de aquellos hombres que se ven forzados a abandonar el suelo natal, privándose de las dulzuras que acarrea el trato de los suyos, y lanzándose en la incertidumbre de un porvenir obscuro y desconsolador; porque seguramente nadie hace estos sacrificios tan penosos, si no poniéndose en guerra abierta con sus sentimientos más naturales” (pp. 436- 437) (Subrayado nuestro).

refugiado crea la falsa idea de que es un *inmigrante económico*, un *inmigrante común y corriente* (Vitale, 2006, p. 78).

Más aún, tan nula es la figuración que tiene el apátrida en la escala social, que muchas veces preferían delinquir, pues fungiendo como delincuentes tendrían mejor trato. Así lo expresa Vitale:

Arendt añade un poco más adelante que, paradójicamente, la única forma de evitar en parte la condición de apátrida creada por la razón de Estado consistía en infringir la ley. Al cometer un pequeño delito, era posible obtener una parte de los derechos del ciudadano: «Como delincuente, incluso un apátrida no será peor tratado que otro delincuente, es decir será tratado como cualquier otro» (p 86).

Al respecto, Cruz Buitrago, añade que:

El único camino que podía conducirlos a ser tomados como sujetos legales, consistía- paradójicamente- en la comisión de algún delito, esa era la forma como podían ser tenidos en cuenta, como podían existir «legalmente», en otros términos: el delincuente tenía un estatus que ni el apátrida ni el refugiado ostentaban. Era la única forma de permanecer en el Estado donde llegaban, de esta manera ya no serían la escoria de la tierra, sino lo suficientemente importantes para ser informados de todos los detalles de la ley conforme a la cual serían procesados. Se habían convertido en personas respetables (2012, p 31).

Lo último que Vitale dirá respecto de la reflexión de Hannah Arendt, en torno a los *refugiados como parias conscientes*, será lo que él considera un error historiográfico por parte de la pensadora alemana. Hannah Arendt, sitúa, según Vitale, el origen del estatus de apátrida, justo en el nacimiento del Estado moderno (p. 86). Para Vitale, es más pertinente ubicarlo muchos siglos atrás y vincularlo con la figura de los exiliados, provenientes de la Grecia anti-

gua (p. 86)⁴. La crítica de Vitale, no para ahí. A su juicio, cuando Arendt habla de “las razones últimas que generan al apátrida” tales como: la pérdida de *derechos específicos* al ser expulsado de su comunidad, lo cual le hace perder también su *cualidad esencial como hombre*, es un razonamiento “superficial” y “contradictorio” (Vitale, 2006, p. 88), puesto que la comunidad a la que alude Arendt es el Estado moderno y éste se asienta sobre la base de la nacionalidad. Justamente, el mayor obstáculo que el refugiado y el apátrida encuentran en el camino, es el criterio de la nacionalidad, toda vez que ella “representa en sí misma la «frontera» moral y jurídica, la razón de la exclusión casi insuperable de un individuo de la sociedad política en la que, a pesar de todo, habita (op.cit. p, 82).

Dichos obstáculos aún están presentes en los mismos instrumentos internacionales que dicen proteger al refugiado y al apátrida. Así pues, sentencia Vitale: “sólo si se elimina el concepto de nacionalidad vinculado a la inclusión en una comunidad, eliminamos en principio, a los apátridas” (p. 89).

Finalmente, Vitale apelará por la idea de un *Ius Migrandi* o derecho de migración (p. 93) con todas las características tanto formales como materiales, inherentes a todo derecho fundamental, incluidas las garantías judiciales para su goce efectivo (pp. 91-92). El *Ius Migrandi* es una propuesta iusfilosófica construida sobre las bases de un *universalismo cosmopolita* (p. 54) y el discurso universal de los derechos humanos, eliminando -como se dijo con anterioridad- la categoría jurídica de la nacionalidad.

Sin embargo, lejos de ese ideal cosmopolita, sostiene que paradójicamente lo que en verdad se ha universalizado es el prejuicio hacia el extranjero⁵ inmigrante (refugiado o apátrida) sobre todo

4 Vitale recuerda la historia de Alcibiades y Sócrates como dos ejemplos paradigmáticos de exilio u ostracismo en la antigüedad griega (p 29).

5 Así, por ejemplo, en el *político* de Platón, el extranjero que interviene en

aquellos que llegan a países que se precian de ser democracias constitucionales, cuyas sociedades son hostiles y para nada abiertas, como se supone deben ser en teoría las sociedades liberales, sociedades que además disponen de sistemas jurídicos y políticas migratorias *discriminatorias*, que hacen la distinción oprobiosa entre *ciudadanos* y *extranjeros*, estigmatizándolos según su nacionalidad.⁶

El drama de los refugiados y los apátridas parece no tener fin.⁷ Desde los confines del ostracismo o exilio antiguo y hasta el presente, cada *statu quo* crea sus propios parias. Nos interesa en lo que

el diálogo es estereotipado por Sócrates, como nada bello, con la nariz achatada y pegada a la cabeza. Carl Schmitt por su parte dice que en la antigüedad griega y romana, según lo escribe Platón en la República y Pomponio en el Digesto respectivamente, el extranjero era el único con el que se hacía la guerra, pues era el *hostis* o verdadero enemigo público del Estado (Schmitt: 1984, p. 25, nota al pie N° 26).

Por otro lado, en una de las más recientes teorías filosóficas sobre la justicia; la del reconocimiento, planteada por la pensadora norteamericana Iris Marion Young, los extranjeros aparecen en el centro de la discusión, siendo uno de los grupos poblacionales objeto de su análisis. Para esta autora, la sociedad y la cultura, pueden constituirse en fuentes de injusticia sobre ciertos grupos sociales, entre otros: los gays, las mujeres, los extranjeros con ciertas nacionalidades. Todos tienen una necesidad de ser reconocidos ante la opresión que en palabras de la autora se define como: “fenómenos estructurales que inmovilizan o disminuyen a un grupo” (Young, p. 77).

6 Un ejemplo de palpable actualidad sobre este fenómeno lo representa el gobierno de Donald Trump. Su discurso xenófobo empleado contra los migrantes latinoamericanos, especialmente mexicanos, considera su presencia en EEUU peligrosa para la seguridad de sus ciudadanos, al punto de querer construir un enorme muro en la frontera con dicho país. Ya Elías Canetti (2005) explicó cómo los dirigentes políticos tienen que generar la sensación de peligro e inseguridad para jugar con el pánico colectivo de las masas y de este modo lograr persuadirlas.

7 En la actualidad, los refugiados se han convertido en un lucrativo negocio para mafias y grupos terroristas que trafican con ellos, como si fuesen los nuevos esclavos de esta era como puede verse en el texto de Loretta Napoleoni (2016).

sigue, analizar las dictaduras militares del Cono Sur latinoamericano de los años setenta y ochenta del siglo pasado que, teatralizadas en el escenario de la guerra fría, persiguieron y forzaron al exilio a muchos intelectuales y escritores.

DICTADURAS MILITARES EN EL CONO SUR: CHILE (1973-1990), ARGENTINA (1976-1983) Y URUGUAY (1973-1985)

La característica esencial del período de la historia contemporánea de la humanidad, conocido como la Guerra fría, fue la ausencia de confrontación armada directa entre las dos superpotencias, EEUU y la URSS, tal y como lo establecieron en el Acuerdo de Yalta (1945) que supuso el fin de la Segunda guerra mundial y la configuración de un orden bipolar internacional que tuvo efectos en todo el mundo. Latinoamérica no fue la excepción.

Eric Hobsbawm (2000) por ejemplo, ha sostenido que la guerra fría significó un reparto desigual del mundo por parte de las dos superpotencias, cuya estrategia política esencial sería la de generar la sensación de una confrontación militar directa, pero que en la práctica no se iba a dar y por eso, en el plano diplomático debían conducirse sus relaciones de tal modo que, aunque el tono de su discurso fuese desafiante, en realidad debían ser habilidosos para que no se desbordaran los límites de lo acordado. Un dato interesante es que apenas la URSS consigue armas nucleares; esto es cuatro años después de Hiroshima (1945) y nueve meses después de la bomba de hidrógeno por parte de EEUU (1953), la guerra como arma política dejó de ser una estrategia en sus relaciones mutuas (pp. 229-246).

Esta situación pareció inalterable hasta la década de 1970, cuando la retórica anticomunista de EEUU dejó de ser eso: simple retórica, pues si bien es cierto que ambas potencias se habían repar-

tido el planeta y sus zonas de influencia; había zonas vedadas para los soviéticos y su ideología comunista; tal era el caso de América Latina, tan preciada por EEUU para sus intereses geopolíticos.

América Latina pues, no debía ser expugnable a la amenaza comunista; ese enemigo público interno⁸ y externo de EEUU durante la guerra fría, un espectro maléfico, la novia de Satán o los soviéticos que vendrían a ser lo mismo, había que exorcizar o liberar a América Latina, llenando su espíritu turbado con una buena dosis de neoliberalismo, y para atacar el inmenso poder de la entidad maligna, los métodos de liberación deberían ser excesivos pero necesarios. Surge así, la doctrina de la Seguridad Nacional de EEUU y las dictaduras militares como instrumento de control externo.

La oleada de dictaduras militares desatada en América Latina, en la década de los setenta del siglo pasado no fue producto de una coincidencia en la región. Más aún, sería difícil asumir hoy en día que la militarización de los poderes públicos obedecía a un proyecto nacional exclusivamente, aunque así hubiera llegado a creerse. Las dictaduras militares en cambio, obedecieron a una estrategia política de EEUU, para implementar uno de sus valores políticos por antonomasia: el neoliberalismo. Para la época, esta causa material de la dictadura no parecería fácil de descubrir, pues toda la acción política se hallaba en las profundidades de lo que Norberto Bobbio ha llamado: el *poder invisible*, que actúa como *institución de Estado* y que se relaciona con el quehacer de sus servicios secretos, así como, el poder de un “sub-gobierno” o aquel que opera en la pe-

8 Sobre la manera como internamente se combatió en los Estados Unidos la amenaza comunista, o la política del Macartismo -en alusión al Senador Mac Carthy su precursor- puede verse un interesante texto del politólogo español Gustavo Palomares, (1993) en donde describe la llamada campaña del “ aplastamiento de la amenaza comunista interior ” que incluía toda una serie de medidas desbordadas de persecución de la que no escaparon personalidades de la ciencia, las letras o las artes como Albert Einstein, Arthur Miller, u Orson Welles, quien además tuvo que salir exiliado a Europa.

numbra y aún más: un “criptogobierno” o el que actúa mucho más profundo; es decir en la oscuridad total (pp. 30-32).

Y desde luego que no podía para la época, aflorar en la superficie de las aguas, lo oscuro y profundo de ese poder invisible, pues es una verdad irrefutable e incluso una perogrullada afirmar que el objetivo del poder invisible tiene un efecto práctico y es que, si se revela, imposibilita su puesta en marcha. Luego, con el transcurso del tiempo, se develaron documentos desclasificados de la CIA y el Departamento de Estado norteamericanos, en donde se muestra la participación activa y el apoyo directo de EEUU a dichas dictaduras militares de América Latina y que hacía parte de una política sistemática de la Casa Blanca; política que venía quizá gestándose desde la época del presidente Eisenhower, tendiente a erradicar cualquier idea de nacionalismo económico, no sólo en América, sino en todo el Tercer Mundo, pues era una amenaza real a los intereses norteamericanos.

Tal y como lo explica Naomi Klein (2007) en un interesante investigación que habla acerca de las diversas maneras cómo el neoliberalismo ha penetrado como modelo económico a los distintos rincones del planeta; formas que bien pueden ser constitucionales y pacíficas, llevadas a cabo por la anuencia de gobiernos cercanos a Washington, que introducen reformas a sus Constituciones, ya sea celebrando Tratados de Libre Comercio o implementando medidas como privatizaciones o recortes del gasto público. Cuando las vías pacíficas no funcionan se usan métodos más drásticos que incluyen las guerras de intervención o las dictaduras militares tal como sucedió en América Latina; intervenciones que tuvieron ciertos rasgos particulares: actos de tortura, desapariciones forzadas, “terapias de shock” (Klein, p 33), que delimitan todo el escenario de horror que acompañó esta época dramática en el Cono sur.

Acerca de las primeras dictaduras militares apoyadas por EEUU a través de la CIA y sus motivaciones, principalmente el recaer so-

bre aquellos gobiernos que bajo un discurso “desarrollista” y nacionalista adoptaron medidas proteccionistas de la economía nacional y los recursos de sus Estados, ha dicho esta autora:

Bajo la presión de estos intereses empresariales, surgió en los círculos de la diplomacia estadounidense e inglesa un movimiento que intentaba colocar a los gobiernos desarrollistas en la lógica binaria típica de la guerra fría. No había que dejarse engañar por el aspecto democrático y moderado de estos gobiernos, afirmaban estos halcones: nacionalismo del tercer mundo era el primer paso en el camino hacia el comunismo totalitario y había que acabar con él antes de que echara raíces. Dos de los principales defensores de esta teoría fueron John Foster Duwes, el secretario de Estado de Eisenhower, y su hermano Allen Eisenhower, director de la recién creada CIA. Antes de ocupar cargo público, ambos habían trabajado en el legendario bufete de abogados Sullivan & Cromwell, de Nueva York donde había representado a muchas de las empresas que más tenían que perder con el desarrollismo, entre las cuales se contaban JP Morgan & Company, la International Nickel Company, la Cuban Sugar Cane Corporation y la United Fruit Company. Los resultados de la influencia de Dulles, fueron inmediatos: en 1953 y 1954 la CIA lanzó sus dos primeros golpes de Estado, ambos contra países del Tercer Mundo que se identificaban mucho más con Keynes que con Stalin.

El primero fue en 1953, cuando un complot de la CIA consiguió derrotar al Mossadegh en Irán y reemplazarlo por el brutal Sha. El siguiente fue el golpe que la CIA patrocinó en 1954 en Guatemala, llevado a cabo por una petición directa de la United Fruit Company. La empresa, que contaba con la atención de los Dulles desde sus días en Cromwell, estaba indignada porque el presidente Jacobo Arbenz Guzmán había expropiado tierras que no usaba (ofreciendo la correspondiente indemnización) como parte de su proyecto para transformar Guatemala, en sus

propias palabras, «de un país atrasado con una economía predominantemente feudal en el Estado capitalista moderno» objetivo al parecer inaceptable. En poco tiempo se derrocó a Arbenz y la United Fruit volvió a regir los destinos del país.

Erradicar el desarrollismo del Cono Sur, donde había arraigado mucho más, era una cuestión mucho más compleja (Klein, 2007, pp. 90- 91).

En la cruzada del neoliberalismo por el mundo, el Cono sur fue, según Naomi Klein, un laboratorio propicio para implementarlo a través de la doctrina del shock. Dictaduras como la de Augusto Pinochet Ugarte (1973- 1990), que, por la vía del Golpe de Estado, derroca al gobierno constitucional de Salvador Allende en Chile, la que en Argentina (1976-1983) derroca a Eva Perón y la junta cívico militar uruguaya (1973- 1985) hicieron parte de su macabro experimento (op.cit. pp. 86- 87).

El modelo neoliberal le rinde culto a lo que Klein considera es, su Santísima Trinidad, es decir, políticas de: privatización, recorte del gasto social y desregulación (p. 112); medidas que instauraron estos gobiernos golpistas latinoamericanos, persuadidos en buen grado, por la formación académica que Friedman ofreciera a cientos de economistas latinoamericanos en la Universidad de Chicago. Cabe mencionar que Friedman fue uno de los creadores de la doctrina del neoliberalismo⁹ y la escuela de economía de dicho centro universitario se conoció como, los “chicago boys” (Klein, pp. 79 a 89).

9 Un pensador liberal clásico francés del siglo XIX, de nombre Federic Bastiat por su concepción acerca del Estado en la que no había espacio para la justicia social y por defender a ultranza la libertad y especialmente la libertad del mercado, puede considerarse como un inspirador decisivo de los neoliberales y su obra, *La Ley* en la que desarrolla estas tesis, el catecismo de los áulicos neoliberales, Friedman y discípulos suyos como Hayek. (Bastiat, 1995)

Este asunto de la Escuela de economía de Chicago, como centro de adoctrinamiento de los cortesanos latinoamericanos de su majestad el neoliberalismo, fue precisamente una de las estrategias urdidas para implementar con firmeza y confianza dicha doctrina económica, previo a la puesta en marcha de los golpes y dictaduras militares, pues, podrían nombrar en el aparato burocrático de dichos regímenes a varios de estos ex alumnos de Chicago. De todo el Cono Sur, Uruguay al parecer no contaba con ningún *chicago Boys*, por lo tanto, se hizo necesario traer directamente asesores económicos norteamericanos. Así lo resume Klein:

Durante un tiempo la siguiente dosis la aportaron otros países del Cono Sur a los que la contra revolución de la Escuela de Chicago se extendió rápidamente. Brasil estaba ya bajo el control de una junta apoyada por Estados Unidos y muchos de los estudiantes brasileños de Friedman ocupaban puestos clave del gobierno. Friedman viajó a Brasil en 1973, en la época de mayor brutalidad del régimen, y declaró que el experimento económico era «un milagro». En Uruguay los militares dieron un golpe de Estado en 1973 y al año siguiente decidieron seguir el rumbo trazado por Chicago. De la falta de uruguayos licenciados en la Universidad de Chicago, los generales invitaron a «Arnold Hamberger y a [el profesor de economía] Larry Sjaastad de la Universidad de Chicago y su equipo, que incluía exalumnos de Chicago argentinos, chilenos y brasileños, para que reformaran el sistema impositivo y la política comercial de Uruguay». Los efectos sobre la sociedad anteriormente igualitaria de Uruguay fueron inmediatos: los salarios reales descendieron un 28% y hordas de mendigos aparecieron por primera vez en las calles de Montevideo.

El siguiente país en unirse al experimento fue Argentina en 1976, cuando una junta arrebató el poder a Isabel Perón. Con ello Argentina, Chile, Uruguay y Brasil - los países que habían sido los abanderados del desarrollismo-, estaban ahora todos

dirigidos por gobiernos militares apoyados todos por Estados Unidos y se habían convertido en laboratorios vivos de la Escuela de Economía de Chicago (pp.123-124)

Recordemos lo planteado por Curzio Malaparte (2009), quien habla acerca del carácter instrumental que tienen los golpes de Estado respecto de la política y cómo a partir del dieciocho brumario de Luis Bonaparte (considerado como el primer golpe de Estado moderno), se ha usado a las fuerzas militares, como el dispositivo para asestarlo. En tal sentido, podemos sostener que los golpes militares del Cono Sur latinoamericano, obedecieron a una terrible razón instrumental: proteger los intereses geopolíticos y geoestratégicos estadounidenses en la región, vitales para mantener su posición de potencia dominante dentro del sistema internacional del orden mundial de la guerra fría, implementando el neoliberalismo por la vía del terror¹⁰.

Henry Kissinger, uno de los hombres clave en la política exterior e internacional de EEUU durante la guerra fría, el cerebro de Vietnam, Laos y Camboya y arquitecto también de estas dantescas dictaduras militares, sin sonrojo alguno, sentenció en su libro: *La Diplomacia*: “casi por efecto de alguna ley natural, en cada siglo parece surgir un país con el poderío, la voluntad y el ímpetu intelectual y moral necesarios, para modificar todo el sistema internacional con sus propios valores” (Kissinger, 1995, p. 11) y que así como Richeliú reinó en Europa durante el siglo XVII, e Inglaterra hizo lo propio en el siglo XIX, el siglo XX debería ser el siglo de los

10 En la historia del pensamiento político moderno, Montesquieu teorizó acerca del miedo y el terror, aquellos dispositivos usados por el despotismo como forma de gobierno, cuya contención estaría asegurada con su doctrina de la separación de poderes. Por el contrario, uno de los filósofos políticos modernos que, con firmeza sugirió el miedo y el terror, fue Thomas Hobbes, pues vio en ellos una forma idónea para conservar el poder. A diferencia de Montesquieu, para Hobbes la indivisibilidad del poder era impensable, pues debía estar concentrado en cabeza del monarca (Bobbio, 1972 pp 95 a 107 y 122 a 137).

EEUU, y los valores políticos máspreciados de su forma de gobierno republicana: la democracia y el libre mercado, tendrían que ser como faros, cuya luz debía irradiar a la tierra entera; una luz desde luego nada transparente y llena de horror. Precisamente Naomi Klein, sostiene que otro de los propósitos del neoliberalismo con sus terapias de shock (intervenciones dictaduras militares, métodos de tortura y desapariciones) es el de borrar por completo a las naciones en donde entra, haciendo de ellas una tabula rasa para crear y rehacer de sus cenizas, otras completamente nuevas, con referentes culturales exclusivamente norteamericanos (pp. 137 a 146).

En ese sentido, conviene evocar las palabras finales de la conferencia que pronunciara en una universidad norteamericana en 1986, Mempo Giardinelli, escritor argentino exiliado durante la dictadura de su país, señalando a EEUU su entera responsabilidad:

Ojalá, ustedes, norteamericanos lo comprendan y nos ayuden, forzando a vuestro gobierno a que nunca más -repito: nunca más- se avale, impulse o apadrine un golpe de estado. Ustedes, vuestros gobiernos, deberán convencerse de que no hay dictadura buena y que el más censurable de los gobiernos democráticos es mejor que la mejor de las dictaduras.

Ustedes, vuestros gobiernos, norteamericanos, han tenido mucho que ver en lo que nos pasó. Desde la para nosotros desdichada Doctrina Monroe, que es de 1823, les cabe a ustedes una gran responsabilidad. No se golpeen el pecho; no se sientan culpables ahora, que no es culpabilidad lo que esperamos de ustedes.

Simplemente conózcanos sin prejuicios. Estúdienos para entender. No nos juzguen más. Sólo así nos entenderemos mejor y, quizá, nos estarán ayudando y podrán cambiar en ustedes mismos esa imagen que saben que tienen para nosotros y que a ustedes mismos no les agrada (Giardinelli, 1986, p. 13).

Así las cosas y evocando uno de los diálogos de la Tragedia *Helena* de Eurípides, en el cual el personaje de Helena le dice a Menelao que, el nombre puede estar en todos lados pero el cuerpo no, hay que decir que las dictaduras militares del Cono Sur latinoamericano no fueron latinoamericanas, pues aunque el cuerpo presente era el de los militares golpistas, esos golpes y esas dictaduras tenían el nombre y el alma de los Estados Unidos de Norteamérica, dictaduras que en el caso uruguayo, forzó al exilio a por lo menos unas 380.000 personas, el 14% de la población del país (Schelotto, 2015, p. 2), mientras que la Argentina mandó al exilio aproximadamente a medio millón de personas entre los años de 1974 y 1983 (Lastra, 2012, p. 2) y la Chilena a cerca de 408.000 personas (Norambuena, 2000, p. 178).

EMIGRACIÓN, INMIGRACIÓN Y RETORNO: LA TRAGEDIA DEL EXILIO EN TRES ACTOS

“El exilio es algo curiosamente cautivador sobre lo que pensar, pero terrible de experimentar. Es la grieta imposible de cicatrizar entre un ser humano y su lugar natal, entre el yo y su verdadero hogar: nunca se puede superar su tristeza”.

Edward Said, Reflexiones sobre el exilio

La palabra exilio según el diccionario etimológico de Corominas (1987, p. 262) proviene de la raíz latina “*exsillire*” que significa: “salir fuera”, y la asume como sinónima de la palabra destierro. Valencia Villa (2003, p. 172) opta por utilizar la palabra: “*éxodo*”, cuya raíz no es latina sino griega, y significa de igual modo: “*salida*”. De igual modo, tiene un origen religioso, asociado comúnmente a las diásporas históricas del pueblo de Israel (Espasa, 1999, p. 89).

Al margen de toda esta discusión en torno al origen de la palabra, el exilio supone una expulsión forzada de un individuo o grupo

de individuos de su comunidad, por sus ideas o prácticas políticas que se consideran una amenaza para el *statu quo*, independientemente de nociones tales como las de auto exilio o exilio voluntario, que marcarían un punto de inflexión en la acepción tradicional de la palabra.

En concreto, la persecución y exilio que ha recaído sobre muchos escritores en el transcurso de la historia de los regímenes políticos, parece tener una explicación, no distinta al papel de denuncia sobre el detentador del poder político, que realiza el escritor a través de su literatura, ayudando de este modo a la construcción de una memoria colectiva, desde su propia visión o interpretación de los acontecimientos históricos. Así por ejemplo, se manifiesta, Danubio Tórres Fierro, en su obra, *Los territorios del exilio*:

El hecho de que Soljenitsin¹¹ y Onetti¹² fueran víctimas de regímenes políticos no es sorprendente: confirma, apenas, una regla de larga data. Hay con todo, dos aspectos que me interesa señalar. Primero: que el escritor, sobre todo desde el Renacimiento (cuando surge la división tajante entre lucro y arte, entre materia y espíritu), se ha erigido en agente de la insumisión frente al orden establecido, en portador de la disconformidad y en testigo alerta de la sociedad y sus recursos preventivos. Desmascara, profana, transgrede. Segundo: que la novela (no debe olvidarse que tanto Soljenitsin como Onetti son novelistas)

11 Se refiere al escritor ruso, Aleksandr Soljenitsin quien denuncia a través de su novela *Archipiélago Gulag*, al gobierno Stalinista, lo cual genera la persecución y posterior exilio, por parte del régimen.

12 Juan Carlos Onetti, fué un escritor uruguayo encarcelado por la dictadura uruguaya (1973-1986) y quien se exilia en España y muere en Madrid en 1994. Lo curioso en Onetti, al decir del mismo Tórres Fierro (1979) es que en las novelas que escribió en Uruguay, entre los años 1950 y 1973: “Nunca hizo declaraciones políticas, nunca se empeñó en analizar los nexos que hay entre la literatura y la praxis social, nunca se postuló como un militante, al menos como un militante en el sentido en que lo es Soljenitsin” (p 22).

se vincula con una realidad informe por excelencia: la de la historia, de la cual cada obra propone una interpretación. Conviene hacer un brevísimo repaso al respecto. Desde los tiempos de Cervantes en adelante, la novela ha sido el espejo con el que la imaginación creadora, predispuesta a parapetarse en las incandescencias de la razón o a zambullirse en las zonas oscuras del inconsciente, capta la realidad empírica. Es más: hace de oráculo porque debate y esclarece, de manera más directa que las demás artes, el sentido y el valor de nuestra ineluctable condición histórica y social. Si el texto novelístico supone que el hombre jamás vive solo y, muy en particular, que tiene un pasado, un presente y un futuro, el género novelístico significa que no hay sociedad sin historia ni historia sin sociedad. Así, por un sutil y complejo mecanismo de interacción, dentro de la modalidad narrativa novelística la sociedad entra en la historia y ésta, a su vez, la penetra. Las novelas, como resumió George Steiner, son las primas hermanas de la historia (1979, p. 23- 24).

El exilio, como toda migración, traza un itinerario que comprende tres etapas: la emigración, la inmigración y el retorno. La emigración significa el acto de salida del país de origen. La inmigración es el acto de llegada al país que recepciona, o en términos de la Organización Internacional para las Migraciones, “Proceso por el cual personas no nacionales ingresan a un país con el fin de establecerse en él” (OIM, 2006, p. 32). El retorno por su parte, no ofrece una definición unívoca y como veremos en el siguiente apartado, ofrece serias dificultades a nivel teórico (entre los investigadores que lo estudian) y a nivel subjetivo- existencial (entre quienes la padecen).

La migración de retorno como campo de investigación, ha sido un tema complejo y no resuelto todavía. Los estudios teóricos al respecto tienen algo más de medio siglo de existencia y a L.A. Sjaastad como uno de sus pioneros, lo que traza una trayectoria más corta respecto del fenómeno migratorio en general -el cual tie-

ne su punto de arranque en los trabajos de Ravenstein y que datan de finales del siglo XIX - (Fernández Guzmán, 2011, p. 37).

Entre las dificultades que entraña la migración de retorno como campo de investigación, suelen presentarse cuestiones como: asumir el fenómeno del retorno cual si fuera una cuestión aislada o descontextualizada de las razones que lo provocaron (emigración) y en la inmigración desconocer si hubo un fenómeno de integración, aculturación o asimilación del migrante.

Otro apuro tiene que ver con el carácter polisémico y ambiguo del concepto teórico de migración de retorno, pues términos como emigración, emigración de retorno, reemigración, nueva emigración, emigración circular y emigración de tránsito, suelen estar asociadas con dicha expresión (Diez Jiménez, 2014, p. 25). El sociólogo español, José Castillo sostiene que en los trabajos del también sociólogo Bovenkerk se plantea la necesidad de diferenciar cada uno de dichos conceptos. Así lo ha sostenido:

Cuando la gente -nos aclara Bovenkerk- retorna por vez primera a su país -o región- de origen, sólo en este caso se usará el término migración de retorno; cuando la gente se traslada a un segundo destino, emplearemos el término migración de tránsito; cuando se emigra de nuevo al mismo destino después de haber retornado por primera vez, lo denominaremos reemigración; cuando se emigre a un nuevo destino tras haber retornado, lo llamaremos nueva emigración; cuando los movimientos de ida y vuelta entre dos lugares incluyan más de un retorno llamaremos a esto migración circular (F. Bovenkerk, 1974, p. 5 citado en Castillo: 1997, p. 32).

Gmelch por su parte, también acepta la polisemia que hay en la definición teórica de la migración de retorno, y en sus planteamientos se hallan tres de los conceptos empleados por Bovenkerk, con significados en esencia, idénticos. Veamos:

Al respecto Gmelch exhorta a diferenciar entre la migración de retorno, la re-emigración y la migración circular. El retorno es definido como el movimiento de los migrantes de vuelta para reinsertarse en su tierra natal; la re-emigración se refiere a la gente que regresa a su patria y luego migra de nuevo, y la circular, que es el frecuente movimiento entre dos o más lugares; como en el caso de una migración laboral temporal o estacional (citado en: Fernández, 2011 p: 38).

Por otro parte, Milan Kundera (2014) ha expresado el shock emocional que genera la idea del retorno, tomando en consideración los múltiples significados en diversas lenguas modernas de la palabra nostalgia - compuesta ésta de dos raíces griegas “nostos” y “algos” - y que devela el dolor de volver o llegar a una patria deformada, o quizá inexistente.¹³

Por su parte el retorno del exilio o “desexilio” palabra que acuñara el poeta uruguayo Mario Benedetti (Cruz, 2016) como decisión personal, también está rodeada de dificultades, nostalgia, conflictos emocionales con la memoria, el pasado, pero de una manera quizá más traumática y dolorosa que el retorno de los demás migrantes forzados, de una sensación experimentada tal vez por las circunstancias que acompañan al exilio: persecución, estigmatización, amenazas, proscripción, despojos (de los trabajos, de las actividades políticas, intelectuales, de la nacionalidad), etc.

13 “En griego, «regreso» se dice nostos. Algos significa «sufrimiento». La nostalgia es, pues el sufrimiento causado por el deseo incumplido de regresar. La mayoría de los europeos puede emplearla para esta noción fundamental una palabra de origen griego (nostalgia) y, además, otras palabras con raíces en la lengua nacional: en español decimos «añoranza»; en portugués «saudade». En cada lengua estas palabras poseen un matiz semántico distinto. Con frecuencia tan sólo significan la tristeza de regresar a la propia tierra.” (Kundera, 2000, pp. 9-10).

RETORNO IMPOSIBLE: LA CATEGORÍA IGNORADA EN LA TAXONOMÍA DEL RETORNO

Autores como Ravenstein, Bovenkerk, Cesare, Durand, Díaz, entre otros, se han ocupado de plantear distintas tipologías de retorno y clases de retornados (Tovar y Victoria, 2013, pp. 43 a 45). La mayoría de estos autores centran sus estudios en los migrantes económicos, es decir, en aquellos que emigran en busca de mejores condiciones materiales de vida. También plantean en sus investigaciones los distintos factores que posibilitan o imposibilitan el retorno. De todos ellos encontramos que solo Durand alude a los exiliados dentro de las tipologías del retorno y los tipos de emigrantes retornados. En Durand corresponde a la cuarta de cinco categorías, así: “(...) El retorno en condiciones forzadas por circunstancias raciales y políticas (exiliados, deportados, etc) [...]” (Pino y Verde, 2006, p. 211).

Sin embargo, hay una categoría de retorno, que no es valorada o tenida en cuenta en dichas taxonomías y sobre la cual queremos reflexionar. Nos referimos al *retorno imposible*, noción que al parecer es exclusiva de la literatura; es decir, se halla reflejado en las obras de escritores que sobrevivieron al exilio empero no al desexilio.

Justamente el exilio trae consigo la nostalgia, el dolor, y el sufrimiento que conlleva la añoranza del hogar abandonado, o el llamado, “síndrome de Ulises” tomando en consideración al héroe aqueo, cuyo retorno a su Ítaca natal, está signado por muchas adversidades y desesperación, tal y como se describe en los cantos de la Odisea, etiquetada por Milan Kundera como: “ la epopeya fundadora de la nostalgia” (2014, p. 11) y es que para sobrevivir al exilio, muchos escritores han tenido que abandonar también espiritualmente la tierra de la que fueron expulsados físicamente; es decir, con el exilio se abandona también-en muchas ocasiones- la noción de patria y nacionalismo, como se puede inferir del artículo de

Fernando Aínsa (2010, p. 31), en el cual reflexiona en torno a la obra de escritores como Fernando Vallejo, Consuelo Treviño, Luis Villoro, entre otros, quienes fueron víctimas de exilio y tomaron la decisión de no regresar a sus países de origen, expresando cada uno, según su estilo, la añoranza del hogar abandonado y la manera cómo, desde la distancia, observan el hogar que se dejó atrás y escriben al respecto. Algunos lo hacen con rabia y rencor como Fernando Vallejo, el colombiano, otros (la mayoría) con dulce nostalgia.

El sociólogo chileno Claudio Bolzman (1993) plantea, particularmente, el dilema de muchos exiliados del Cono Sur Latinoamericano a veinte años de su exilio: regresar a sus países de origen o quedarse en Europa. Aquellos que decidieron no desexiliarse, se fundaron en razones de tipo económico, jurídico, cultural o psicosocial. Incluso, el tiempo de duración de los regímenes que los expulsó, también influyó en la decisión de no retornar, pues huyeron con la ilusión de que el horror duraría poco, pero fácilmente esa ilusión se desvaneció.

Eso sí debe mencionarse que en el proceso de restablecimiento de la democracia a finales de los años ochenta, se llevaron a cabo acciones políticas de retorno de exiliados argentinos, chilenos y uruguayos, considerados víctimas de las dictaduras militares. Y aunque dichas acciones, tocaron a la puerta de los escritores e intelectuales que sufrieron la persecución y exilio, muchos de ellos no quisieron abrirla, pues la posibilidad de volver a la patria de la infancia, no significaba ningún alivio.

Cruz Buitrago (sf) nos menciona el caso de algunos de esos escritores del Cono Sur, representativos del retorno imposible: Juan Gelman (a su juicio, quizá el más icónico de todos) o los chilenos: José Donoso y Luis Sepúlveda, este último en su obra *La sombra de lo que fuimos*, expresa la imposibilidad -espiritual por llamarlo de algún modo- de volver del exilio:

¿Cuándo volviste del exilio? Quiso responder que del exilio no se regresa, que cualquier intento es un engaño, una absurda tentativa por habitar en un país guardado en la memoria. Todo es bello en el país de la memoria, no hay percances en el país de la memoria, no tiembla y hasta la lluvia es grata en el país de la memoria. El país de Peter Pan es el país de la memoria (Cruz Buitrago, (sf)).

Otro caso paradigmático de retorno imposible en el Cono Sur Latinoamericano, lo representa Cristina Peri Rossi¹⁴ quien relata en

14 Cristina Peri Rossi (1941). Escritora uruguaya de ancestros, español e italiano. Licenciada en literatura y para la época anterior a su exilio (4 de octubre de 1972) se desempeñaba como profesora de literatura comparada en Montevideo, además, había sido líder juvenil de izquierda y colaboradora del semanario *Marcha* (el semanario de la izquierda latinoamericana). Aunque muy joven aún, era una escritora ya reconocida en su país. Fue precisamente, la publicación de la novela, *Indicios Pánicos* en 1970, en la que relata la sensación de zozobra colectiva que se vivía en Uruguay, la obra que marca su persecución política, que se tradujo en el despojo de su cátedra universitaria y de la nacionalidad uruguaya, así como el exilio. Su obra abarca temas muy diversos, pero desde luego que, las alusiones al exilio y a los totalitarismos, han sido temas obligados en su escritura, de ello ha dejado constancia, en obras como: *Diáspora* de 1976, *Estado de Exilio* de 2003 (ambos son libros de poemas) y desde luego, su novela *La Nave de los Locos* de 1984, quizá la más representativa. María Rosa Olivera, se ha referido a esta novela, en los siguientes términos: “ (...) *en el contexto de una ficción que desde la perspectiva del exilio y del fracaso de un proyecto político cuestiona los valores del mundo occidental. Esta tendencia de la obra de Peri Rossi: su cuestionamiento profundo de valores occidentales que habían llegado a naturalizarse, desde el espacio cosmopolita, desde Europa, es una característica que comparten los integrantes de la generación del 72 y que los distingue de la generación del boom, quienes nunca fueron tan críticos de los idilios cosmopolitas* ” (Olivera- Williams: 2012, p 65) obra que en medio de la ficción que encierra su trama, los lugares donde se desarrolla la historia y los roles y diálogos de sus personajes, tales como la «fábrica de cemento» o imágenes como «la máquina violadora» y personajes como «equis» o «Vercingétorix» arroja muchos elementos desde la narrativa, para denunciar actos como: la visión del extranjero como un «fuera de lugar» (ibíd).

algunas de sus obras, tanto como en diversas entrevistas concedidas, su experiencia personal de exilio y retorno imposible. Así por ejemplo ha afirmado:

A fines de 1972 mis libros, en Uruguay, país en el que nació, fueron prohibidos, así como la mención de mi nombre en cualquier medio de comunicación y fui despojada de mi cátedra de Literatura Comparada; también se me prohibió escribir en cualquier órgano de difusión. Silenciada, amenazada y perseguirme, opté por exiliarme; tenía la esperanza de que fuera por tiempo breve. Alguien que huye no puede elegir en una guía de turismo el lugar adonde irá a parar; el barco y el destino me trajeron a Barcelona. Poco tiempo después, tuve que dejar también esa ciudad y residir un corto tiempo en París, hasta regresar definitivamente a España” (2003, pp. 7-8).

En una entrevista a Parizad Tamara Dejbord dijo:

Había dejado mi casa toda instalada; había dejado mis cuatro mil adorados libros, mis alumnos, todo. Acepté el viaje, acepté irme, con el pretexto de que era poner un tiempo en distancia, pero para volver en seguida. Lo veía como una cosa muy transitoria, como un «salvo el pellejo ahora pero vuelvo enseguida y entro clandestina, como siempre». Pero cuando vino el golpe me di cuenta de que no podía volver, de que el regreso era una locura. Y como vos no sabes cuánto dura una dictadura, uno no hace planes. Yo me acordaba perfectamente de que en Montevideo, que estaba lleno de exiliados españoles, mi vecino estaba esperando que Franco cayera. Muchos españoles vivie-

Así mismo relata que su terapia para hacer catarsis fue la escritura, oficio que no podía abandonar a donde fuera que se encontrara, oficio que debe hallarse libre de ataduras tales como la nacionalidad, pues precisamente eso fue lo que atormentó a otros escritores compatriotas suyos como Galeano o Di Benedetto, que sentían que todo lo que escribían estaba ligado a un «medio geográfico» (Dejbord: 1998, p. 229).

ron cuarenta años en Uruguay y se murieron esperando... Esta situación es muy difícil porque uno vive transitoriamente y siente que es una cosa que pasa. Pero por otro lado uno piensa que a lo mejor es necesario quedarse toda la vida acá. Esto le pasa a todos; no hay muchas diferencias individuales. Quizás la diferencia esté en la gente que decide más rápido y que dice: «Yo me quedo; pase lo que pase, no vuelvo». La mayoría, en cambio, vivimos en suspenso. Yo he estudiado mucho esta historia del exilio. He escrito muchísimo menos de lo que he trabajado este tema. Sí, tengo mucho sobre el exilio, mucho material, ensayos, artículos. También he dado muchas conferencias. Hace poco ella (Diana Decker) fue a ordenar un poco mis papeles. Metió en un cajón todos los artículos, ¿verdad? D.D. ¡En una caja enorme! (Dejbord, 1998, pp. 220 a 224).

Más aún, cuando en la misma entrevista, le preguntan si pensaba instalarse de nuevo en Montevideo, categóricamente respondió:

No, yo ya padecí una vez, mucho, lo que es extrañar algo. Creo que en esto casi todos somos iguales: Siempre extrañamos lo que no está. Y no tengo muchas ganas de extrañar España. Me parece que es inevitable que uno, si está en un lugar, extrañe lo que está en otra parte. Esto no quita que, a lo mejor, en algún momento tenga ganas de pasar la vejez ahí, en un lugar no contaminado, en un paisaje maravilloso, con una gente que es muy cálida. Evidentemente yo me siento muy a gusto allí. Pero, en fin, me parece que no, que no quiero sentirme obligada con proyectos muy definidos. Me gusta mucho sentirme libre y entonces hacer un poco lo que quiero en cada momento (1998, p. 229).

En síntesis, Peri Rossi, resume el periplo en Barcelona así: dolor-castración-integración- amor. Fue el enamoramiento a su ciudad adoptiva, la que hizo imposible en últimas, su retorno a Uruguay (2003, p. 10).

CONCLUSIÓN

El tema del exilio como toda migración forzosa, recorre un itinerario que comprende tres etapas: emigración, inmigración y retorno. Estas páginas nos permitieron recorrer un camino distinto para entender la figura del exiliado que regresa, pero también del retorno imposible. Desde el inicio presentamos, siguiendo las indicaciones de Vitale, una visión subjetiva y más humana del fenómeno del exilio, como una forma de migración forzada por razones políticas, subvirtiendo la lógica de muchos de los estudios migratorios que emplean enfoques cuantitativos y circunscriben el análisis a meras estadísticas o a exponer solo las razones más obvias de la huida. Por el contrario, resaltamos aspectos como: el dolor, la nostalgia, la frustración, el desarraigo; elementos presentes en toda migración forzosa y en toda la constelación de sujetos migrantes, principalmente en los refugiados y apátridas.

De igual manera, nos ubicamos en un periodo histórico donde se analizó uno de los acontecimientos más nefastos y dantescos de la historia contemporánea de América Latina: las dictaduras militares del Cono Sur en la década de los años setenta del siglo pasado. Dicha referencia nos permitió conocer el origen de la Doctrina de Seguridad Nacional más allá de nuestras fronteras y nuestros problemas estructurales. En este sentido, se logró evidenciar la política intervencionista estadounidense en todo el Cono Sur tendiente a materializar sus intereses geopolíticos y geoestratégicos en la región -vitales para mantener su posición de potencia dominante dentro del sistema internacional del orden mundial de la guerra fría- implementando el neoliberalismo, a través del terror.

La implementación de la doctrina del shock fue una de las causas para que muchos intelectuales, académicos, líderes de izquierda y defensores de derechos humanos se vieran obligados a abandonar sus lugares de origen con todo lo que comporta el proceso de ruptura.

Discusiones actuales sobre los derechos fundamentales en América Latina

DOI: <https://doi.org/10.35985/9789585697201>

El proceso de restablecimiento de la democracia a finales de los años ochenta abrió una puerta para que aquellos que se habían ido regresaran. Sin embargo, tal como quedó evidenciado al final de este texto, no siempre el retorno al país de la infancia representa una salida, un alivio.

En virtud de lo anterior, intentamos plantear y reflexionar (aun cuando no definir) una categoría de retorno, no tomada en cuenta por los teóricos de la migración; la del *retorno imposible*, como una imposibilidad espiritual más que física, de volver al seno del hogar del que se fue expulsado, imposibilidad espiritual signada por el dolor, la nostalgia y el desarraigo. De lo anterior se desprende la importancia de la literatura que nos permitió abordar el fenómeno del exilio y el retorno desde una perspectiva existencial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AÍNSA, Fernando (2010). Palabras nómadas. La patria a la distancia y el imposible regreso. *Revista Letral*, (5), 29-45. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5370571.pdf>

ARENDDT, Hannah (2002). *Tiempos Presentes*, 9-22. Barcelona: Gedisa

ARENDDT, Hannah (2011). *Eichmann en Jerusalén*. Barcelona: De Bolsillo.

BASTIAT, Frederic (1995). *La Ley*. CEES(Centro de Estudios Económico, Sociales), Guatemala.

BOBBIO, Norberto (1975). *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica

BOBBIO, Norberto (2013) *Democracia y Secreto*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.

BOLZMAN, Claudio (1993). Los exiliados del Cono Sur dos décadas más tarde. *Revista Nueva Sociedad* N° 127 septiembre-octubre, 126-135. Disponible en: http://nuso.org/media/articles/downloads/2278_1.pdf

CANNETI, Elías (2005). *Masa y Poder*, Barcelona: Círculo de Lectores.

CASTILLO J: (1997) Teorías de la migración de retorno. En: A. Izquierdo y G. Álvarez (coords), *Políticas de retorno de emi-*

grantes (29-44). Galicia: Universidade da Coruña, Servicio de Publicaciones Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1998038>

CATAÑO PULGARÍN, S V Y MORALES MESA, S.A. (2015). La migración de Retorno. Una descripción desde algunas investigaciones latinoamericanas y españolas. *Revista colombiana de ciencias sociales*, 6(1), 89- 112. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5123746.pdf>

COROMINAS (1987) Breve Diccionario etimológico de la lengua castellana. Editorial Gredos, Madrid. Versión digitalizada, recuperada de: <https://isaimoreno.files.wordpress.com/2017/03/diccionario-etimologic81gico-abreviado-de-la-lengua-castellana-joan-corominas.pdf>

CRUZ BUITRAGO, Jorge (2012). La figura del exiliado como paria en Hannah Arendt. (Trabajo final de Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos). Instituto de Derechos Humanos Bartolomé De las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/18786>.

CRUZ BUITRAGO, Jorge (sf). Migración de Retorno, Derechos Humanos y literatura.

CRUZ, Juan (17 de septiembre de 2006). Mario Benedetti: el poeta del exilio. *El País*. Recuperado de: https://elpais.com/diario/2006/09/17/eps/1158474407_850215.html DEJBORD, Parizad Tamara (1998). *Cristina Peri Rossi: Escritora del Exilio*. Buenos Aires: Editorial Galerna,

DIEZ JIMÉNEZ, A (2014) El estudio de la migración internacional de retorno en Colombia. Una revisión bibliográfica sobre el Estado actual. *Revista Amauta*, Universidad del Atlántico, Barranquilla Colombia. N° 24 Julio- Diciembre 2014, 23- 39. Disponible

en: <http://investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/Amauta/article/view/1065>.

ESCRICHE, Joaquín (1977). *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Traducción de Juan B. Guin. Tomo, II, Bogotá: Temis.

ESPASA (1999) *Diccionario de las Religiones*. Tomo I. Madrid: Espasa Calpe.

FERNÁNDEZ GUZMÁN, EDUARDO. Revisión bibliográfica sobre la migración de retorno. Norteamérica. Revista Académica del CISAN-UNAM, vol. 6, núm. 1, enero-junio, 2011, 35-68 Centro de Investigaciones sobre América del Norte Distrito Federal, México. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=193722595003>

GIARDINELLI, Mempo (1986). *Dictaduras y el artista en el Exilio*. Working Paper # 65- March 1986. Kellogg Institute. Disponible en: http://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WP_1986.shtml.

HOBSBAWM, Eric (2000). *Historia del siglo XX*, Barcelona: Crítica.

KISINGER, Henry (1995). *La Diplomacia*, México D.F: Fondo de Cultura Económica.

KLEIN, Naomi (2007). *La Doctrina del Shock. El Auge del Capitalismo del Desastre*, Barcelona: Paidós.

KUNDERA, Milan (2014). *La Ignorancia*, México: Tusquets Editores.

LASTRA, María Soledad (2012) *Migración política de retorno en la redemocratización : Primeros contrapuntos entre los casos de Argentina y Uruguay* (En línea). Trabajo presentado en I Jornadas

de Trabajo sobre Exilios Políticos del Cono Sur en el siglo XX, 26, 27 y 28 de septiembre de 2012, La Plata, Argentina. Disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.2547/ev.2547.pdf

MALAPARTE, Curzio (2009) *Técnicas de golpe de Estado*, Barcelona: Planeta.

NAPOLEONI, Loretta (2016). *Traficantes de Personas El negocio de los secuestros y la crisis de los exiliados*, Barcelona: Paidós.

NORAMBUENA, Carmen (2000) *Exilio y retorno. Chile 1973-1994* En:

OLGUÍN, Miriam (Ed) *Memoria para un nuevo siglo, Chile, miradas a la segunda mitad del siglo XX*, Santiago de Chile: LOM Ediciones 173-188.

OIM (2006). *Derecho Internacional sobre Migración N° 7 .Glosario sobre migración. Versión electrónica, disponible en: <https://publications.iom.int/es/books/derecho-internacional-sobre-migracion-ndeg7-glosario-sobre-migracion>*

OLIVERA WILLIAMS, María Rosa. (2012). El legado del exilio de Cristina Peri Rossi: un mapa para géneros e identidades. *Revista A Contra Corriente*, (Vol 10) N° 1, Fall 2012, 59- 87. Disponible en: <http://www.ncsu.edu/acontracorriente>.

PALOMARES, Gustavo (1993). *USA, caza de brujas. Cuadernos del Mundo Actual* (16). Barcelona- Madrid: Grupo 16.

PERI ROSSI, Cristina (2003). *Estado de Exilio*, Madrid: Visor Libros

PINO Juste y VERDE Diego (2006). *Emigración de Retorno: Análisis de la Situación a través de historias de vida*. *Revista Migra-*

ciones (20). Disponible en: <https://revistas.upcomillas.es/index.php/revistamigraciones/article/viewFile/2915/2698>

SCHELOTTO Magdalena (2015) La dictadura cívico. Militar uruguaya (1973- 1985): la construcción de la noción de víctima y la figura del exiliado en el Uruguay post- dictatorial. Revista Nuevo Mundo. Mundos Nuevos, 2-15. Disponible en: <http://nuevomundo.revues.org/67888>

SCHMITT, Carl. (1984). *El Concepto de lo "político"*, Buenos Aires: Folios Ediciones.

TERMINELLO, Juan Pablo. (2014). Dictaduras, exiliados y reparación en el Cono Sur de América Latina. Revista Migraciones Forzadas, (45), 90-92. Disponible en: <http://www.fmreview.org/es/crisis/terminello.html>

TORRES F. Danubio (1979). *Los territorios del exilio. Textos sobre literatura hispanoamericana*, Barcelona: La Gaya Ciencia.

TOVAR CUEVAS, Luis Miguel, y VICTORIA PAREDES, María Teresa (2013). Migración Internacional de Retorno y emprendimiento: Revisión de la literatura. Revista de Economía Institucional, vol 15(n.29) 41-65. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/como-citar.oa?id=41929178004>.

VALENCIA VILLA, Hernando (2003). *Diccionario Espasa de Derechos humanos*, Madrid: Espasa Calpe.

VITALE, Ermanno (2006). *Ius migrandi. Figuras de errantes a este lado de la cosmópolis*, España: Melusina, S.L.

YOUNG, Iris Marion (2000) *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid: Cátedra Ediciones.

LA AMENAZA DEL ANTIRREPRESENTACIONISMO: EL DERECHO HA MUERTO, ¡VIVA EL DERECHO!

Javier Bassi

© <https://orcid.org/0000-0001-6395-0677>

*You are not the only ship
Adrift on this ocean¹*

De *Mixed Emotions*, por The Rolling Stones (1989).

INTRODUCCIÓN

La posmodernidad ha sido presentada, en la literatura especializada y por diversas razones, como una amenaza para el Derecho. Sostengo que tal acusación proviene, mayormente, de una incompreensión del credo posmoderno y que, si algo amenaza la posmodernidad es el fundamentalismo epistemológico y las diversas formas de opresión derivadas de él. Por ello, en este artículo y tras discutir algunas cuestiones terminológicas y las posiciones teóricas relevantes, comento la forma en que tal amenaza ha sido presentada (incluidos sus aciertos y malos entendidos) y me detengo en tres casos que ilustran el conflicto entre el antirrepresentacionismo y el Derecho: el origen del orden legal, la noción de sujeto y la responsabilidad jurídica. A continuación, sugiero la forma que debería tomar un Derecho antirrepresentacionista. Finalmente, argumento que dicha forma no se halla tan alejada de la práctica histórica y vigente del Derecho como cabría esperar (al menos si uno se atiene al carácter apocalíptico en que ha sido presentada la amenaza) y que

1 No eres el único barco a la deriva en este océano.

los pronósticos agoreros se hallan en buena medida incumplidos y probablemente no lleguen a cumplirse jamás.

UNA DENSA MADEJA DE CONCEPTOS

Modernidad/posmodernidad, realismo/relativismo, representacionismo/antirrepresentacionismo, objetividad/subjetividad, verdad/error, etc.: la lista de conceptos —habitualmente presentados en pares antitéticos²— es larga. Todos ellos aluden a un debate antiguo —aunque no por ello menos vigente— dentro de la Filosofía, las ciencias sociales y también el Derecho: el tipo de relación cognoscitiva que se da (o puede darse) entre las personas y el mundo (o sus alternativas: entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, entre el mundo y la mente [o las ideas], entre la realidad y la representación, entre las cosas y las palabras, etc.). Ante este panorama, aclararé a continuación cómo entiendo y uso los conceptos en este texto, algo que hasta aquí no había hecho a fin de presentar los contornos del asunto de un modo general.

Varios/as autores/as han reparado en la dificultad de delimitar conceptualmente la posmodernidad (como matriz cultural, como signo de la época, como idea, como postura epistemológica). Dice Adam Todd (2006, p. 896, la traducción es mía), quien, de hecho y como síntoma de la «densa madeja» a la que he aludido, habla de *posmodernismo* y no de *posmodernidad*: «Parte de la controversia que rodea al posmodernismo proviene del hecho de que no tiene una definición clara». Kenneth Gergen (1994, p. 412), en esta línea, lista no menos de 14 propuestas que podrían considerarse «posmodernas»: de Thomas Kuhn a Bruno Latour, de Jacques Derrida al análisis del discurso, del historiador Kurt Danziger al feminismo.

2 Richard Bernstein (1983, p. 18) se refiere a este carácter antitético (típico de la modernidad), como el «gran y seductor o/o [Either/Or]» (la traducción es mía). Es decir, las cosas son de cierto modo o son de otro. No hay posibilidades intermedias ni alternativas.

También se ha hecho notar la arbitrariedad de distinguir la posmodernidad en forma tajante y/o antitética con la modernidad, por lo que algunos/as autores/as hablan de *sobremodernidad* (Augé, 1992/2000; Follari, 2006), a fin de hacer notar que, más que un corte, la posmodernidad supone una versión extrema o un desarrollo lógico de la modernidad.

No obstante, creo que es posible definir una silueta que, aun borrosa, provisoria y permeable contribuya a aclarar de qué estamos hablando. Al concepto de *posmodernidad*, como a todo concepto, no le faltan definiciones ni parientes cercanos. Incluso hay quien (Minda, 1995) repara en la dificultad de definir un movimiento tan diverso. Sus proponentes y defensores/as (por ejemplo, Derrida o Richard Posner) se han mostrado, incluso, reticentes a presentar el ideario posmoderno como un proyecto o una doctrina por las reminiscencias modernas de esos términos y prefieren presentar la crítica posmoderna *como una actividad*, en el mismo sentido que Wittgenstein (1922/2010) concibe a la Filosofía. También hay quien no distingue entre proyectos afines: «Las creencias centrales de los/as radicales tienen varios nombres: construccionismo social, posmodernismo, deconstruccionismo» (Farber y Sherry, 1997, p. 23).

No pretendo zanjar aquí el asunto (y no podría aunque quisiera), pero me parece justo ofrecer al menos unas líneas orientadoras. Antes que nada, distingo la posmodernidad en el sentido «cultural» que le asignan Fredric Jameson (Feldman, 2001), Gilles Lipovetsky (1983/2000), Antonio Sandu (2010) y, hasta cierto punto, Lyotard (1984/2008) de la dimensión epistemológica que me interesa aquí.

Michael Traynor (1997, p. 101, la traducción es mía) suscribe esta distinción:

[...] Kincheloe y McLaren procuran distinguir entre lo que denominan *posmodernidad*, que ven como descripciones de una situación cultural, y la teoría posmoderna, que describen como escritura antifundacionalista en Filosofía y ciencias sociales.

Sandu (2010, p. 24), por su parte, sugiere el término *posmodernismo* para una «corriente cultural e ideológica» (homologable a la «teoría posmoderna» de Traynor) en contraste a *posmodernidad* (en el sentido cultural).

Sin compartir del todo estas disquisiciones (que presento, entre otras cosas, para ilustrar aquella «densa madeja»), creo útil distinguir la posmodernidad (o sobremodernidad) del antirrepresentacionismo. Desde este punto de vista, *posmodernidad* alude al signo de una época, a un «paradigma social» (Sandu, 2010, p. 24) o a una matriz cultural. Aquí podría incluirse, por ejemplo, el proceso de *personalización* que describe Lipovetsky en *La era del vacío*. Mientras tanto, el término *antirrepresentacionismo* refiere la imposibilidad del conocimiento objetivo (es decir, no contingente o no culturalmente determinado) y su elemento definitorio es el *desfundacionalismo* o, dicho de otro modo, la falta de un fundamento último y trascendente (no humano) al que acudir para legitimar el conocimiento.

El antirrepresentacionismo, que Gergen (1994) considera un elemento común a las diversas orientaciones posmodernas y que es la propuesta que me interesa aquí, podría encontrar su origen en Protágoras o Gorgias, se apoya particularmente en «el segundo» Ludwig Wittgenstein (1952/1999) y en el pragmatismo estadounidense —sobre todo John Dewey (1916/2000, 1929/1952) y William James (1907/2016)—, pasa por las propuestas contemporáneas aunque poco originales de Kenneth Gergen (1990, 1994 y 1994/1996) y John Shotter (1993/2001) y se expresa más acabadamente en la obra de Richard Rorty (1979/2001).

Prefiero, para esta tradición académica —mayormente centrada en cuestiones epistemológicas—, el término *antirrepresentacionismo*. De todas maneras, debido a que la literatura vinculada al Derecho habla de forma más o menos indistinta de «posmodernidad», «posmodernismo», «construccionismo social», «multicultu-

ralismo», «teoría crítica», «deconstrucción» e, incluso, «nihilismo», he mantenido las denominaciones de los/as autores/as que cito. A pesar de ello y a efectos de este trabajo, me interesa exclusivamente el aspecto epistemológico. Por ello, cuando no cito, opto siempre por el término *antirrepresentacionismo* (y sus derivados), aun en los casos en que no concuerde con los/as autores/as que refiero.

Aclarado el punto y más allá de la resistencia a las definiciones, considero que el antirrepresentacionismo queda bien caracterizado en la definición que ofrece Peter Shanck (1992, en Minda, 1995, p. 190, la traducción es mía):

(1) El *self* no es y no puede ser una entidad autónoma y auto-generada; es una creación puramente social, cultural, histórica y lingüística. (2) No hay principios fundacionales a partir de los cuales puedan derivarse otras afirmaciones; por tanto, la certeza como resultado tanto de la verificación empírica como del razonamiento deductivo no es posible. (3) No hay algo así como el conocimiento de la realidad; lo que consideramos conocimiento es siempre creencia y sólo es pertinente al contexto en el que es generado. (4) Dado que el lenguaje es social y culturalmente constituido, es inherentemente incapaz de representar o corresponder a la realidad; por tanto todas las proposiciones e interpretaciones, incluidos los textos, son construcciones sociales.

Lo que atraviesa los cuatro elementos de esta definición es *la imposibilidad de un fundamento último* (no humano», diría Rorty) para el conocimiento. Para aclarar el uso que hago de la expresión «no humano», debo detenerme en la posición contraria al antirrepresentacionismo: *el representacionismo*. Los/as defensores/as de esta posición epistemológica –históricamente representada por el positivismo de Auguste Comte y por el positivismo lógico del Círculo de Viena, incluido su principal inspirador: «el primer» Wittgenstein (1922/2010)- sostienen que el conocimiento objetivo es posible (y deseable) e, incluso, proponen estrategias para alcanzarlo.

Como fuere, el representacionismo, en su afán por «desinfectar» el conocimiento de todo rastro humano (subjetivo), hace desaparecer, quizás inadvertidamente, al sujeto mismo. Por ello, dicho conocimiento acaba siendo de nadie, en ninguna parte. Así, la utopía no confesada del representacionismo es un mundo sin nadie que lo conozca pero que, paradójicamente, sea conocido. Existen múltiples síntomas de la persistencia de esta utopía, aunque sólo mencionaré una por su cercanía a la práctica académica: el uso de la voz pasiva en los textos científicos.

Dice al respecto Boyle (1991, p. 495, la traducción es mía): «Concebido de este modo, el discurso racional tiene un extraño carácter autodestructivo. Es un método de salvar la distancia entre un sujeto y un objeto que sólo tiene éxito cuando se ha aniquilado a sí mismo, dejando al objeto autorrevelado, desnudo a la mirada del sujeto».

Como fuere, el antirrepresentacionismo plantea que la verdad como correspondencia (lo que Klimovsky [1994/2005, p. 24] llama «concepto aristotélico de verdad») es inaccesible. Lo que tenemos (y *todo lo que nos es dado tener*) es versiones contingentes (es decir, dependientes del contexto) de esa elusiva «realidad». Al respecto y llevada la idea al contexto del Derecho, dice Daniel Ostas (1998, p. 197, la traducción es mía): «[...] El posmodernismo se opone a la noción de objetividad en el Derecho, insistiendo, al contrario, que las leyes no tienen fundamento ni referencia externa».

Todd (2006, p. 908, la traducción es mía), por su parte y siguiendo a Stephen Feldman (2000), presenta al «posmodernismo» en ocho tropos [*themes*], de los que tres resultan relevantes a la posición antirrepresentacionista: el antifundacionalismo y el antisencialismo; el desafío de las certezas, los constructos [*edifices*] y los límites y el énfasis en la construcción social del *self*.

En el contexto del Derecho y como cabe esperar, esto es de la mayor importancia. Dice Costas Douzinas (1991, en Minda, 1995,

p. 224, la traducción es mía): «Los/as posmodernos/as se resisten a la idea de que “hay un mundo ‘real’ o un sistema legal ‘ahí fuera’, perfecto, formado, completo y coherente, esperando a ser descubierto por la teoría”». En este sentido, esta postura «resiste y reacciona contra la modernidad» (Minda, 1995, p. 225, la traducción es mía). O, en otras palabras y como sostiene Ostas (1998), p. 198, la traducción es mía): «El nacimiento del pensamiento legal posmoderno se originó en la “revuelta” realista contra el formalismo legal».

¿«Revuelta» contra quién o contra qué? Contra la «jurisprudencia moderna» o el «modernismo legal» con «raíces en el Iluminismo» (Ostas, 1998, p. 197, la traducción es mía). Dice el autor: «La jurisprudencia moderna ve la ley como una empresa objetiva. Insiste en que hay respuestas demostrablemente correctas e incorrectas para cuestiones legales juzgadas con referencia a criterios objetivos». Un enfoque de este tipo, y contrariamente a la propuesta antirrepresentacionista, procura ofrecer fundamentos últimos e inmutables para el orden legal o su puesta en práctica: alternativamente, Dios, el monarca, el Estado, la Naturaleza, la esencia humana, el consenso social, el Pueblo, etc. Ostas (1998, p. 197, la traducción es mía) ejemplifica: «[...] William Blackstone intentó fundar la ley en el orden natural revelado en las costumbres del pueblo anglosajón. Jeremy Bentham ofreció como fundamento una política social utilitarista. Y Christopher Columbus Langdell procuró fundamentar la ley en técnicas de razonamiento formal».

Según Ostas, Langdell, un autor paradigmáticamente moderno, sostiene que la ley es «autónoma» (p. 198) («las respuestas a las cuestiones legales pueden y deben ser articuladas con referencia exclusiva a material legal»), que el razonamiento legal es «conceptual más que empírico» (p. 199) y que la ley es «objetiva» (p. 199), por lo que, *a priori*, existen «respuestas correctas e incorrectas a las cuestiones legales» (p. 199).

Alan Hunt (1986, p. 4, la traducción es mía) prefiere referirse al asunto en otros términos:

El liberalismo contra el que la teoría crítica dirige sus energías críticas es la teoría liberal que generó la Filosofía del legalismo y la jurisprudencia asociada del positivismo legal que tan decisivamente se implantaron en el discurso académico, político y popular en las democracias capitalistas.

Volviendo al antirrepresentacionismo, Owen Fiss (1986, p. 12, la traducción es mía, cursivas en el original), en un tono marcadamente crítico, sostiene: «[...] El Derecho, dada su naturaleza, nunca puede proveer la fuerza necesaria para alcanzar la objetividad. Su argumento [el de *Law and Economics* y los *Critical Legal Studies*, movimientos académicos y políticos considerados «posmodernos» dentro del Derecho] es que no hay respuestas correctas, sino más bien que *nunca* puede haber una respuesta correcta».

Otros/as autores/as dirigen sus críticas al iusnaturalismo o al *statu quo* sociopolítico (Kennedy, 2002; Unger, 1983/2015) y se refieren a la crítica como «radical» (Kennedy, 2002, p. 181, la traducción es mía) o deconstruccionista (Unger, 1983/2015, p. 26).

Como se puede observar, no hay un acuerdo punto a punto respecto de los rasgos definitorios de los conceptos que mencioné al inicio de este apartado. Lo que no parece en discusión, de todas maneras, es que el antirrepresentacionismo pone en duda el credo moderno respecto de la posibilidad de un fundamento último para el conocimiento.

Así las cosas, es fácil comprender la virulencia de la reacción contra el antirrepresentacionismo por parte de ciertos sectores del Derecho: el Derecho, en tanto orden normativo y práctica, *necesita* de los mismísimos fundamentos que se hallan en la mira: Verdad, objetividad, Bien/Mal (trascendentes), Justicia (como entelequia, no

como actividad), racionalidad del proceso legal, coherencia interna, esencia (humana o de otro tipo), estabilidad y continuidad del yo, libre albedrío, etc. Volveré a dicha reacción luego.

EL ANTIRREPRESENTACIONISMO EN FILOSOFÍA

Lo que hasta aquí he nombrado como «posmodernidad», «posmodernismo», «relativismo», «antirrepresentacionismo» o «deconstrucción» hunde sus raíces en la Filosofía y luego en las ciencias sociales, particularmente, en la Sociología de la Ciencia. Me referiré a estos antecedentes a continuación.

Como he sostenido, en este trabajo me interesa lo que suele presentarse como un elemento de la posmodernidad: *la imposibilidad del conocimiento objetivo*. Entiendo que, si bien numerosos/as autores/as se han referido a este asunto (mencioné antes a Gergen y a Shotter), su raíz puede hallarse en el giro lingüístico (Rorty [1967/1990], Ibáñez [2006]), en el pragmatismo estadounidense y muy particularmente en los trabajos de «el segundo» Wittgenstein y de Richard Rorty que he citado.

He tratado extensamente el tema en otra parte (Bassi, 2014), por lo que no me repetiré. Sólo querría dejar sentado que estos autores se abocan al hundimiento del buque insignia del proyecto moderno, lo que antes denominé, desde Klimovsky, «concepto aristotélico de verdad». Esto es, la idea de que a las personas nos es dado describir el mundo «tal cual es», es decir, *objetivamente*. *Objetivo*, es clarificador destacarlo, significa, en oposición a *subjetivo*, «relativo al objeto». De ello se deriva que todo lo que un sujeto cognoscente o, más exactamente, una comunidad adquiera y posea de la realidad proviene *de la realidad y sólo de la realidad* y no de elementos «relativos al sujeto» como los valores, el lenguaje, las prácticas de conocimiento, los intereses, las matrices de pensamiento, las normas de las comunidades de conocimiento, la teoría, las

características físicas del sujeto cognoscente, el significado otorgado a la realidad, el género, la posición en el sistema económico, etc.

A mi juicio, el argumento central del antirrepresentacionismo es éste: no es posible conocer al margen (o por fuera) de los factores condicionantes que acabo de listar. Es decir, no existe *una segunda vía de acceso* al mundo, siendo la primera (y única) nosotros/as mismos/as. Todo conocimiento es (no puede no ser) generado por sujetos situados, de ciertas características físicas, que conciben el mundo en un determinado lenguaje, que se embarcan en un tipo de prácticas de conocimiento, que se acercan al mundo cargados de valores, teoría, intereses, etc. Todo conocimiento será, entonces, *relativo* a alguno de dichos factores. Para el antirrepresentacionismo, el factor más relevante es el lenguaje.

Dice Patterson (1992, p. 275, la traducción es mía):

La idea de que el lenguaje «corresponde» a algo por fuera de sí mismo no puede nunca ser desarrollada porque toda conversación acerca del lenguaje sigue siendo uso del lenguaje. Ninguna parte del lenguaje puede ser arrancada del todo y concebida como metalenguaje, superlenguaje o «lenguaje acerca del lenguaje».

Algo similar dice Posner (2003, p. 100, la traducción es mía), al caracterizar la posición de Dewey:

No hay forma de saber cuándo uno ha encontrado la verdad porque uno no puede pararse fuera del universo y observar la correspondencia entre éste y las descripciones.

Esta imposibilidad ha sido explicada en sus términos más simples por Tomás Ibáñez (2005, pp. 166-167, cursivas en el original):

Desde el representacionismo se afirma que el conocimiento válido sobre la realidad es el que «se corresponde» con la manera en que la realidad «es» efectivamente. ¿Cómo podemos saber que esa correspondencia es adecuada? Pues, *comparando*, claro está, una cosa con la otra.

Sin embargo, resulta que «comparar» significa poder acceder *de forma independiente* a los dos términos que se trata de comparar. No es posible comparar dos cosas, A y B, si se define una en los términos de la otra (si se define B en términos de A o viceversa).

¿Cómo podemos comparar nuestro conocimiento del mundo con un mundo definido con independencia de nuestro conocimiento del mundo? ¿Cómo podemos comparar nuestro *conocimiento de...*, con un *de...* del cual no tenemos conocimiento? En otras palabras, ¿cómo podemos comparar una descripción del mundo con *un mundo no descrito*? Puedo comparar entre sí diferentes versiones del mundo, pero nunca *el mundo* con *una versión del mundo* porque no podemos saber cómo es el mundo *con independencia de cualquier versión*. ¿Cómo diablos es la realidad no conceptualizada o pre-conceptualizada?

Creo que la cita no necesita aclaraciones. Sólo me referiré a la cuestión de las «versiones» que menciona Ibáñez. La pregunta que se formula habitualmente, en buena medida por esa especie de *horror vacui* epistemológico que genera el certificado de defunción de la Verdad (ente metafísico que, en el paso de la Edad Media al Renacimiento, reemplazó al ente metafísico anterior³ -el

3 Dice al respecto Feldman (1999, pp. 174-175, la traducción es mía, refiriéndose a la situación en Estados Unidos: «[Tras la Guerra Civil], la mayoría de los/as académicos/as en las ciencias humanas ya no se hallaba cómoda con fundar el conocimiento en Dios, pero esta secularización no disminuyó su deseo de objetividad. Temerosos/as y, por tanto, reticentes a aceptar un mundo de radical subjetividad, relativismo y arbitrariedad, se embarcaron

Dios declarado muerto por Nietzsche- como fundamento último), es la siguiente: si no podemos acceder a un mundo no humano y conocerlo «tal cual es», ¿con qué criterio optar entre versiones o cómo fundar la *praxis*? Si todo lo que «podemos saber es que una visión es una alternativa a otra» y que «siempre [estamos] nadando en estas percepciones» (Druzin, 2012, p. 47, la traducción es mía), ¿a qué atenernos en tanto seres políticos?

Esta alusión a la *praxis* vincula la verdad con otro concepto caro al Derecho: *los valores* (sobre los que, presumiblemente, fundan su práctica). En efecto, el temido relativismo valórico o cultural es, entiendo, un derivado del antirrepresentacionismo ya que, si no hay Verdad última o trascendente, *no puede haber tampoco Bien, Mal o Justicia como entes últimos o trascendentes* y, por tanto, todos los ordenamientos éticos/morales son equivalentes *en el sentido acotado* de que ninguno de ellos puede fundarse metafísicamente (lo cual no significa que no pueda argumentarse de forma racional a favor o en contra de ellos). Dice Posner (1990, p. 460): «Todo esto [la contingencia del sistema legal] no niega lo indispensable del sistema legal ni la importancia de sus contribuciones a la sociedad civilizada».

Así, a la pregunta acerca de cómo fundar una *praxis*, Rorty contestaría: *conversando* (1979/2001), es decir, argumentando en favor de una determinada versión en términos no metafísicos (contingentes): potencial explicativo, consistencia interna, novedad, efectos derivados y, en ocasiones, poco más que una preferencia – infundada e infundable- que podría expresarse así: «No me gusta la forma que toma el mundo cuando gente como usted logra que su versión sea tenida por cierta».

en una búsqueda modernista de alguna (o algunas) fuentes de objetividad. Si Dios estaba muerto (al menos a efectos epistemológicos), luego un sustituto de Dios debía ser encontrado.

Evidentemente, tal conversación requiere de unas condiciones específicas. Dice Drucilla Cornell (1985, p. 368-369, la traducción es mía):

Entendida en el contexto del dialoguismo como ideal regulativo, la universalidad aparece bajo una nueva luz. Viene a significar que cada uno/a de nosotros/as es reconocido/a como participante de la conversación. Cada voz cuenta y nadie debe ser silenciado/a en nombre de una esencia universal que denuncia lo que es diferente como no verdaderamente humano. [...] Para que la conversación siga, el/la otro/a debe ser concebido/a simultáneamente como igual y como y diferente.

Esto nos deja en una conversación en la que no hay argumentos incontestables (a los que llamo, irónicamente, «argumentos del millón»). Aquí cobra sentido un extracto de Carlos Pérez Soto (1998/2008, p. 215, las cursivas son mías) que no me canso de citar:

Ninguna ideología puede demostrar que otra ideología es falsa. Lo que se puede hacer es producir un mundo en el que esa ideología carezca de sentido. Un buen ejemplo [...] es que lo que los marxistas tienen que hacer no es demostrar que Dios no existe, lo que los marxistas tienen que hacer es *crear un mundo donde Dios no sea necesario*.

Agregaría que, desde el punto de vista antirrepresentacionista radical que defiende, «los marxistas» *no pueden hacer otra cosa* aunque, claro, les gustaría, más que nada, porque les garantizaría «el argumento del millón»: estar autorizados a sostener que *verdaderamente* Dios no existe, reemplazando así una metafísica por otra.

Esto nos aleja un poco de la conversación que propone Rorty. Al menos nos aleja de una conversación «civilizada» y casi socrática, regida únicamente por la fuerza de los argumentos. Algo pareci-

do a lo que soñó Dewey al proponer su «democracia epistémica» (Posner, 2003, p. 17, la traducción es mía). Estas limitaciones de la conversación *nos acercan al poder*.

Hunt (1990, p. 534, la traducción es mía), criticando la propuesta de Rorty, hace notar que es poco probable que la conversación, por sí sola, logre los cambios sociales esperados:

La hegemonía de los discursos de poder y conocimiento es tal que está muy lejos de ser autoevidente que esta concepción dialógica de la política abrirá espacios para los/as subordinados/as. No queda claro cómo el subjetivismo radical que defiende [Rorty] puede contribuir a cambiar el patrón de relaciones políticas. Como sostiene Terry Eagleton: «el “diálogo” sin fin de la historia humana es comúnmente un monólogo de los/as poderosos/as a los/as sin poder. [...] Es difícil ver cómo esta visión de la política podría desafiar las estructuras institucionalizadas de poder y desigualdad que caracterizan a la sociedad moderna.

Michel Foucault, en atención a que los diversos actores sociales entran a la conversación propuesta por Rorty en condiciones muy desiguales y con capacidades muy disímiles de instalar su versión como verdadera, contestaría a la pregunta acerca de cómo fundar una *praxis*: conversando, sí, pero, sobre todo, *actuando en el mundo* a fin de que tal o cual versión logre *parecer* mejor fundada que sus alternativas (en ocasiones, mediante estrategias muy alejadas de la argumentación racional). Esto es así porque las versiones no son, por definición, verdaderas sino que *llegan a tenerse por verdaderas* a través de prácticas sociales. Así, diría Foucault, la respuesta es organizarse y luchar por lograr *efectos de verdad*, es decir, que la versión que se defiende —que, insisto, está imposibilitada de ser Verdadera (en el sentido de adecuada a una realidad no humana o prelingüística)— sea, no obstante, *tenida por verdadera a todos sus efectos*.

Como puede observarse, los argumentos se vuelven débiles. Parece haber una degradación al abandonar la defensa de una versión en nombre de su Verdad y hacerlo con base en sus probables efectos, su novedad o, más simplemente, no más que en ciertas inexplicables preferencias estéticas (¿podemos explicar racionalmente y con base en criterios irreprochablemente científicos por qué ciertas teorías nos seducen y otras no?).

A este respecto dice Cornell (1985, p. 307, la traducción es mía):

La separación de los hechos y los valores lleva a la disociación de la verdad y los juicios normativos. Nuestros fines elegidos no pueden ser justificados, la razón sólo puede ayudar a desarrollar los medios para esos fines. Podemos evaluar dichos fines sólo sobre la base de su valor estratégico dentro de un contexto de valores ya establecido. [...] La limitación de la razón a la razón instrumental erosiona la idea misma de razón práctica y, con ella, la concepción clásica de la ética. Nos quedamos con un pluralismo de sistemas de valores y aquéllos/as que «vayan hacia el diablo» no pueden ser racionalmente condenados.

Sólo nos queda, para tratar con los/as que se van «hacia el diablo», argumentar (Rorty) o someter (Foucault), pero nunca condenar en nombre de una ética fundada en entes trascendentes más allá de la Historia y de lo humano. Es precisamente esta argumentación «débil» la que abrió la caja de los truenos. Veamos.

ANTIRREPRESENTACIONISMO Y DERECHO

En el contexto del Derecho, el movimiento que de forma más consecuente ha abrazado la causa antirrepresentacionista es el de los *Critical Legal Studies* (Estudios Críticos del Derecho, en adelante, CLS, por sus siglas en inglés).

Los CLS se hacen visibles en EEUU en 1976 a través de la primera *Conference on Critical Legal Studies*, organizada por David Trubeck, Duncan Kennedy, Richard Abel, Mark Tushnet, Roberto Unger y otros/as (Mesa, 2002) y llevada a cabo en la Escuela de Derecho de la Universidad de Winsconsin (Minda, 1995). Al igual que para términos como *posmodernidad*, existe, no sin cierta razón, cierta reticencia, por parte de sus defensores/as, a fijar los CLS mediante el hábito moderno de la definición (cerrada).

Cornelia Vissman (2005, p. 7, la traducción es mía), por ejemplo, dice que la deconstrucción es una «promesa, no una doctrina» y, por tanto «nunca se detiene». Gary Minda (1995, p. 107, la traducción es mía) agrega: «Los CLS son caracterizados como un movimiento “negativo” o “destructivo”, que critica sin ofrecer un programa constructivo o un estándar de referencia para emitir juicios». Así y análogamente a la deconstrucción, los CLS deberían entenderse *como una actividad* más que como una teoría cerrada (del tipo, justamente, que pretenden criticar).

A juicio de Hunt (1990, p. 511, la traducción es mía), el antirrepresentacionismo tuvo un impacto tardío en el Derecho:

Los asuntos intelectuales y políticos asociados con el posmodernismo han tenido un tardío pero sin embargo significativo impacto dentro del trabajo académico legal. Es tardío en el sentido de que, en campos como la literatura y los estudios culturales, fueron los 1970 los que presenciaron el impacto del posmodernismo. En este sentido, los estudios legales han, no infrecuentemente, ido a la cola de la principal corriente de desarrollo intelectual. Pero aun cuando la década del posmodernismo y la deconstrucción terminara para los estudios culturales, es seguro que no ha terminado para los estudios legales.

Hecha la advertencia acerca de los riesgos de definir y en el espíritu pedagógico de este escrito, creo que los CLS podrían sin-

tetizarse en una expresión que proponen Peter Goodrich, Costas Douzinas y Yifat Hachamovitch (1994/2005, p. 1, la traducción es mía): «contingencia del Derecho [*legality*]». Dicen los autores (p. 2): «Responder a la legalidad de lo contingente es caracterizar los amorfos, incidentales, fluidos e indefinibles campos de la justicia y del juicio, los éxitos y los fracasos [*carriage and miscarriage*], la ética y la política de la ley común».

Entiendo que esas primeras tres palabras sintetizan la propuesta de los CLS —y, probablemente, del antirrepresentacionismo todo—. Propuestas que, claramente, se oponen a otorgar al Derecho una condición de excepcionalidad, un estatus *por fuera* o *más allá* de lo humano, es decir, a entender al Derecho como una esfera de funcionamiento social, de algún modo, vinculada a una dimensión trascendental —la Verdad, el Bien, la Justicia, Dios, la Naturaleza, la esencia humana, etc.— de la que obtiene su legitimidad (y, consecuentemente, su poder).

Este peso puesto en la contingencia revela que los CLS no son un estudio «interno» del Derecho. Son, más bien, algo parecido a lo que la Sociología de la Ciencia es a la ciencia: un estudio «externo». Dice Boaventura de Sousa Santos (1987, p. 281, la traducción es mía): «Al transformar a la ciencia legal y a la actividad legal en un objeto de estudio científico, los CLS se colocan en un campo de estudio autónomo y, así, mantienen una “distancia crítica de los autoconceptos de los/as profesionales legales”, tal como Alan Hunt (1987) lo ha presentado». De este modo, los CLS son un enfoque netamente sociológico (externo) y no puramente legal (interno).

Más en detalle, los CLS podrían delinearse del siguiente modo (Pérez Lledó, 1996, en Mesa, 2002, p. 133):

- 1) Frente al iusnaturalismo idealista y al iuspositivismo formalista, énfasis en la dimensión histórica y social del Derecho; pero se abandona la lectura materialista tradicional, reconociendo su

relativa autonomía e incluso su carácter constitutivo de las relaciones sociales (paralelamente, se acentúa el eclecticismo teórico); 2) frente a la autonomía de la dogmática jurídica, defensa de la interdisciplinariedad; pero se toma en serio la crítica interna de la regulación jurídica y su estructura formal, sin refugiarse en una sociología jurídica externa; 3) énfasis en la dimensión política del Derecho y del discurso jurídico, rechazando su supuesta neutralidad valorativa; 4) énfasis en la indeterminación del Derecho (lagunas y contradicciones formales, incoherencias sustantivas) y la subjetividad del razonamiento jurídico (reforzado por la progresiva adopción de la actual crítica posmoderna); 5) énfasis en el carácter ideológico del Derecho, con especial atención a la producción y reproducción de la consciencia jurídica (Derecho como discurso de los juristas, enseñanza del Derecho); 6) ambivalencia hacia el Derecho, criticado como factor de conservación del status quo y apreciado como instrumento potencial de transformación.

Kennedy (2002, p. 218, la traducción es mía), desde otro punto de vista pero muy sugerentemente, hace inventario de los/as enemigos/as de los CLS: «la demanda de acuerdo y compromiso sobre la base de una representación con pretensión de objetividad [...]; la cultura burguesa, incluyendo a Dios; el *self* individual, autónomo y con libre elección; la moral convencional; la familia; la masculinidad y la feminidad, el Estado, la humanidad» (!).

De las características mencionadas por Pérez Lledó, Hunt (1986) destaca particularmente una: la «contradicción fundamental» (p. 20) introducida por Duncan Kennedy y según la cual pueden defenderse decisiones antitéticas, *dentro del mismo sistema legal*, apoyándose alternativamente en valores opuestos (privado/público, objetivo/subjetivo, individualidad/socialidad, deseo/razón, etc.). Esto indica, por un lado, que hay margen de maniobra en la toma de dichas decisiones (no vienen, por así decirlo, *pretomadas* por el orden legal mismo). Esto se conoce como «*indeterminación*»

(Unger, 1983/2015, p. 26, la traducción es mía) y es otra idea clave de los CLS.

Adicionalmente y por otro lado, esta discrecionalidad muestra el carácter contingente, es decir, culturalmente determinado del orden legal y de los procesos jurídicos. Al respecto dice Kennedy (2002, p. 188, la traducción es mía): «Un proyecto de universalización toma la interpretación de los intereses de cierto grupo, menos que la totalidad del Estado [*polity*], y argumenta que se corresponde con los intereses o los ideales del todo». Y, agregaría yo, los/as agentes de un proyecto tal *actuarán en consecuencia* y no, necesariamente, atendiendo a la letra de la ley (si es que existe tal cosa) sino, más mundanamente, a sus intereses.

La alusión a «intereses» nos pone en otra pista. Minda (1995, p. 107, la traducción es mía) se detiene en una idea común a pesar de la diversidad interna: el «Derecho es poder». Esto significa que es imposible comprender el derrotero del orden legal y la lógica de las decisiones judiciales sin alusión a conceptos como hegemonía, dominación, grupo de pertenencia, subordinación, intereses, etc. Al contrario de lo que podría parecer por la mencionada reticencia del movimiento a constituirse como una escuela propiamente dicha (y, por tanto, a hacer propuestas doctrinales y prácticas «en positivo»), los/as proponentes de los CLS se hallan fuertemente comprometidos con el cambio social.

Nos dice Minda (1995, p. 124, la traducción es mía): «Los/as académicos/as de los CLS argumentan que la disección [*unpacking*] de los nidos [*nesting*] doctrinales situados en la estructura del debate legal es el primer paso hacia la transformación social».

En palabras de Kennedy (2002, p. 178): «El objetivo del proyecto de la izquierda es cambiar el actual sistema de jerarquía social, incluyendo las dimensiones de clase, raciales y de género, en la dirección de una mayor igualdad y representación en el gobierno

público y privado». Al respecto, dice Stuart Russell (1986, p. 11, la traducción es mía), tomando algunas palabras de Kennedy (1982):

Dado que una de las metas de los CLS es la «transformación del mundo», Kennedy escribe que la actividad académica legal liberal es un obstáculo para esa transformación por dos razones. Primero, hace que el mundo parezca racional, necesario y justo, en lugar de arbitrario y contingente. También «desvía la energía de la tarea de dilucidar cómo debería ser el mundo».

Goodrich, Douzinas y Hachamovitch (1994/2005, p. 6, la traducción es mía), agregan:

En términos concretos, la doctrina de los CLS es un estudio de los fracasos, las injusticias, las exclusiones y las inequidades de la tradición legal y un examen del futuro del Derecho, una ética de la legalidad en un contexto de aceptación de la contingencia.

Con todo, creo que es Derrida, desde una esfera cercana a los CLS, quien expresa con mayor claridad la relación entre crítica y acción. Dice Derrida (2002, p. 235, la traducción es mía):

[...] Los programas más radicales de la deconstrucción [...] querrían, para ser consistentes consigo mismos, no permanecer encerrados en discursos académicos puramente especulativos y teóricos sino [...] aspirar a algo más consecuente, a cambiar las cosas y a intervenir en una forma eficiente y responsable (aunque siempre, claro, mediada) no sólo en la profesión sino también en lo que uno llama la ciudad, la *pólis*, y, más generalmente, el mundo.

De hecho, Minda destaca la centralidad de la deconstrucción de inspiración derridiana en los CLS (p. 117, la traducción es mía):

La práctica deconstructiva dentro de los CLS ha procurado liberar al/a la lector/a del/de la autor/a del texto. Avanzando una tesis de deconstrucción política, los/as críticos/as intentaron mostrar cómo el significado legal acerca del mundo viene de un sujeto que interpreta, que, a su vez, es constituido por un entorno social y cultural externo.

Así, los CLS fueron contra la «tendencia general del pensamiento occidental a fundar concepciones e interpretaciones preferidas de los fenómenos» (pp. 117-118). Continúa el autor: «La deconstrucción es, de ese modo, una forma de crítica que intenta desarmar intentos fundantes del conocimiento conceptual» (p 118). Esto, como espero que quede claro a esta altura, vincula —por su vocación desfundante— a los CLS con el antirrepresentacionismo.

La última cita trae a colación un aspecto muy importante: *la interpretación de los textos*, un elemento cuya importancia, en el contexto del Derecho, es difícil de sobrestimar. Tanto así que sería útil preguntarse, como hace Gregorio Klimovsky (1994/2005) respecto de la ciencia, *qué quedaría del Derecho sin textos*.

En un modo muy simple, dice Vissman (1990, p. 6, la traducción es mía): «No hay derechos sin palabras». Goodrich, Douzinas y Hachamovitch (1994/2005, p. 14, la traducción es mía) entran en detalles:

La ley es hecha, escrita y rescrita, producida y reproducida, a través de la escritura de fallos [*judgments*], el reporte de casos, la sistematización de la doctrina y la publicación de casos y tratados. La política del Derecho es, al mismo tiempo y literal y figurativamente, una política de los textos, una ética de la escritura, una crítica de los discursos. Es como texto que la ley es preservada y transmitida, es como escritura que la ley es enseñada, diseminada, revisada y reproducida.

El talante defundante del antirrepresentacionismo no afecta sólo a la «Verdad del mundo», por así decirlo, sino también a la «Verdad de los textos». Como es sabido, la Hermenéutica es la disciplina abocada a este trabajo y, en su seno, se reproducen los conflictos epistemológicos clásicos. Así, surgen preguntas como: ¿qué dice un texto? ¿Hay algo que un texto diga con independencia de las diversas interpretaciones?

Como es de esperar, los/as autores/as antirrepresentacionistas proponen que los textos no tienen un significado inherente (inmanente), es decir, independiente de las interpretaciones disponibles. Así, el significado de un texto es sus interpretaciones. Esto es así porque, si la interpretación de un texto depende del contexto y si es imposible conocer todos los futuros contextos de interpretación, *los significados posibles son imprecisables*.

Al respecto y en términos de Saussure, dice Jack Balkin (1987, p. 781, la traducción es mía): «[...] Si el significado de un significante depende del contexto y el contexto no tiene límites [...], siempre habrá nuevos contextos que servirán para aumentar los diferentes significados del significante». Derrida llama *iterabilidad* a esta cualidad. Agrega Balkin (p. 780): «El aforismo de Derrida, “la iterabilidad altera”, es una forma breve de decir que una vez que el significante abandona la creación del/de la autor/a y es liberado al mundo, toma vida propia en otros contextos en los que puede ser repetido. La liberación del texto de su autor/a en el momento de la creación resulta en el libre juego del texto».

Esta idea —la de que no hay más límites al significado de un texto que las interpretaciones que se han hecho o se harán de él— se conoce como *semiosis infinita* y es contraria a la *intentio operis* de Umberto Eco (1995), es decir, a la idea de que un texto dice algo «en sí» (habla por sí mismo o manifiesta su interpretación) o de que hay *una* interpretación correcta. Dice al respecto Feldman (1996, p. 178, la traducción es mía): «[...] Un texto no es un objeto en un

sentido fundacionalista —ninguna fuente objetiva [*uninterpreted*] de significado reside fuera o antes de la interpretación».

Dicho de otro modo, no es posible interpretar objetivamente un texto —extraer su significado inmanente— dado que *nunca podemos dejar de ser humanos/as* y, por tanto, estar constituidos/as por un orden sociocultural que marca toda posible interpretación. Continúa Feldman (p. 197): «[...] Nunca podemos residir fuera de nuestro propio horizonte [en el sentido que da al término Gadamer]. Siempre y desde un principio estamos dentro de nuestras tradiciones comunales o cultura. No hay un afuera».

Como es de esperar, el antirrepresentacionismo no le otorga a los textos legales ningún privilegio especial: sus ponentes consideran (consideramos) que aplica a ellos cualquier cosa que se diga de los textos en general. Dice Hunt (1990, p. 513, la traducción es mía), comentando este asunto respecto de los textos constitucionales:

Este foco en la textualidad ha tomado una especial significación en el debate acerca de la interpretación en la teoría legal. Esto es así porque el abandono de la búsqueda de la intención del/ de la autor/a [la *intentio auctoris* de Eco] desbarata la profundamente arraigada tradición, dentro de las jurisdicciones legales, de fundar la validez del orden legal como un todo en la autoridad o autoridad privilegiadas de los textos constitucionales y juicios de apelación. En un sentido importante, hay mucho en juego en las controversias acerca de la interpretación «correcta» de documentos constitucionales o estatutarios.

Como fuere, la crítica de los CLS no era novedosa. Continúa Hunt (p. 519):

[La crítica] estaba ya fuertemente representada por una gama de tradiciones críticas preexistentes, muy significativamente, por el realismo legal estadounidense, por los discursos sociológicos

acerca del Derecho, por las teorías marxistas acerca del Derecho y, quizás más poderosamente, por los CLS «tempranos».

Goodrich, Douzinas y Hachamovitch (1994/2005) rastrean los antecedentes de los CLS hasta Roma: mencionan una obra de Hotman de 1567 (!) para luego presentar algunas referencias durante el Renacimiento y la Reforma. Los autores dividen la historia de los CLS en tres fases (p. 9 y ss.): la primera de carácter marxista, la segunda asociada al estructuralismo y la tercera concebida como «pluralista» (p. 14): «deconstruccionista, textualista, postestructural, posmarxista, posmoderna [...]». Así, la última etapa de los CLS es la más cercana al antirrepresentacionismo al que me he referido.

Farber y Sherry (1997, pp. 16-17, la traducción es mía) se detienen en el antecedente más relevante: *el realismo legal* (que no debe ser confundido con el realismo epistemológico, concepto que es equivalente al de *representacionismo* y, por tanto, casi el exacto contrario de la inspiración epistemológica del realismo legal):

Los multiculturalistas radicales [los autores se refieren a los/as autores/as vinculados/as a los CLS] se hallan en la intersección de dos tendencias intelectuales. Son, primero, herederos/as indirectos/as del movimiento legal realista que barrió las escuelas de Derecho estadounidenses desde los últimos años de la década de 1920 hasta la de 1940. Liderado por luminarias como Karl Lewellyn de Columbia y Jerome Frank en Yale, los/as realistas legales atacaron la noción formalista de que la ley representa principios neutrales y generales derivables de casos. El realismo legal, al contrario, sostuvo que, en las palabras de un comentador, «la ley es siempre la creación de un/a hacedor/a de leyes específico/a, tanto un/a legislador/a, administrador/a o juez/a y usualmente refleja las predilecciones de política pública de ese/a hacedor/a de leyes». Los realistas defendían que la doctrina legal es indeterminada e incoherente: «Por cada regla legal que lleva a un resultado, al menos otra regla apunta a un

resultado diferente». [...] Los/as realistas sugirieron que los/as jueces/zas están, en realidad, guiados/as por opciones de valor subjetivas, que son justificadas y racionalizadas en sus opiniones escritas «neutrales».

Russell (1986, p. 5, la traducción es mía) agrega, en esta línea, que, para el realismo legal, el sistema legal no es «autónomo». Finalmente, habida cuenta de los puntos en común entre el realismo legal y los CLS y en consonancia con Farber y Sherry, Posner (1990, p. 462) sostiene que los CLS son «el/la hijo/a radical del realismo legal».

Como fuere, hay un síntoma —muy significativo— de que *algo* ya no es igual: *el cambio de vocabulario*, como diría Rorty. Al respecto, sostiene Débora Ranieri (2008, p. 9):

En una conferencia dada en la Pontificia Universidad Lateranense en el año 2007 se ha señalado que parecería que estamos frente al nacimiento de una “aparente” nueva ética que impide desde su lenguaje la posibilidad de la existencia de una ley natural: los términos o expresiones tales como “ética global”, “libertad cultural”, “calidad de vida”, “consentimiento informado”, “igualdad de género”, “orientación sexual”, “derecho a elegir”, “derechos reproductivos”, “derechos de las mujeres o de los niños”, “derecho a morir”, “no discriminación”, “tolerancia”, han reemplazado y casi hecho desaparecer los conceptos de la moral tradicional tales como “verdad”, “conciencia”, “ley moral”, “razón”, “virtud moral”, “perseverancia”, “fidelidad”, “padres”, “esposa”, “virginidad”, “castidad”, “autoridad”, “mandamientos”, “pecado”, “naturaleza”.

Para cerrar este apartado y a modo de síntesis, querría destacar los tres elementos destacados de los CLS: el cuestionamiento a la posibilidad de un fundamento no contingente para la ley y su aplicación, la inconsistencia interna de los órdenes legales y la rela-

ción entre Derecho y poder. Como es de esperar, un planteo tal no resultó indiferente para los/as defensores/as de concepciones más tradicionales y conservadoras del Derecho.

LA CAJA DE LOS TRUENOS

Hablé antes de la virulenta reacción que el antirrepresentacionismo ha producido. Como dije, entiendo que tal reacción se debe a que el antirrepresentacionismo cuestiona conceptos en los que el Derecho se funda y mediante los cuales adquiere, por tanto, su estatus, legitimidad e incuestionabilidad. Al respecto, dice Hunt (1990, p. 520, la traducción es mía): «Al desafiar la posibilidad misma de fundamentar la ley, la crítica epistemológica propuesta por el posmodernismo va, por tanto, al corazón mismo del proyecto del legalismo liberal».

Vuelvo ahora a esto en más detalle, presentando ejemplos de dicha reacción. Rainieri (2008, p. 18), tratando la relación entre relativismo y derechos humanos habla de «peligrosa subversión» y aconseja: «[...] Los estándares jurídicos de los derechos humanos deben fundamentarse en la naturaleza objetiva del hombre y ello ha sido ampliamente estudiado en la tradición occidental a través de la doctrina del derecho natural. El antídoto contra el constructivismo relativista vuelve a ser la doctrina sobre la ley natural, objetiva, universal y cognoscible».

Douzinas, Goodrich y Hachamovitch (1994/2005, p. i, la traducción es mía) hablan de «desafíos políticos y éticos», de «el miedo a la sinrazón, a la irracionalidad, a la herejía o al simple nihilismo», de «oscuridad, melancolía, fragmentación, pérdida e irracionalidad» y de «pronóstico de fracaso, de disolución o decadencia» (p. 3). Richard Bernstein (1983, pp. 16-17, la traducción es mía) plantea la amenaza en términos de «ansiedad cartesiana» y dice, retomando al moderno paradigmático, René Descartes:

La terrible cualidad del viaje [del alma humana hacia Dios y, consecuentemente, hacia la verdad] es reflejada en las alusiones a la locura, a la oscuridad, al terror de caminar desde un autoengañoso [*self-deceiving*] mundo de sueños, el miedo de haber caído «de repente en aguas muy profundas» en las que «no puedo estar seguro de haber puesto mi pie en el fondo ni nadar de manera de poder mantenerme en la superficie».

Continúa ominosamente Bernstein, acertando, a mi juicio, al corazón mismo de la amenaza (p. 18, la traducción es mía): «El espectro que acecha en el trasfondo de este viaje no es sólo un escepticismo epistemológico radical sino también el terror a una locura y un caos en los que nada es fijo, donde no podemos tocar fondo ni sostenernos en la superficie».

Fiss, en un célebre artículo que cité antes, significativamente llamado *La muerte del Derecho* (1986), sostiene que los movimientos que critican la versión moderna del Derecho, «ponen en peligro las ambiciones más orgullosas y nobles del Derecho» y «distorsionan los objetivos del Derecho y amenazan su misma existencia» (p. 1).

Balkin (1987), refiriéndose a la deconstrucción y en la misma línea catastrofista, sostiene (p. 764):

Uno podría objetar que el análisis deconstructivo de nuestras instituciones legales y sociales no nos ofrece un punto final lógico. Si el resultado de una lectura deconstructiva puede, a su vez, ser deconstruida, la deconstrucción amenaza con convertirse en una serie infinita de revocaciones y contrarrevocaciones. De nuevo, el nihilismo parece una consecuencia inevitable.

Daniel Farber y Suzanna Sherry (1997) suben la apuesta: «El construccionismo social [un movimiento al que me referiré luego pero que, en síntesis, sostiene que lo que entendemos por «realidad» es una construcción social y no un atributo de un mundo

independiente de nuestro conocimiento] es un ataque a la concepción moderna de Razón y el antisemitismo es uno de los primeros monstruos producidos cuando la Razón es sedada (p. 4) (!). Y, más adelante: [El construccionismo social] «corroe la discusión pública acerca de asuntos raciales y de género» (p. 11), «anima una actitud evasiva hacia la realidad histórica» (p. 11) y promueve un «multiculturalismo radical» «antisemítico» y «antiasiático» (p. 11) que «lleva a distorsiones perturbadoras del trabajo académico y del discurso público» (p. 12) e «incluye un amplio ataque a los fundamentos iluministas de la democracia» (p. 5).

Kenneth Gergen, reputado defensor del construccionismo social en el contexto de la Psicología Social, menciona «los peligros que acechan a la tradicional búsqueda de lo verdadero y lo bueno» (p. 413). Celso Escobar (2011) menciona en el título mismo de su tesis «los retos de la posmodernidad». Dice luego (p. 168): «La política en la posmodernidad se basa en la indiferencia, en el miedo, en la maquinaria de guerra como motor de la economía (!), sin dilucidar las consecuencias perversas hacia el mundo, la sociedad y la persona». Druzin (2012), perfila la amenaza (p. 43, la traducción es mía):

¿Qué nos queda, entonces, cuando consideramos la posibilidad de que los principios legales no se extraigan de verdades naturales inmutables sino que sean fabricaciones de las culturas que los formulan, pertinentes a los valores de esa particular era? Es, en algún sentido, aterrador. Golpea el corazón mismo de nuestro sentido de justicia. Parece que sobre las arenas movedizas del relativismo moral no hay tierra firme en la que apoyarse. ¿Qué nos queda, entonces? En última instancia, la negación de la verdad objetiva ¿acaso no cuestiona la premisa de que hay valores objetivos, la noción misma de justicia? ¿Nos queda sólo el pronóstico de la incertidumbre y la anarquía moral? ¿Es esto el nihilismo?

Druzin, en efecto, escribe palabras atemorizantes: «desmoronamiento» (p. 45), «la posición posmoderna [...] rasca esta herida sin piedad», «metástasis», «las esclusas se abren», etc.

Derrida, en *La fuerza de la ley. La fundación mística de la autoridad* (2001/2002, la traducción es mía) presenta la deconstrucción como una «amenaza al Derecho» (p. 230) y declara no poder ofrecer una «respuesta tranquilizadora» (p. 232). Concluye con una perspectiva marcadamente antimetafísica y posmoderna (p. 239, las cursivas son mías): «Nada acorde exclusivamente a la razón es en sí justo; *todo cambia con el tiempo*. Las costumbres crean la equidad [*the whole of equity*] por la simple razón de que son aceptadas».

En ocasiones, la «amenaza» toma formas más concretas. Martti Koskenniemi y Päivi Leino (2002) inician su artículo citando un extracto particularmente relevante de *El manifiesto comunista* (p. 553): «Todo lo que es sólido se disuelve en el aire» (frase que bien podría haber sido el título de este artículo). El autor y la autora se preocupan por «la fragmentación» (p. 564) del Derecho internacional que el proyecto posmoderno podría ocasionar.

Jim Leffel y Dennis McCallum (1996), por su parte y desde un punto de vista por completo diferente, se preocupan por los efectos de los principios posmodernos sobre las creencias religiosas e invitan a «proteger nuestras familias e iglesias» (p. 34), en la medida en que tales principios llevan a «conclusiones desastrosas» (p. 35). A pesar de que el texto retrata con llamativa justicia la posición posmoderna, también contiene afirmaciones de este tipo: «Ciertamente, un intimidador vínculo histórico y filosófico existe entre el “constructivismo” posmoderno y el fascismo» (!) (p. 37).

Fernando Tesón (c) se preocupa —no sin argumentos— por la probable disgregación de los derechos humanos (p. 871, la traducción es mía): «[...] Los/as relativistas sostienen que los estándares

de derechos humanos sustantivos varían entre culturas diferentes y necesariamente reflejan idiosincrasias nacionales», produciéndose así un conflicto entre unos derechos humanos pretendidamente universales y la supuesta autodeterminación legal de los diferentes países. Unger, reputado miembro de los CLS, por su parte, habla de «herejía» (1983/2015, p. 25).

Minda (1995, pp. 243-244, la traducción es mía) entra en los detalles de la amenaza, aunque con un talante descriptivo y sin creer en ellos demasiado:

[...] Se responsabiliza al posmodernismo por una multitud de males en la universidad moderna: currículums multiculturales, corrección política, acción afirmativa, restricciones a los discursos del odio [*hate speech*] y el desinterés general por los grandes clásicos de la cultura occidental. En la academia legal, la objeción al posmodernismo más frecuentemente mencionada es que es un movimiento académico nihilista y que es una receta para la inacción. Los/as académicos/as legales modernos/as tienden a ver al posmodernismo como una amenaza al progreso de la jurisprudencia moderna, lograda mediante la desestabilización y mediante convertir el proceso de interpretación en algo incierto. Los/as progresistas temen que el posmodernismo pueda socavar el optimismo colectivo necesario para la resistencia y la renovación.

Una de las críticas más célebres, junto a la de Fiss, es la que enarboló Paul Carrington en su artículo *Acerca del Derecho y el río* (1984) y de la que, aparentemente, se arrepintió en cierta medida luego por hallarse en contra de la «persecución a los/as rojos/as y [de] los juramentos de lealtad» (Minda, 1995, p. 209). Dice Carrington (p. 227, la traducción es mía):

El/la profesor/a nihilista amenaza con robar a sus estudiantes el coraje de actuar en base al juicio profesional que hayan ad-

quirido. Enseñar cinismo puede, y quizás lo haga, resultar en el aprendizaje de habilidades corruptas: soborno e intimidación (!). En un esfuerzo honesto por proclamar la necesidad de una revolución, es más probable que los/as profesores/as nihilistas acaben educando a ladrones que a radicales.

Carrington prosigue con su cita más famosa: en un extemporáneo gesto de intolerancia, impropio de la universidad y más aun de la comunidad legal, mandó a los/as «profesores/as nihilistas» a abandonar las escuelas de Derecho (p. 227):

Si este riesgo es correctamente estimado, el/la nihilista que profese que los principios legales no importan tiene el deber moral de dejar la escuela de Derecho, quizás para buscar trabajo en algún otro lugar de la academia.

Arthur Austin, cerrando la trilogía de críticos acérrimos del anti-representacionismo y en un tono sarcástico involuntariamente deconstrutor, se mofa de la deconstrucción ya desde el título de su artículo de 1994: *Deconstruction: the road to a derridian cul-de-sac where "There is no there there"* and "there is no about about for anything to be about"****. Algo así como: *Deconstrucción: el camino hacia un derridiano callejón sin salida en el que «no hay allí allí» y «no hay acerca acerca de lo que nada se trate*, título que, como se ve, contiene no uno sino dos apóstrofes con notas al pie, en una clara crítica a la prosa oscura asociada a autores «posmodernos» como Derrida.

En dicho artículo, Austin dice (p. 185, la traducción es mía), en un tono inusualmente agresivo:

Si Duncan Kennedy [como se vio, autor referente de los *Critical Legal Studies*] realmente quería practicar la deconstrucción, debería haber reincorporado el altruismo como interpretación privilegiada, luego buscado una nueva visión reprimida-marginal

y continuado repitiendo el proceso. Aún estaría en ello, dispensándonos así de uno de sus pomposos artículos.

O, en otra parte (p. 187): «Los/as adalides [crits] de la corrección política se embarcan durante el día en actividades chic de *trashing* [una estrategia de deconstrucción propia de los *Critical Legal Studies*] durante el día y luego se van a casa en un BMW».

Feldman (2001, p. 2356, la traducción es mía) hace inventario:

Robin West sostiene que «como herramienta de análisis, la deconstrucción tiene la utilidad de un volante desquiciado para evitar la colisión con una pared». [...] Sean testigos/as del pronunciamiento alarmista de Catharine MacKinnon: «Sé esto: no podemos tener este posmodernismo y una práctica significativa de los derechos de las mujeres, mucho menos un movimiento de mujeres. Jay P. Moran se preocupa, mientras tanto, porque «los principios posmodernos amenazan con socavar el sistema legal occidental».

Finalmente, querría destacar un texto de inspiración cuasidaísta y que hay que leer para creer. Se trata de una versión radical y caricaturesca del célebre libro *Imposturas intelectuales* de Alan Sokal y Jean Bricmont. Me refiero a una pieza satírica escrita por Dennis Arrow, publicada en 1997 por la revista *Michigan Law Review* y titulada, con referencias a 1984, la obra de George Orwell: *Pomobabble: Postmodern Newspeak and Constitutional “Meaning” for the Uninitiated* (traducible, tentativamente, como: *Balbuceo posmo: neolengua posmoderna y “significado” constitucional para los/as no iniciados/as*).

El trabajo, tal como afirma Feldman (2001, p. 2353), es «difícil» de describir. Dice Feldman (la traducción es mía): «[El artículo] es una implacable sátira paródica del trabajo académico legal posmoderno que se estira por unas increíbles 230 páginas». En este senti-

do, ¿no bastaba, acaso, con manifestar el desacuerdo o argumentar canónicamente en contrario? El texto se compone de una serie de ideas desarticuladas y mayormente irrelevantes al supuesto tema en cuestión, expuestas sobre todo en las notas al pie que, la mayoría de las veces, sobrepasan en extensión al cuerpo del texto y, en ocasiones, constituyen todo el texto en una página dada. En tales notas, se hallan extractos como el siguiente (p. 679, la traducción es mía): «Escuche TALKING HEADS, *Life During Wartime*, en *Fear of Music* (Sire Records, 1979) (“Esto no es una fiesta. Esto no es disco. Esto no es tontear”.) [...]».

O (p. 606):

THOMAS S. SZASZ, IDEOLOGÍA Y LOCURA 74 (1970) (criticando a Ann Landers por recomendar terapia con demasiada frecuencia); pero cf. WURTZEL nota *supra* 10 en 221 («Dinah me llevó a una exhibición de Paul Klee en el Museo de Arte Moderno, pero no me pude concentrar en toda la abstracción»), *id.* en 222 («Escuché el último disco de Marianne Faithful, *Strange Weather*. Debería haber sido subtítulo “Música para cortarse las venas”»); *id.* en 260 («¿Por qué K-Tel no ha publicado hace mucho una compilación llamada algo así como *Canciones deprimidas de Dylan para los/as que tienen el corazón roto?*»).

Agrega Feldman (p. 2354), citando a Krotoszynski (1998): «Las notas al pie han sido correctamente descritas como en estilo “flujo-de-la-consciencia... con muchas referencias literarias”». Cuando, finalmente, Arrow escribe algo en el cuerpo del texto, se dedica a parodiar el estilo o los conceptos posmodernos, según él los entiende.

Cierro este apartado: Hunt (1990, la traducción es mía) resume, de forma irónica, la amenaza. Menciona el «doble desafío» (p. 517) que el posmodernismo supone para el Derecho (cuestionar el lugar privilegiado que el Iluminismo ha otorgado al Derecho y los supuestos epistemológicos acerca de éste) y, significativamente, titula su

artículo *El gran miedo: el Derecho confronta al posmodernismo* (p. 507). En su texto aparecen expresiones habitualmente presentes en los textos críticos del antirrepresentacionismo: «nihilismo», «relativismo» y «ansiedades» (p. 523); «escenario catastrófico», «pendiente resbaladiza», «abismo relativista» y «anarquía o tiranía» (p. 524). Estas últimas palabras, entiendo, son una buena representación del modo en que antirrepresentacionismo y Derecho se relacionan para este grupo de críticos/as.

Me he extendido en estos/as autores/as para mostrar la virulencia a la que me he referido y, sobre todo, para arriesgar una explicación para ella. Aclaro que, en tanto antirrepresentacionista consecuente, no estoy interesado en juzgar la verdad o falsedad de la crítica sino más bien sus efectos y sus probables razones. En este sentido y como avancé, considero que la virulencia de la crítica puede entenderse si se analizan los valores caros al Derecho (o, al menos, a una determinada concepción de él) que son amenazados por el antirrepresentacionismo. Los reproduzco: Verdad, objetividad, Bien/Mal (trascendentes), Justicia (como entelequia, no como práctica), racionalidad del proceso legal, coherencia interna, esencia (humana o de otro tipo), estabilidad y continuidad del yo, libre albedrío, etc.

SÍ A TODO, NO A TODO

En línea con lo dicho, la crítica al antirrepresentacionismo puede entenderse como una reacción conservadora (contrarrevolucionaria): un movimiento o colectivo se siente amenazado —sea porque las ideas de otro movimiento o colectivo van en contra de las suyas (amenaza teórica), sea porque, si los/as *newcomers* tienen éxito, existe la posibilidad de perder privilegios tales como puestos en las universidades o en la judicatura, prestigio, capital intelectual, relevancia social, fondos para investigación, etc. (amenaza práctica). Así entendida, la sorpresa es menor: la lógica subyacente a

la reacción contra el antirrepresentacionismo no difiere de la que subyace a la reacción de cualquier actor social cuyo estatus está amenazado (piénsese en un nuevo partido político, en una nueva tendencia teórica o académica, en un nuevo estilo musical, en una nueva práctica social u orientación sexual, etc.).

Lo curioso del caso que nos ocupa es que, en buena medida, las descripciones que hacen los/as adversarios/as del antirrepresentacionismo *son sorprendentemente justas*. La respuesta más habitual —al menos, *mi* respuesta más habitual— a la mayoría de ellas, aun cuando sean críticas, es: «Así es». Presentaré algunos ejemplos. A tal fin, listaré sin mayor orden afirmaciones que se hallan en cinco textos críticos. Afirmaciones, dicho sea de paso, que, tras ser presentadas, están invariablemente seguidas de una loa al pasado y una arenga a volver a la última tierra firme: los pilares de la jurisprudencia moderna.

De *O niilismo jurídico pós-moderno*, de Ricardo Henry Marques Dip (2012, la traducción es mía): «La posmodernidad constituye [...] un contrafundacionalismo o un antiesencialismo» (p. 94). «La legitimación circular, autorreferencial [...] lleva a una regresión infinita de los enunciados: el discurso teórico y práctico posmoderno, habiendo renunciado al amparo de una verdad o un bien fundacionales, está condenado a la circularidad interna, sin posibilidad de apoyo en una autoridad exterior que pueda ser fuente de legitimación» (p. 95). «Ese mundo posmoderno sin sentido es el resultado de la moderna afirmación de la muerte de Dios, o lo que es lo mismo: ninguna autoridad puede crear la autoridad o el bien [...]» (p. 97). «Ya no hay hechos reales, tampoco normas dotadas de sentido universal, apenas caben interpretaciones [...]» (p. 98).

Continúo con el texto de Dip: «El derecho posmoderno [...] [es] voluntarista, positivista [en el sentido legal, no epistemológico], contrafinalista, pluralista, procesualista, tecnicista, formalista, inmanentista [...]» (p. 99.) «Las voluntades humanas, a las que se

les niega todo posible sentido [*fim*] o un criterio de unidad exterior, establecen un “derecho sin destino”, puesto en “indefinido movimiento”, un derecho que “va y viene, mas no sabe ‘por qué’ ni ‘para dónde’”» (p. 101). «Un contexto de conflicto de opiniones, en el que se ha adoptado un “procedimiento confiable”, autoriza la superioridad de algunas creencias —que son el equivalente de la antigua idea de verdad— a someter a los/as adversarios/as: algunos/as tienen derecho a opinar como autoridades; otros/as, el deber de la obediencia» (p. 103). «La falta de límites al/a la intérprete [...] implica una infinidad conceptual de interpretaciones en lugar de una finitud» (p. 106).

De *Beyond All Reason. The Radical Assault on Truth in American Law*, de Daniel Farber y Suzanna Sherry (1997, p 29, la traducción es mía): «Si la razón y el conocimiento no pueden ser objetivos o universales, ¿qué queda? Para los/as multiculturalistas radicales, el conocimiento es intensamente personal. La perspectiva personal, de todas maneras, no es individual. Está basada en la membresía a un grupo. Como todo, el conocimiento es también político en el sentido de que es una forma de reproducir jerarquías establecidas. El conocimiento, por tanto, no puede ser evaluado por fuera de los roles sociales —en particular, la raza y el género— de aquéllos/as que dicen saber» (p. 29). «La meta del Iluminismo —una base objetiva y razonada para el conocimiento, el mérito, la verdad, la justicia y demás— es una imposibilidad: la “objetividad”, en el sentido de estándares de juicio que trascienden las perspectivas individuales, no existe» (p. 33).

De *International Human Rights and Cultural Relativism*, de Fernando R. Tesón (1985, la traducción es mía): «[...] El relativismo cultural no puede ser reconciliado con el reconocimiento, en la ley internacional, de derechos fundamentales del individuo» (p. 875). «El/la relativista metaético duda de la posibilidad de demostrar la corrección de cualquier principio moral» (p. 887). «Teorías de la conspiración (tales como el marxismo vulgar, el “ideologismo” y

los *critical legal studies* afirman que la verdadera explicación de un fenómeno consiste en descubrir los grupos de gente o los intereses ocultos que se hallan interesados en la ocurrencia del fenómeno y que han complotado para hacerlo realidad» (p. 897).

De *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties* de Koskenniemi y Leino (2002, p. 578, la traducción es mía): «Cada institución habla su propio lenguaje profesional y busca traducir eso a un esperanto global de modo tal que sus intereses particulares aparezcan como intereses de todos/as».

De *Deconstruction: the road to a derridian cul-de-sac where “There is no there there”** and “there is no about about for anything to be about”**, de Austin (1994, la traducción es mía): «La deconstrucción asume que el significado está constantemente cambiando y evolucionando» (p. 182). «En una situación de *aporía*, “llena de dudas y objeciones”, la interpretación marginada es tan creíble como la visión privilegiada. La decisión depende del/de la crítico/a lector/a. Consecuentemente, el/la típico/a crítico/a o *crit* opta por la visión *antiestablishment* y marginada y la ofrece como un nuevo paradigma» (p. 184). «Para el/la deconstrutor/a, la intención del/de la autor/a es irrelevante, mientras que la interpretación de un/a lector/a particular es siempre “correcta”. “Habla el lenguaje, no el autor”. Esto significa que es posible obtener tantas “interpretaciones correctas como lectores/as”» (p. 185).

Estas descripciones, como dije, son, salvo detalles, *justas*: a mi juicio, caracterizan con respeto la mirada antirrepresentacionista. Algo que habla muy bien de sus autores/as, por cierto, particularmente teniendo en cuenta que se hallan retratando a sus adversarios/as académico-políticos/as. La diferencia se halla, quizás, en que mientras que estos/as autores/as abominan del estado de cosas que describen, los/as antirrepresentacionistas no hacen (hacemos) más que asentir con cierto regocijo. Por esto, para cerrar este apartado no tengo más que decir: «Sí a todo».

Por otra parte, existe otro tipo de crítica que creo que puede, en buena medida, ser desestimada. La dividiría en tres tipos:

—La que huye por el camino fácil y descarta apresuradamente la afrenta antirrepresentacionista por el recurso al logicismo y espera, así, desentenderse sin esfuerzo del asunto;

—la que muestra una nula comprensión de la postura que critica, hace objeciones poco pertinentes y, por ello, es fácil de rebatir; y

—la que reproduce inadvertidamente aquello que critica.

Veamos.

La «crítica del menor esfuerzo», por llamarla de alguna manera, consiste en recurrir a la lógica para desestimar casi 100 años (o unos 2.500, dependiendo de quién cuente) de desarrollo intelectual. Dice Tesón (1985, p. 88, la traducción es mía): «Si es cierto que no hay principios morales universales, luego el/la relativista cae en una contradicción al afirmar la universalidad del principio relativista».

Esto es como decir que no vale la pena molestarse por estudiar el cerebro porque, en definitiva, *es poco más que agua* y pasar a otra cosa. Volviendo al caso, por impecablemente lógico que sea el razonamiento, se pierde la oportunidad de analizar con cuidado y respeto qué hay de valor en la posición que se combate. Por otra parte, el/la crítico/a se ahorra el trabajo de entender la posición adversaria y contestarla rigurosamente. Esto le permite, claro, desestimar rápidamente la afrenta y volver a la seguridad de las «verdades» que crea poseer. Una actitud tal es contraria a la que esperaría de la universidad (según la entiendo) y de los/as académicos/as en particular.

Pero, contestando, igualmente: en primer lugar, aun en el caso de que la objeción fuera cierta, *afecta a una parte mínima de la*

crítica antirrepresentacionista. Y, aunque así no fuera y en segundo lugar, está mal orientada: los/as antirrepresentacionistas no reservan para sí aquello que niegan a los/as demás. Lo que los/as antirrepresentacionistas sostienen (sostenemos) es que no hay versiones con acceso privilegiado a una realidad no humana y, por tanto, todas las versiones son equivalentes en el sentido acotado de no ser, ninguna de ellas, *adecuada* o *representativa* de una realidad en sí. De ese modo, cuando un/a antirrepresentacionista se embarca en una discusión con un/a representacionista, lo hace con las mismas armas que él/ella y no pretende para sí lo que no otorga a su adversario/a. En la jerga del fútbol, el antirrepresentacionismo «empareja la cancha»: otorga a todas las versiones los mismos recursos y no guarda en el banquillo a ninguna estrella de 80 millones de euros.

De lo que se trata, en este caso, es de una *cooptación* del pensamiento antirrepresentacionista: los/as logicistas no analizan al antirrepresentacionismo según sus propios términos sino desde una perspectiva moderna, según la cual las antítesis, la Verdad y la lógica pura (descontextualizada, no pragmática) tienen valor.

Al respecto dice Feldman (2001, p. 2367, la traducción y las cursivas son mías), comentando la posición de Dworkin (1996):

Así, de acuerdo a Dworkin, los/as posmodernistas/as deben asumir tácitamente la verdad objetiva de sus propias creencias (particularmente respecto de la verdad de la visión posmoderna) o deben ofrecer su mirada como no más que «opiniones subjetivas». [...] La debilidad del ataque de Dworkin y otros similares es que no confrontan al posmodernismo en sus propios términos. Tal como se discutió, los/as posmodernistas no se apoyan en oposiciones binarias. En su lugar, procuran deconstruir la prioridad [*privileging*] en pares opuestos. Como mucho, los/as modernistas critican una caricatura del posmodernismo, *dibujada con un lápiz moderno*, más que a la visión posmoderna misma.

El segundo grupo de críticos/as muestra una comprensión muy pobre de la posición antirrepresentacionista, lo que los/as lleva a afirmar cosas del tipo «Los/as relativistas no creen en la realidad», «Si la realidad es *tan* construida, pruebe su punto lanzándose de un séptimo piso o tocando el fuego» o «Sin un fundamento moral, vamos hacia la inacción o el nihilismo».

Creo que la mayoría de estos argumentos han sido suficientemente contestados por Bruno Latour (particularmente en su obra *La esperanza de Pandora*, publicada en 1999) y por Derek Edwards, Malcolm Ashmore y Jonathan Potter en *Death and Furniture: The rhetoric, politics and theology of bottom line arguments against relativism* de 1995 (*Muerte y muebles: la retórica, la política y la teología de los argumentos últimos contra el relativismo*), por lo que no abundaré aquí. Remito al/a la lector/a interesado/a a esos textos.

De todas maneras y a modo de invitación a las fuentes, permítame citar los sugestivos extractos que dan inicio a las respuestas de Edwards, Ashmore y Potter, por una parte, y a la de Latour, por otra.

Dicen los primeros (p. 26, la traducción es mía): «Cuando los/as relativistas hablan de construcción social de la realidad, verdad, cognición, conocimiento científico, capacidad técnica, estructura social y demás, sus oponentes realistas (insisto, realistas en el sentido epistemológico del término —equivalente a representacionista— y no en su sentido legal) tarde o temprano empiezan a golpear muebles, invocar el Holocausto, hablar acerca de rocas, revólveres, asesinatos, miseria humana, mesas y sillas».

Por su parte, dice Latour (p. 13): «“Tengo una pregunta para usted”, dijo sacando de su bolsillo una arrugada hoja de papel en la que había garabateado unas cuantas palabras clave. Con una profunda inhalación, soltó: “¿Cree usted en la realidad?”. “¡Por supuesto!”, reí. “¡Vaya una pregunta! ¿Acaso es la realidad algo en lo que debemos creer?”».

Con todo, querría apuntar algo a modo de precaria respuesta: los/as antirrepresentacionistas objetan (objetamos) que existan fundamentos últimos para el conocimiento y, *consecuentemente*, para los valores (éticos, morales). Esto, a pesar de que, como sostiene Bernstein (1983, p. 13, la traducción es mía), «muchos/as pensadores/as quieren distinguir entre el relativismo cognitivo y el moral». Pero eso no significa que no crean (creamos) en la realidad, que creamos que todas las actividades en la *polis* son equivalentes en todos los sentidos o que la solución más coherente a los problemas del mundo es no hacer nada.

De lo que se trata, como espero haya quedado claro en las líneas anteriores, *es de igualar epistemológicamente las diversas versiones* con el fin de deslegitimar aquéllas que se pretenden únicas, Verdaderas, últimas, incuestionables, trascendentes, al margen de la Historia y demás y que, por tanto, podrían ser usadas para oprimir, sojuzgar, quitar derechos, negar la palabra, ridiculizar, imponer, etc.

De ese modo, la realidad (incluyendo cosas como edificios, fuego, mesas y piedras) existe, *pero no tiene existencia independiente de nuestro conocimiento*. Por otra parte, decir que ningún valor es en última instancia mejor que otro no significa que sean equivalentes en todos los demás sentidos: hay excelentes razones para defender, por ejemplo, la solidaridad por sobre el egoísmo, sólo que no hay forma de fijar esa defensa acudiendo a un fundamento no humano (por ejemplo, a la naturaleza humana, que legitimaría a un/a representacionista a decir, en este caso, que el comunismo es una forma de organización social «más natural» que el capitalismo).

En la misma línea, decir que los derechos humanos no emergen automáticamente de o no están vinculados a la naturaleza humana (porque no existe tal cosa) y que son tan «positivos» (en el sentido jurídico del término) como los códigos marítimos, no significa que no haya buenas (otras) razones para defenderlos. Dice Fernand de Varenes (2006, pp. 82-83, la traducción y las cursivas son mías):

«El aparente conflicto entre universalistas y relativistas es más teórico que real. De hecho, hay un amplio consenso acerca de que la mayoría de los *supuestos* derechos humanos deben ser universalmente protegidos».

Decir que todas las versiones son epistemológicamente equivalentes no lleva al nihilismo. Todo lo contrario: habiendo establecido que no hay versiones verdaderas al margen de unas condiciones sociales que las establecen como tales, hay más —ino menos!— razones para embarcarse en las luchas sociales: ya nadie puede decirnos, como se nos ha dicho frecuentemente en Latinoamérica: «Esto es así y *no puede ser de otro modo*». Tampoco puede invocarse a Dios, la Naturaleza, la esencia humana, la realidad u otro ente metafísico para sofocar versiones alternativas (contrahegemónicas) del mundo. Al respecto, dice Hunt (1990, p. 526, la traducción es mía): «[Singer] muestra que la ausencia de determinación, objetividad y neutralidad en el Derecho no nos condena a la irracionalidad, la indiferencia o la arbitrariedad».

Agrega Ernesto Lacau (1993, en Coombe, 1995, pp. 599-600, la traducción es mía):

[...] La proliferación de identidades políticas particulares, ninguna de las cuales intenta fundar su legitimidad o su acción en una misión predeterminada por la historia universal —sea la misión de una clase universal, una raza privilegiada, un imperativo religioso o un principio abstracto... Cualquier tipo de fundamento universal es visto con sospecha. Ahora vemos los argumentos con pretensión de universalidad en términos de sus presencias y ausencias —sin el motor de la historia, nos volvemos conscientes del carácter contingente, precario y limitado de las formas en que el humano de los derechos humanos (por ejemplo) ha sido definido. Esto lleva a una nueva comprensión de los complejos mecanismos a través de los cuales toda identidad —y toda realidad social— es construida. Si vivimos una

época de deconstrucción es porque la crisis del universalismo esencialista como fundamento autoasignado [*self-asserted*] ha llevado nuestra atención a los fundamentos contingentes (en plural) de su emergencia y a los complejos procesos de construcción... [...] Una vez que la deconstrucción de categorías revela los juegos de poder que gobiernan su estructuración, se pueden realizar movimientos más complejos a su interior. La deconstrucción, entonces, es una parte integral de la construcción de la vida política.

En definitiva, este tipo de crítica no hacen más que simplificar, caricaturizar o distorsionar la propuesta antirrepresentacionista y, a pesar de su insistencia, es prácticamente inocuo.

Finalmente, me detendré en las críticas que, inadvertidamente, reproducen aquello que pretenden cuestionar. Porque, ¿qué hace —qué puede hacer— quien no comulga con el credo antirrepresentacionista? En un contexto civilizado, exactamente lo que hemos visto aquí (y que estoy haciendo yo mismo): argumentar y rebatir en conversaciones, conferencias, artículos, libros. Cuando lo hace, echa mano a sus mejores argumentos (en este sentido, no puede culpárselo/a por recurrir a entes metafísicos: ison los mejores argumentos!).

En efecto, mediante el recurso a entes metafísicos o trascendentales, se pretende fundar el conocimiento en algo que «está más allá de la discusión», algo que, en tanto no humano, resulta incuestionable (no plausible de ser deslegitimado, deconstruido, desobedecido, etc.). Quizás *justamente por ello* sea un recurso tan usado. Sostiene Minda (1995, p. 217, la traducción es mía): «En efecto, puede que la tendencia a presentar una visión como la visión universal acerca de mundo sea una tendencia que afecta a todas las perspectivas».

Como fuere, lo que interesa aquí es que los argumentos de ese tipo, al situarse fuera del alcance de los argumentos contingentes,

oprimen versiones alternativas de la realidad. Al respecto, dice Rosmary Coombe (1995, p. 601, la traducción es mía): «La estrategia retórica de hablar como si uno hablara en nombre de la humanidad, del/de la ciudadano/a, del pueblo, es un privilegio que aliena a los demás de sus historias específicas».

Como fuere, un buen ejemplo de la paradoja de declararse en contra del antirrepresentacionismo al tiempo que se lo vehiculiza, es *The Postmodern Challenge: Facing the Spirit of the Age*, de Leffel y McCallum. Los autores destacan lo difícil que resulta convencer a alguien que no comparte nuestra visión del mundo. Y dicen (p. 37, la traducción es mía): «Es por esto que el éxito en las comunicaciones transculturales requiere de más paciencia y cuidado para acercarse a cada discusión». ¡Ya la palabra *discusión* es una buena señal para un/a antirrepresentacionista como yo! Pero, por si no bastara, a continuación, los autores recomiendan una serie de estrategias para convencer a los/as feligreses del posmodernismo (p. 38):

(1) Descubrir y entender los presupuestos de la gente y clarificarlos en sus propias mentes; (2) llevar con cuidado a nuestros/as interlocutores/as al punto de tensión creado por las contradicciones inherentes a la mirada posmoderna; y (3) ayudarlos/as a descubrir los problemas con su visión actual, creando así una nueva receptividad.

El objetivo final de estas estrategias, por exótico que parezca en este contexto, es llegar «al momento de ofrecer la alternativa cristiana» (p. 38). Pero, ¿acaso no queremos eso todos/as: *convencer*?

Este mismo talante argumentativo —un valor antirrepresentacionista donde los haya— puede encontrarse en textos muy críticos con dicha postura como *Does Law Matter? A Judge's Response to the Critical Legal Studies Movement* de Alvin Rubin o *Of Law and the River* de Carrington (quien, al tiempo que ataca el «nihilismo» supuestamente derivado del antirrepresentacionismo, argumenta

en defensa de alternativas, propone reemplazar un análisis basado en excepciones por uno basado en casos típicos, habla de acuerdos y decisiones...).

Por otra parte, en casos extremos, como *Pomobabble: Postmodern Newspeak and Constitutional “Meaning” for the Uninitiated* de Arrow, los/as autores/as recurren a estrategias claramente «posmodernas» como la ironía, la deconstrucción, la parodia, la reducción al absurdo, etc. En fin, considero a estos/as críticos/as del antirrepresentacionismo como *fuego inofensivo*: al tiempo que pretenden ser los/as principales enemigos/as de una causa, contribuyen a ilustrarla y fortalecerla.

Dice Feldman (2001, p. 2371, la traducción es mía):

[...] La cultura posmoderna parece haber inspirado la escritura de Arrow con tropos [*themes*] posmodernos o pseudoposmodernos. Por ejemplo, como ya se discutió, encontramos a Arrow deconstruyendo la habitual prioridad del texto por sobre las notas al pie. Arrow también suscribe la crítica posmoderna a la normatividad. Procura transformar la actividad académica legal —para erradicar los tropos posmodernos— y, sin embargo, escribe como un/a posmoderno/a, negándose a concluir con un abierto llamado al cambio. Incluso, las citas de material no legal en las notas al pie, son coherentes [*resonates*] con la tendencia posmoderna a cuestionar y desafiar los límites comúnmente aceptados, incluidos aquéllos que dividen las disciplinas académicas.

La ironía es aún mayor si se considera que muchas de las críticas aluden a la ilogicidad, irracionalidad, ridiculez irredimible, incomprendibilidad, falta de sentido y carencia de proyecto del antirrepresentacionismo. Bien, ¿entonces por qué destinar tiempo a una respuesta? ¿Cómo puede algo *tan claramente despreciable* ser una amenaza? Dice Feldman (2001, p. 2357, la traducción es mía):

El problema más obvio con las diversas críticas al posmodernismo es su salvaje inconsistencia. ¿Cómo puede una teoría o teoría jurisprudencial que carece de contenido significativo amenazar el sistema legal occidental? ¿Cómo puede un movimiento que ya está acabado llevar a la quietud política? De hecho, ¿por qué molestarse con criticar al posmodernismo si ya es un chiste?

Por esto, para cerrar este apartado no tengo más que decir: «No a todo».

CHOQUE DE TRENES

A continuación, presentaré tres ejemplos en los que una versión moderna del Derecho entra en conflicto de forma importante con el antirrepresentacionismo. Me referiré, en primer lugar, al origen del orden legal; posteriormente, a la noción de sujeto y, finalmente, a la responsabilidad jurídica.

La construcción social del orden legal

Una idea básica del antirrepresentacionismo, del construccionismo social y de los CLS es la idea de *construcción social de la realidad*. Es una idea que aparece en diversos contextos pero que, según entiendo, ha sido desarrollada hasta sus últimas consecuencias por la Sociología de la Ciencia en general (Kuhn, 1962/1971; Lakatos, 1978/1983; Feyerabend, (1975/2010) y por el *Programa fuerte de Sociología de la Ciencia* (Barnes, 1974 y 1985; Bloor, 1976/2003; Woolgar, 1988/1991; Latour y Woolgar, 1979/1986; Latour, 1987/1992).

Una obra paradigmática en este frente es *La construcción social de la realidad* (1967/2008) de Peter Berger y Thomas Luckmann. En ella, los autores sostienen que la «actividad humana» (pp. 72-73) crea la «realidad objetiva» (p. 64 y ss.) que, luego, es traspasa-

da (legitimada), vía la socialización, a la generación siguiente. Esta última nace a una realidad «objetiva», según la terminología de los autores, dada (en el sentido de no creada por la nueva generación). Por tanto, la generación «autora» de la «realidad objetiva» debe defenderla para asegurar la estabilidad del orden social (y su propia supervivencia).

Dicen los autores (p. 83):

Una vez que las instituciones han llegado a ser realidades divorciadas de su relevancia originaria en los problemas sociales concretos de los cuales surgieron, hay probabilidades de que se desvíen de los cursos de acción «programados» institucionalmente. Dicho en forma más sencilla, es más probable que uno se desvíe de programas fijados por otros, que de los que uno mismo ha contribuido a establecer. La nueva generación plantea un problema de acatamiento y su socialización, dentro del orden institucional, requiere que se establezcan sanciones. Las instituciones invocan y deben invocar autoridad sobre el individuo, con independencia de los significados subjetivos que aquél pueda atribuir a cualquier situación particular. Debe mantenerse constantemente la prioridad de las definiciones institucionales de situaciones, por sobre los intentos individuales de nuevas definiciones. Hay que enseñar a los niños a «comportarse» y, después, obligarlos a «andar derecho». Y, por supuesto, lo mismo hay que hacer con los adultos.

En efecto, Berger y Luckmann sostienen que una función clave de cada generación es defender la realidad por ella creada de las afrentas de la generación siguiente que, por definición, no la construyó y, en principio, no tiene por qué comprenderla ni suscribirla. Así, la primera generación se dedica a presentar como «algo distinto de un producto humano» (p. 81) lo que no es más que una construcción social y que, por su naturaleza misma, *puede ser deconstruida y reconstruida*.

Algo similar defiende Balkin (1987, p. 763, la traducción es mía): «Como Robert Gordon ha observado, la gente “crea estructuras y luego actúa como si (y genuinamente llegan a creer que) las estructuras que han construido han sido determinadas por la historia, la naturaleza humana, la economía, el Derecho”». Al contrario y desde un punto de vista derridiano, lo que es *llegó a ser de algún modo*, no tiene por qué ser y, por ello, puede dejar de ser. Continúa Balkin (p. 763):

La deconstrucción nos permite ver que las ideologías son signos o metáforas que describen la vida social. Son concepciones privilegiadas de la realidad social; son suplementos que pueden, a su vez, ser reemplazados [*supplemented*]. Como los signos de Derrida, las ideologías no son autosuficientes, sino que, en última instancia, dependen de los mismos aspectos de la vida humana que se empeñan en negar y de los que tratan de diferenciarse. [...] Al desafiar lo «dado», la deconstrucción afirma las posibilidades infinitas de lo humano.

En efecto, habitualmente se destacan los efectos positivos de un fundamento último: tendríamos Verdad Eterna, Bien y Mal inmutables, criterios firmes para juzgar la conducta humana, legitimidad para acallar a los/as díscolos/as! Todo eso estaría muy bien: *un mundo firme y estable al que aferrarse*. Pero no suele mencionarse al hijo no querido de tal maniobra: la fijación (limitación) de aquello en lo que, como seres humanos, podemos convertirnos. Dice Cornell (1985, p. 359, la traducción es mía): «[...] Una visión así [que procure fijar una naturaleza humana] parece atender contra la pluralidad y la posibilidad de una visión en infinita expansión acerca de lo que podemos ser». Una visión así, agregaría, opera como negación y fin de la Historia.

De hecho, la última (y notable) frase de Derrida lleva a una idea que Berger y Luckmann combaten con fervor: la de *naturaleza humana* (como espero que haya quedado claro, uno de los

entes trascendentes en los que el Derecho, en ocasiones, pretende fundarse). Para estos autores, la naturaleza humana *no existe*, es decir, no hay nada fijo e inherente a hombres y mujeres. Más bien, hombres y mujeres se hacen a sí mismos/as (y, por tanto, en acuerdo con Derrida, no hay límites para lo que pueden ser). Sahlins (2008/2011), desde la Antropología (*la ciencia más indicada para zanjar este asunto*), sostiene que la naturaleza de hombres y mujeres, si la hubiera, *es ser sociales*, lo que equivale a decir que no hay nada fijo en ella.

En un sentido similar, Berger y Luckmann sostienen que, dado que un ser humano fuera de un contexto social no es más que una entelequia que, aunque pensable, jamás ha existido, no podemos saber en qué consistiría la naturaleza humana, si es que existe tal cosa, en la medida en que «lo social», por así decirlo, se vuelve indistinguible de «lo natural» (del mismo modo en que, desde el antirrepresentacionismo, las palabras son indistinguibles de las cosas).

Otra fuente relevante es, como adelanté, la Sociología de la Ciencia, particularmente, el *Programa fuerte de Sociología de la Ciencia*. Este programa, declaradamente antirrepresentacionista, sostiene que las actividades de conocimiento —como las de los/as científicos/as— construyen (en el sentido fuerte de *crean*) la realidad y que esta última no existe al margen de esas actividades.

Latour, por ejemplo y en un texto modélico (1999/2001), muestra cómo un grupo de edafólogos/as transforma tierra de la sabana y la selva brasileras en un artículo científico, mediante el método de observar con cuidado el trabajo del equipo investigador y describir cada una de las «mediaciones» (p. 91) que transforman un elemento (como la tierra) en otro (un código de color). Son esos «saltos», justamente, los que construyen la realidad que conocemos: sin ellos, «la realidad» presentada en el artículo no llegaría a ser (por ejemplo, si se pierden documentos). Por otra parte, de ser diferentes los pasos dados, la «realidad» resultante sería, *iliteralmente!*, otra

(por ejemplo, si se cambian las estrategias de muestreo). El valor de este estudio, es no sólo afirmar que «la realidad es construida» (ya casi un eslogan) sino mostrar *cómo* lo es.

¿Y qué tienen que ver la edafología, Brasil y la tierra con el Derecho? Tienen *todo* que ver. En la misma medida en que la realidad científica, según la llegamos a conocer en los textos de la ciencia, es construida por la actividad de los hombres y las mujeres de ciencia (y, claro, la de otros actores sociales como los medios de comunicación o los/as divulgadores/as), *el orden legal es una construcción social producida y reproducida* por, en primer lugar, legisladores/as, jueces/as, juristas y abogados/as, pero, también, por otros actores sociales como grupos de presión o medios de comunicación. Estos últimos, por ejemplo, contribuyen al populismo punitivo dada su capacidad de *crear* olas delictivas, establecer la «necesidad» de bajar la edad penal o llamar la atención sobre cierto tipo de delito —robos, hurtos— al tiempo que invisibilizan otros —evasión de impuestos, desfalcos al fisco—.

Así, el orden legal es, en cada momento dado, un artefacto contingente cuya existencia y forma puede (y, creo, *debe*) explicarse con recurso a la Historia y no a algún ente suprahumano como la Realidad, la Verdad, la Justicia, el Bien, etc. Al respecto dice Ana Julia Bozo (1998, s/p, la traducción es mía): «[...] La ley, lejos de ser un sistema completo y estático, es un sistema dinámico y es continuamente creado y modificado».

Decir esto no es decir que el orden legal es arbitrario o (por completo) irracional. En lo absoluto: responde a una normatividad social —interna y externa al Derecho—. Pero que su «racionalidad», por decirlo de alguna manera, sea discernible no implica que el orden legal sea incuestionable, superior al anterior (a no ser en un sentido pragmático) o justificable con recurso a entes suprahumanos como los que mencioné (aunque se intente presentarlo así por razones obvias).

Russell (1986, p. 21, la traducción es mía, cursivas en el original) lleva, casi punto a punto, a Berger y Luckmann al terreno legal:

Los/as académicos/as críticos/as sostienen que el orden social es mantenido por un sistema de creencias. El sistema de creencias que estructura la acción y mantiene el orden en las sociedades capitalistas presenta como eterno y necesario lo que no es más que los intereses transitorios y arbitrarios de la elite dominante. [...] Estos sistemas son *reificaciones*, presentando como esencial, necesario y objetivo lo que es contingente, arbitrario y subjetivo.

De ese modo, así como el orden legal es el que es, *puede dejar de serlo* (sin ir, con ello, *contra* ninguna entelequia como el Bien, la Naturaleza o un principio teleológico). Y puede dejar de serlo *del mismo modo en que llegó a serlo*: a través de procesos de construcción social (como la actividad de los actores sociales directamente ligados al Derecho, pero también la de grupos de interés, cabildeiros/as u organizaciones sociales). De este modo, puede afirmarse que no hay nada fijo ni necesario en el orden legal y que su cambio (que no evolución) es virtualmente infinito y no está atado a ninguna necesidad, criterio teleológico, vínculo a entes trascendentes o lógica inmanente.

La postura que he delineado aquí y que, según entiendo, viene de una comprensión, digamos, «posmoderna» del Derecho entra en conflicto de forma importante con las versiones modernas y premodernas (Feldman, 1997) que buscan legitimar (racionalizar) el orden legal y las decisiones tomadas por los/as jueces/zas (además de por otros actores con poder de decisión) vinculándolas a entes suprahumanos. Con todo, *esto no supone el fin del Derecho* sino, simplemente, su equiparación a cualquier otra producción humana, de manera tal que el Derecho queda expuesto a la deconstrucción y reconstrucción, sin que pueda evitarlo acudiendo a algún fundamento del que los otros actores sociales carezcan.

Personas, sujetos, casos

Otro punto de conflicto importante entre el antirrepresentacionismo y una comprensión premoderna o moderna del Derecho es la noción de *sujeto* (o *persona*). El Derecho, para poder funcionar, necesita concebir a los sujetos como entes relativamente independientes (incluso autogenerados) y estables. Si así no fuera, resultaría bastante complicado establecer, por ejemplo, la culpabilidad de un/a acusado/a. Y no me refiero aquí al sentido *light* de esta idea contenida en los atenuantes o en la consideración del contexto: me refiero a que para un sector de la Filosofía y de las ciencias sociales, el sujeto del Derecho, *no existe*.

Puede tratarse esta cuestión en dos niveles: la construcción social del sujeto a través de la socialización y la creación del sujeto jurídico a través de la actividad de los actores sociales vinculados a los procesos jurídicos.

Para el primer nivel, se puede recurrir a autores estructuralistas —como Karl Marx, Claude Lévi-Strauss, Ferdinand de Saussure o Michel Foucault— que, en un sentido general, muestran —con énfasis muy diferentes— cómo es que un sujeto llega a ser y llega a ser como es. Es evidente que si la explicación del sujeto está *fuera del sujeto* (en la estructura) el Derecho no puede más que tomar nota.

Pero, no hace falta recurrir al estructuralismo para explicar el origen del sujeto: la Psicología y la Psicología Social han mostrado, de un modo más terrenal y a través de los conceptos de *socialización primaria* (familia) y *secundaria* (escuela, grupo de pares, etc.) (Berger y Luckmann, 1967/2008) la forma en que se transmite y garantiza el orden social.

Se apoye uno en el estructuralismo o en las ciencias sociales, resulta evidente que el sujeto no es un ente autónomo, autoproducido y estable. Ese sujeto —el ego cartesiano— se halla en buena

medida abandonado como posibilidad. Es evidente, otra vez, que una concepción tal entra en conflicto con la necesidad del Derecho de confiar en un sujeto relativamente autoproducido, autónomo y estable para poder juzgar(lo). De no ser así, ¿qué forma debería tomar el Derecho? ¿Es que debería agradar a los estructuralistas y juzgar a la estructura o a la estructura *en el sujeto*? ¿Es que debería agradar a las ciencias sociales y juzgar a la familia, a la escuela, al grupo de pares, al tiempo que juzga a una persona? Me parece que el punto de conflicto resulta evidente.

Con todo, podría considerarse que la idea de construcción social del sujeto según aparece en el estructuralismo y en las ciencias sociales es todavía muy lejana al Derecho. Abordemos, pues, al sujeto jurídico, aquél que es considerado en los procesos legales. Para ello, es útil recurrir a dos miradas: la de Michel Foucault en *Vigilar y castigar* (1975/2005) y la de la Psicología Social Discursiva (Potter, 1998; Potter y Edwards, 2001; Garay, Íñiguez y Martínez, 2005).

Foucault sitúa el origen de las «disciplinas psico-» (p. 197) en el proceso de «inversión histórica de los procedimientos de individualización» (p. 197) que medió entre las sociedades de castigo y las disciplinarias. En las primeras, sostiene Foucault, el personaje visible era el monarca: sus ejércitos, sus conquistas, sus territorios, su castillo, su caballo y sus ropajes. El poder se ejercía de abajo hacia arriba, a menudo de forma brutal. En las segundas —las sociedades disciplinarias— es el sujeto común el que resulta visible y las disciplinas psico- juegan un papel clave para producir y mantener esa visibilidad: de ella depende la posibilidad de controlar a una población cada vez mayor, que se concentra en grandes ciudades, que empieza a ganar derechos y que tiene a mano la destrucción de los medios de producción.

Dice Foucault (1976/2008, p. 196):

Durante muchísimo tiempo la individualidad común —la de abajo y de todo el mundo— se ha mantenido por bajo del umbral de descripción. Ser mirado observado, referido detalladamente, seguido a diario por una escritura ininterrumpida, era un privilegio. La crónica de un hombre, el relato de su vida, su historiografía relatada al hilo de su existencia formaban parte de los rituales de su poderío. Ahora bien, los procedimientos disciplinarios invierten esa relación, rebajan el umbral de la individualidad descriptible y hacen de esta descripción un medio de control y un método de dominación.

Foucault habla aquí, insisto, del rol que las disciplinas psico- juegan en las sociedades disciplinarias: no ya «ayudar a las personas», como sueña cada uno/a de los/as estudiantes a quienes pregunto, en el primer año de su carrera, por qué eligió Psicología, sino *conocerlas, describirlas y registrarlas* (como forma de controlarlas).

Continúa el autor (p. 196):

Y esta descriptibilidad nueva es tanto más marcada cuanto que el encuadramiento disciplinario es estricto: el niño, el enfermo, el loco, el condenado pasarán a ser, cada vez más fácilmente a partir del siglo XVIII y según una pendiente que es la de los mecanismos de disciplina, objeto de decisiones individuales y de relatos biográficos. Esta consignación por escrito de las existencias reales no es ya un procedimiento de heroicización; funciona como procedimiento de objetivación y de sometimiento. La vida cuidadosamente cotejada de los enfermos mentales o de los delincuentes corresponde, como la crónica de los reyes o la epopeya de los grandes bandidos populares, a cierta función política de la escritura; pero en otra técnica completamente distinta del poder.

Así, en virtud de la aplicación de una serie de estrategias de registro (entrevistas, tests, observación, etc.) el sujeto se vuelve sujeto (*aparece*, digamos) y se convierte en un caso: el perfil laboral, el archivo impositivo, el registro de multas, el historial de crédito y, sí, el diagnóstico clínico y el informe pericial. Agrega Foucault (pp. 196-197, las cursivas son mías):

El examen como fijación a la vez ritual y «científica» de las diferencias individuales, como adscripción de cada cual al rótulo de su propia singularidad [...], indica la aparición de una modalidad nueva de poder en la que *cada cual recibe como estatuto su propia individualidad*, y en la que es estatutariamente vinculado a los rasgos, las medidas, los desvíos, las «notas» que lo caracterizan y hacen de él, de todos modos, un «caso».

Otra vez, podría parecer que el Derecho no tiene nada que ver en esto. Después de todo, Foucault trata la genealogía de las ciencias humanas. Pero (p. 197, las cursivas son mías):

En un sistema de disciplina, el niño está más individualizado que el adulto, el enfermo más que el hombre sano, *el loco y el delincuente más que el normal y el no delincuente*.

Resulta evidente que la batería de estrategias de la Psicología, de la Psiquiatría, del Trabajo Social, etc. no *descubren* un sujeto (sus «problemas», sus patologías, sus limitaciones, sus necesidades, sus «competencias») sino que, a todo efecto, *lo construyen* (en el sentido fuerte, insisto, de *crean*). Por ello, Foucault dice (p. 197, las cursivas son mías) que «el individuo [es] objeto y efecto de poder, [...] efecto y objeto de saber». No hay nada «ahí» que sea *descubierto* por el arsenal técnico de las disciplinas psico-: *el sujeto es un resultado de dicho arsenal y no existe antes de su aplicación*.

En el mismo sentido, el sujeto jurídico (el que es vigilado, acusado, investigado, juzgado, absuelto y luego vigilado otra vez, excul-

pado, etc. es un efecto (un producto) del arsenal propio del Derecho (del cual, poco sorprendentemente, la Psicología forma parte en tanto «auxiliar» [Garrido, 1994, p. 43]). En un sentido antirrepresentacionista radical, no existe el sujeto jurídico antes ni por fuera del proceso judicial, sino que el sujeto es un producto de dicho proceso y tiene, por tanto, muchas otras existencias (que resultan desconocidas y en buena medida irrelevantes para dicho proceso).

Otra vía a la misma conclusión es la Psicología Social Discursiva (PSD) (para la cual, esperablemente, Foucault es un antecedente) (Garay, Íñiguez y Martínez, 2005). Partiendo de una posición anti-representacionista, la PSD se preocupa por cómo es construida la realidad en el curso de las interacciones sociales. Interesa aquí la construcción de la *identidad*, es decir, de quien alguien es o se dice que es.

Dicen Ana Garay, Lupicinio Íñiguez y Luz María Martínez (2005, p. 115, las cursivas son mías):

La versión sobre un acontecimiento, la explicación sobre la singularidad de un grupo social o *la caracterización de determinados rasgos de personalidad* se pueden construir de muchas formas diferentes. Según las funciones (efectos) que se persigan (disculpa, acusación, formulación de una evaluación positiva o negativa), los hablantes proporcionan perspectivas diferentes de sus mundos sociales. Es decir, *son variados, inconsistentes y cambiantes*. Esta idea contrasta con la que habitualmente se defiende desde la Psicología y la Psicología Social convencionales: que los seres humanos somos consistentes y congruentes.

De nuevo, aquí se habla de ciencias sociales. Pero traslademos la idea al campo del Derecho: ¿acaso en las diferentes instancias judiciales no se emplean estrategias para conocer a un/a acusado/a, un «hecho», las circunstancias que rodean al «hecho»? Lo que nos dice el antirrepresentacionismo es que nada de eso tiene existencia

por sí y en sí y puede ser descubierto *tal cual es* mediante esta o aquella estrategia sino que el/la acusado/a, el «hecho» y las circunstancias que lo rodean *son un efecto de dichas estrategias y no existen con independencia de ellas*.

Por otra parte, y ya en el contexto del Derecho, Goodrich, Douzinas y Hachamovitch (1994/2005, p. 14, la traducción es mía) destacan el carácter mayormente lingüístico —una idea fundamental del antirrepresentacionismo— de dicha construcción: «Es en y a través del discurso del Derecho que el sujeto jurídico [*legal subject*] es, al mismo tiempo, constituido y definido, capturado, circulado y juzgado».

La PSD va más allá, si cabe: afirma que esas construcciones, en el caso de las personas, *son inestables*. Es decir que, contrariamente a lo que indican las teorías clásicas de la personalidad (que hay algo, «adentro de la cabeza», que las personas somos en todas las situaciones —aunque no se manifieste—, que llevamos de aquí para allá y que es estable en el tiempo), las teorías de la *identidad* (de Gaulejac, 2009; Pujal i Llombart y Tirado Serrano, 2004) afirman que somos seres dependientes del contexto, situados a medio camino entre el adentro y el afuera, dependientes de factores intersubjetivos, inestables, incoherentes, discontinuos, etc. Y, en cualquier caso, la forma que como seres tomaremos —a efectos de diagnóstico, legales u otros— dependerá siempre de las estrategias que se usen para conocernos.

De este modo, no hay nunca, para el Derecho, *un mismo sujeto*: lo que hay son construcciones que dependen de las estrategias de conocimiento y que, por tanto, así como construyen a una persona como establemente «sin habilidades parentales» o como «inimputable» bien pueden construirla de otro modo si las estrategias fueran otras o se aplicaran en otro momento.

Agrega Minda (1995, p. 227, la traducción es mía):

La palabra «pastiche» describe la experiencia de las múltiples identidades del *self*, definidas por un set contingente de relaciones con otros individuos o grupos. Pastiche ayuda a entender la condición posmoderna al destacar la contingencia y fragilidad del concepto de identidad. Pastiche es la experiencia que uno encuentra tras darse cuenta de que los discursos universales de la cultura occidental (discursos basados en la noción de *self* universal) son frágiles, inestables y contingentes. Pastiche se vuelve una poderosa herramienta para ganar visión crítica acerca de la fragilidad del concepto moderno de *self*.

Así las cosas, es fácil intuir el conflicto con una noción premoderna o moderna del Derecho: ¿a quién se juzga en un proceso dado? ¿Quién es ese sujeto? ¿Por qué «es» así? ¿Podrían pensarse condiciones en el sujeto resultara ser de otro modo (con las consecuencias derivadas)? Si así fuera, ¿dónde deja eso al proceso legal?

La responsabilidad

Por último y muy vinculado a todo lo anterior, es fácil intuir por qué una noción antirrepresentacionista de *responsabilidad* entra en conflicto de forma importante con ideas premodernas y modernas del sujeto. Si éste es socialmente construido, ¿quién o qué es responsable de sus actos? Si las personas no son entes cerrados y estables, ¿a quién se juzga en un proceso legal? ¿Es la misma persona la que comete un delito y la que es juzgada? Si el sujeto jurídico es un producto y no un descubrimiento del arsenal de conocimiento/control judicial, ¿no es acaso pensable que el sujeto «resultante» cambie? Si así fuera y nuevamente, ¿a quién se juzga? ¿Con qué autoridad?

Como es evidente, un Derecho premoderno o moderno necesita del ego cartesiano para operar. Si se cuestiona, tal como lo hacen

los enfoques que he presentado, la idea-fuerza de un yo cerrado, estable, independiente, coherente, autosuficiente, etc., principios fundamentales del Derecho se ven afectados.

Cierro este apartado aclarando que no pretendo aquí clausurar este debate: he preferido presentar el asunto como «conflictos» sin precisar qué habrá de pasar tras ellos. Sin embargo, intentaré una especie de utopía de ese tipo en el apartado siguiente.

¿QUÉ FORMA HABRÍA DE TOMAR UN DERECHO ANTIRREPRESENTACIONISTA?

A partir de lo expuesto, no es complicado colegir qué forma debería tomar el Derecho para ser coherente con los principios antirrepresentacionistas. A mi juicio, de lo que se trata, como mínimo, *es de admitir*. Sin intención de ser exhaustivo:

—Admitir que no existe un mundo anterior o por fuera del que los actores sociales vinculados al Derecho (sí, jueces/zas y abogados/as, pero también medios de comunicación, cabilderos/as, colectivos organizados, etc.) construyen. Así, no hay Verdad ni Verdad jurídica sino una versión socialmente construida de los «hechos». Por tanto, el ejercicio del Derecho no *descubre* nada sino que *construye* «hechos» como cualquier otra práctica social del tipo (con la excepción de que dichos «hechos» tienen un enorme poder sobre la vida de las personas).

—Admitir que el Derecho no tiene ningún privilegio epistemológico (aunque sí social) por sobre los otros discursos socialmente disponibles y que debería ingresar a la «conversación» en igualdad de condiciones (es decir, sin recurrir a fundamentos trascendentes).

Al respecto dice Hunt (1990, p. 525, la traducción es mía):

Su argumento [el de los/as pensadores/as posmodernos/as] enfatiza la modestia y la humildad. Si sólo pudiéramos abandonar la grandiosa e infundada fe en la razón, sugieren, podríamos llevarnos bien sin problemas y los jueces (como todo el mundo) debe tomar y justificar sus decisiones sin ocultarse tras los discursos de la verdad o la objetividad que sólo sirven para oscurecer nuestra responsabilidad por las decisiones que tomamos.

En línea con la argumentación «débil» a la que me he referido, dice Cornell (1985, p. 378, la traducción es mía):

[...] Decir que una idea es relativa es simplemente decir que es humana. Como seres históricos, no podemos saber qué significaría tener un ideal ahistórico. [...] De todas maneras, no nos quedamos con nada sino con nuestra habilidad de decir cosas humanas en una voz humana. La defenestración del objetivismo no significa el fin de los estándares éticos ni la imposibilidad de distinguir racionalmente entre posiciones éticas conflictivas en base a lo que cada una significa para nuestra *praxis* común.

Continúa Hunt, citando un extracto notable de James Boyd White (1984): «Cuando descubrimos que no tenemos, en este mundo, tierra ni roca para pararnos o caminar sino sólo un mar móvil y cielo y viento, la respuesta madura no es lamentar la pérdida de lo fijo sino aprender a navegar».

—Admitir que el orden legal es una construcción social (a la que los actores sociales no aportan en igual medida) y que, por tanto, es inestable, incoherente, cambiante, irracional en su desarrollo, etc. Es decir, admitir que es un *producto contingente* de la Historia y que, así como es, podría ser de otro modo en tanto no tiene un vínculo privilegiado con ningún ente trascendental.

Al respecto dice Derrida (2002, p. 242, la traducción es mía):

Dado el origen de la autoridad, el fundamento [...], las leyes no pueden, por definición, reposar en nada más que en ellas mismas; son, ellas mismas, violencia sin fundamento [...]. Esto no quiere decir que sean injustas en el sentido de «ilegales» o «ilegítimas».

Derrida sostiene, con inspiración en el Wittgenstein del *Tractatus logico-philosophicus*, que un fundamento último tiene un carácter «místico» (p. 242), es decir que, en definitiva, las leyes son siempre deconstruibles: bien porque intentan fundarse en un ente «místico» (que puede ser objetado), bien porque se fundan en algo «terrenal» (como, por ejemplo, el acuerdo intersubjetivo), que también puede ser deconstruido.

Así, el orden legal —en tanto artefacto histórico— no tiene límites ni forma predecibles. Dice Posner (1990, p. 459, la traducción y las cursivas son mías): «[...] La ley es *una actividad* más que un concepto o grupo de conceptos. No se pueden fijar límites a priori a lo que podrá ser autorizado a contar como argumento en la ley». O, en otra parte (p. 460): «No hay conceptos trascendentes de justicia que nuestro sistema legal pueda usar para dar dirección a la tarea».

—Admitir que ni la construcción del orden legal ni su aplicación son ajenos a lógicas de poder sino que están atravesadas por ellas. De este modo, resulta más fácil comprender el desarrollo de los órdenes legales e, incluso de casos específicos, que recurriendo a entelequias como la Justicia, el Bien o un acercamiento asíntota a la Justicia.

—Admitir que los procesos legales *construyen* (no descubren ni describen) a los sujetos que juzgan y que, en virtud de esa construcción aumentan su control sobre ellos.

—Admitir, en línea con lo anterior, que dicha construcción es mayormente lingüística y que, por tanto, el lenguaje no tiene un rol descriptivo *sino constructivo* de la realidad (legal o de otro tipo). De este modo y en línea con la Pragmática, el lenguaje pasa a ser una forma de acción y no una mera descripción en la que las acciones se basen o puedan basarse.

Al respecto dice Gergen (1994, p. 415, la traducción es mía): «[...] Si el lenguaje es importante no por sus capacidades de representar lo que es el caso [término wittgensteineano relativamente homologable *realidad*] sino por sus implicaciones prácticas, debe ser considerado a la par de otras actividades de relevancia pragmática». Desde este punto de vista, las diferencias entre un golpe en la cara y una estigmatización pública se difuminan.

—Admitir que la responsabilidad no es un atributo de los sujetos sino el resultado de la aplicación de ciertas estrategias de poder/saber.

¿Mucho pedir? Quizás no tanto...

TRAZAS DE ANTIRREPRESENTACIONISMO (UNA ESPECIE DE CIERRE)

A la luz de la lista anterior, cabría pensar que antirrepresentacionismo y Derecho están condenados a vivir en conflicto. Propondré, como cierre y provocación, algo distinto: que el Derecho, en tanto orden legal y práctica, *es más antirrepresentacionista de lo que aparenta* y que, si no lo es, *quizás no lo llegue a ser nunca*.

A modo de autodeconstrucción, suelo citar un extracto la novela *El último encuentro* de Sándor Marai (1941/1999, p. 107):

Uno siempre responde con su vida entera a las preguntas más importantes. No importa lo que diga, no importa con qué pala-

bras y con qué argumentos trate de defenderse. Al final, al final de todo, uno responde a todas las preguntas con los hechos de su vida: a las preguntas que el mundo le ha hecho una y otra vez. Las preguntas son éstas: ¿Quién eres?... ¿Qué has querido de verdad?... ¿Qué has sabido de verdad?... ¿A qué has sido fiel o infiel?... ¿Con qué y con quién te has comportado con valentía o con cobardía?... Éstas son las preguntas. Uno responde como puede, diciendo la verdad o mintiendo, eso no importa. Lo que sí importa es que uno al final responde con su vida entera.

Suelo aplicar este método para intentar conocerme y darme a conocer. Por ejemplo, cuando me preguntan qué cine me gusta, en general, me gustaría que mi respuesta incluyera algún nombre francés. Pero no lo hace. También me gustaría poder decir «cine iraní» o «cine ruso», pero no lo hago. Incluso me gustaría incluir a películas como *Mutter und Sohn* de Aleksandr Sokurov, pero lo cierto es que me dormí viéndola. Por eso y siguiendo la idea que presenta Marai, he apostado por nombrar las películas que veo una y otra vez. Son, por ejemplo, *El padrino II*, *Killing Them Softly*, *American Beauty*, *Pulp Fiction*, *Matrix*, *American Psycho*, *El día de la marmota*, *The Truman Show*...

Analizando la lista noto que no hay nombres franceses, que todas las películas son estadounidenses y que no son en absoluto oscuras o desconocidas. Así he sabido que soy, en lo tocante al cine, *un hombre muchísimo menos refinado* de lo que me gustaría ser o decir que soy.

Bien, otra vez, ¿qué tiene que ver esto con el Derecho? O mejor: ¿qué podemos encontrar en el Derecho haciendo este ejercicio? Pues bien:

—Encuentro que, a pesar de los intentos de deshumanización y trascendentalización, el Derecho ha sido y es, mayormente, *una*

empresa retórico-argumentativa (en la que actores sociales de muy diverso pelaje y con muy disímiles cotas de poder) intervienen en pos de que sus versiones sean tenidas por ciertas (si la Verdad se revelara por sí misma por el solo hecho de ser humanos/as o fuera fácilmente aprehensible, *no habría ninguna necesidad de argumentar*).

Al respecto dice Todd (2006, p. 911, la traducción es mía), refiriéndose a la escritura legal y su enseñanza:

La escritura legal es bastante posmoderna porque está entretejida en paradojas y acrobacias posmodernas que hacen el curso [de escritura legal] diferente de sus contrapartes doctrinales y modernas. En los trabajos de escritura legal, se les dice a los/as estudiantes que puede que no haya una respuesta correcta sino múltiples argumentos que podrían esbozarse.

Es evidente que lo que Todd dice de la escritura legal y de su enseñanza en la actualidad puede afirmarse también de la Filosofía, de las ciencias sociales y del Derecho *desde que existen*. Insisto: si la Verdad se manifestara por sí misma o fuera fácil de colegir por el solo hecho de ser humanos/as o de seguir rígidamente un método, esas empresas humanas serían mucho más simples: *no habría disenso*. La Verdad podría ser simplemente *captada* o los «datos» «recogidos», como suelen rezar las tesis y los artículos académicos. Creo que resulta evidente que el decurso histórico de las disciplinas que nombré no muestra una rutinaria y aproblemática acumulación de verdades sino, más bien, una serie de quiebres paradigmáticos y disputas constantes.

De hecho, la existencia misma de la argumentación (o, si se quiere, su necesidad) es razón suficiente para demostrar que la Verdad no se automanifiesta ni se capta aproblemáticamente. De este modo, podría decirse, si se atiende a su práctica histórica, que el Derecho es —y siempre ha sido— fiel a los principios posmodernos,

aun cuando se haya argumentado en contrario a fin de cerrar la conversación (es decir, la Historia).

Encuentro que, a pesar de los intentos de hacer del orden legal un orden racional y con un sentido discernible o teleológicamente guiado, dicho orden ha (innegablemente) cambiado y nadie puede predecir cómo cambiará (lo que, guste o no, da munición a los/as antirrepresentacionistas y a los defensores de los CLS).

Encuentro que, más allá de los intentos de desligar Derecho y poder, quienes ejercen profesiones cercanas (jueces/zas y abogados/as, claro, pero también secretarías/os y demás personal vinculado) saben muy bien que el poder es una pieza clave en su ajedrez, lo acepten o no, lo digan abiertamente o no.

Encuentro que los/as enemigos/as más acérrimos del antirrepresentacionismo argumentan y, en ocasiones (tal como vimos en textos como el de Arrow) lo hacen de modos muy a tono con el credo antirrepresentacionista (lo cual es, como mínimo, una pequeña victoria).

Encuentro, finalmente y sobre todo, que a pesar de la afrenta antirrepresentacionista, el Derecho y su práctica han cambiado más bien poco en sus aspectos centrales: los/as que puedan harán el orden legal a su medida, los/as que no lo sufrirán, nadie adivinará *avant la lettre* cómo o con qué criterio cambiará dicho orden, los/as jueces/zas confiarán en que descubren hechos y en que juzgan aplicando las leyes, los/as psicólogos/as seguirán diagnosticando al servicio de la corona aunque no crean mucho en ello, etc. *Business as usual*.

Me detengo aquí. Dice Posner respecto del pragmatismo, uno de los pilares del antirrepresentacionismo (2003, p. 10, la traducción y las cursivas son mías): «¿Qué se sigue para el Derecho, la política o el gobierno en un sentido general de aceptar o rechazar

algunas de las proposiciones [definitorias del pragmatismo] que he listado? *No mucho (!)[...]*». Fundamenta el autor (p. 11, las cursivas son mías):

Una razón para la desconexión entre el pragmatismo filosófico y la práctica legal y política es que las proposiciones que definen el pragmatismo son proposiciones de Filosofía académica, un campo que, esencialmente, *no tiene audiencia entre jueces/zas y abogados/as* —menos aun entre políticos/as—, incluso cuando la Filosofía está tomada por profesores de Derecho (algunos/as de los/as cuales tienen doctorados en Filosofía) que piensan que la Filosofía *debería* tener influencia sobre el Derecho.

En fin, quizás y como dijera Wittgenstein de la Filosofía (1989/2007, p. 84), el antirrepresentacionismo «lo deja todo como está».

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARROW, D. (1997). Pomobabble: Postmodern Newspeak and Constitutional “Meaning” for the Uninitiated. *Michigan Law Review*, 96(3), 461-690. doi: 10.2307/1290146.

AUGÉ, M. (1992/2000). *Los no lugares. Espacios del anonimato. (Una antropología de la sobremodernidad)*. Barcelona: Gedisa.

AUSTIN, A. (1994). Deconstruction: the road to a derridian cul-de-sac where “There is no there there”* and “there is no about about for anything to be about”***, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 12, 181-191.

BALKIN, J. M. (1987). Deconstructive Practice and Legal Theory. *The Yale Law Journal*, 96(4), 743-786. doi: 10.2307/796361.

BARNES, B. (1974). *Scientific knowledge and sociological theory*. Londres: Routledge y Kegan Paul.

BARNES, B. (1985). *Sobre ciencia*. Barcelona: Labor.

BASSI, J. (2014). *Diseño de proyectos de tesis en ciencias sociales. Manual de supervivencia para estudiantes de pre- y posgrado*. Santiago de Chile: Facultad de Ciencias Sociales (Universidad de Chile)/El buen aire.

BERGER, P. Y LUCKMANN, TH. (1967/2008). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu.

BERNSTEIN, R. (1983). *Beyond Objectivism and Relativism. Science, Hermeneutics, and Praxis*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press.

BLOOR, D. (1976/2003). *Conocimiento e imaginario social*. Barcelona: Gedisa.

BOYLE, J. (1991). Is Subjectivity Possible? The Post-Modern Subject in Legal Theory. *University of Colorado Law Review*, 62, 489-524.

BOZO DE CARMONA, A. J. (1998, agosto). *Toward a Postmodern Theory of Law*. Conferencia presentada en el Twentieth World Congress of Philosophy, Boston, Massachusetts.

CARRINGTON, P. D. (1984). Of Law and the River, *Journal of Legal Education*, 34, 222-228.

COOMBE, R. J. (1995). Finding and Losing One's Self in the Topoi: Placing and Displacing the Postmodern Subject in Law, *Law & Society Review*, 29(4), 599-608.

CORNELL, D. (1985). Toward a Modern/Postmodern Reconstruction of Ethics. *University of Pennsylvania Law Review*, 133(2), 291-380.

DE GAULEJAC, V. (2009). Identidad. En J. BARUS-MICHEL, E. ENRÍQUEZ Y A. LÉVY (coords.), *Psicosociología. Nociones y Autores Fundamentales* (pp. 349-358). Santiago de Chile: UCSH.

DE SOUSA SANTOS, B. (1987). Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law. *Journal of Law and Society*, 14(3), 279-302.

DE VARENNES, F. (2006). The Fallacies in the "Universalism versus Cultural Relativism" Debate in the Human Rights Law, *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, 1, 67-84.

DERRIDA, J. (2001/2002). Force of Law. The "Mystical Foundation of Authority". En A. GIL (ed.), *Acts of Religion* (pp. 230-298). Nueva York: Routledge.

DEWEY, J. (1916/2000). *La miseria de la epistemología*. Madrid: Biblioteca Nueva.

DEWEY, J. (1929/1952). *La búsqueda de la certeza. Un estudio de la relación entre el conocimiento y la acción*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

DIP, R. H. (2012). O niilismo jurídico pós-moderno. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, 12(1), 93-112.

DRUZIN, B. (2012). Finding Footing in a Postmodern Conception of Law. *Postmodern Openings*, 3(1), 41-56.

ECO, U. (1995). *Interpretación y sobreinterpretación*. Cambridge: Cambridge University Press.

EDWARDS, D; ASHMORE, M. Y POTTER, J. (1995). *Death and Furniture: The rhetoric, politics and theology of bottom line arguments against relativism*. *History of the Human Sciences*, 8, 25-49.

ESCOBAR, CELSO (2011). *El binomio política-Derecho frente a los retos de la posmodernidad*. (Tesis de doctorado no publicada). Universidad Nacional Autónoma de México, México.

FARBER, D. Y SHERRY, S. (1997). *Beyond All Reason: The Radical Assault on Truth in American Law*. Oxford: Oxford University Press.

FELDMAN, S. (1996). The politics of Postmodern Jurisprudence, *Michigan Law Review*, 95(1), 166-202.

FELDMAN, S. (1997). From Premodern to Modern American Jurisprudence: The Onset of Positivism, *Vanderbilt Law Review*, 50(6), 1387-1446.

FELDMAN, S. (1999). Playing with the Pieces: Postmodernism in the Lawyer's Toolbox. *Virginia Law Review*, 85, 151-181.

FELDMAN, S. (2001). An Arrow to the Heart: The Love and Death of Postmodern Legal Scholarship, *Vanderbilt Law Review*, 54, 2351-2378.

FEYERABEND, P. (1975/2010). *Tratado contra el método*. Madrid: Tecnos.

FISS, O. M. (1986). The Death of the Law?, *Cornell Law Review*, 72(1), 1-16.

FOLLARI, R. (2006). Revisando el concepto de Posmodernidad. *Quórum académico*, 3(1), 37-50.

FOUCAULT, M. (1975/2005). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo XXI.

GARAY, A., ÍÑIGUEZ, L. Y MARTÍNEZ, L. M. (2005). La perspectiva discursiva en psicología social. *Subjetividad y procesos cognitivos*, 7, 105-130.

GARRIDO, E. (1994). Relaciones entre la psicología y la ley. En J. SOBRAL, R. ARCE Y A. PRIETO (eds.), *Manual de psicología jurídica* (pp. 17-54). Buenos Aires: Paidós.

GERGEN, K. J. (1990). Toward a Postmodern Psychology. *The Humanistic Psychologist*, 18(1), 23-34.

GERGEN, K. J. (1994). Exploring the Postmodern. Perils or Potentials? *American Psychologist*, 49(5), 412-116.

GERGEN, K. J. (1994/1996). *Realidades y relaciones. Aproximaciones a la construcción social*. Barcelona: Paidós.

GOODRICH, P., DOUZINAS, C. Y HACHAMOVITCH, Y. (1994/2005). *Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies. The Legality of the Contingent*. Londres: Routledge.

HUNT, A. (1986). *The Theory of Critical Legal Studies*. *Oxford Journal of Legal Studies*, 6(1), 1-45.

HUNT, A. (1990). *The Big Fear: Law Confronts Postmodernism*. *McGill Law Journal*, 35(3), 507-540.

IBÁÑEZ, T. (2005). *Contra la dominación*. Barcelona: Gedisa.

JAMES, W. (1907/2016). *Pragmatismo*. Buenos Aires: Alianza.

KENNEDY, D. (2002). *The Critique of Rights in Critical Legal Studies*. En W. BROWN Y J. HALLEY (Eds.), *Left Legalism/Left Critique* (pp. 178-228). Durham: Duke University Press.

KLIMOVSKY, G. (1994/2005). *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*. Buenos Aires: A.Z.

KOSKENNIEMI, M. Y LEINO, P. (2002). *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*. *Leiden Journal of International Law*, 15, 553-579.

KUHN, TH. (1962/1971). *La estructura de las revoluciones científicas*. Méjico: Fondo de Cultura Económica.

LAKATOS, I. (1978/1983). *La metodología de los programas de investigación científica*. Madrid: Alianza.

LATOURET, B. (1987). *Ciencia en acción. Cómo seguir a los científicos e ingenieros a través de la sociedad*. Barcelona: Labor.

LATOURET, B. (1999/2001). *La esperanza de Pandora. Ensayos sobre la realidad de los estudios de la ciencia*. Barcelona: Gedisa.

LATOURET, B. Y WOOLGAR, S. (1979/1986). *Laboratory life. The construction of scientific facts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

LEFFEL, J. Y MCCALLUM, D. (1996). The Postmodern Challenge: Facing the Spirit of the Age. *Christian Research Journal*, 19, 34-40.

LIPOVETSKY, G. (1983/2000). *La era del vacío*. Barcelona: Anagrama.

LYOTARD, J. F. (1984/2008). *La condición posmoderna*. Madrid: Cátedra.

MARAI, S. (1941/1999). *El último encuentro*. Barcelona: Salamandra.

MESA, D. (2002). Fisuras en el pensamiento jurídico contemporáneo: el movimiento «Critical Legal Studies». *Criterio Jurídico*, 2, 129-159.

MICHAELIS, K. L. (1998). Postmodern Perspectives And Shifting Legal Paradigms: Searching For A Critical Theory Of Juvenile Justice. *Australia & New Zealand Journal of Law & Education*, 3(2), 29-44.

MINDA, G. (1995). *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence At Century's End*. Nueva York: New York University.

OSTAS, D. (1998). Postmodern Economic Analysis of Law: Extending the Pragmatic Visions of Richard Posner. *American Business Law Journal*, 36, 194-238.

PATTERSON, D. (1992). Postmodernism/Feminism/Law. *Cornell Law Review*, 77(2), 251-317.

PÉREZ SOTO, C. (1998/2008). *Sobre un concepto histórico de ciencia. De la epistemología actual a la dialéctica*. Santiago de Chile: LOM.

POSNER, R. (1990). *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press.

POSNER, R. (2003). *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press.

POTTER, J. (1998). Discursive Social Psychology: From Attitudes to Evaluative Practices. *European Review of Social Psychology*, 9(1), 233-266.

POTTER, J. Y EDWARDS, D. (2001). Discursive Social Psychology. En P. ROBINSON Y H. GILES (eds.), *The New Handbook of Language and Social Psychology* (pp. 103-118). Chichester: John Wiley & Sons.

PUJAL I LLOMBART, M. Y TIRADO SERRANO, F. (2004). La identidad (el self). En T. IBÁÑEZ (coord.), *Introducción a la psicología social* (93-115). Barcelona: UOC.

RANIERI, D. (2008, 1 de agosto). *El relativismo en el Derecho: un problema para las cuestiones bioéticas fundamentales*. Disertación en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, Argentina.

RORTY, R. (1967/1990). *El giro lingüístico*. Barcelona: Paidós.

RORTY, R. (1979/2001). *La filosofía y el espejo de la naturaleza*. Madrid: Cátedra.

RUBIN, A. (1987). Does Law Matter? A Judge's Response to the Critical Legal Studies Movement. *Journal of Legal Education*, 37(3), 307-314.

RUSSELL, J. S. (1986). The Critical Legal Studies Challenge to Contemporary Mainstream Legal Philosophy. *Ottawa Law Review*, 18(1), 1-24.

SAHLINS, M. (2008/2011). *La ilusión occidental de la naturaleza humana*. Méjico: Fondo de Cultura Económica.

SANDU, A. (2010). Constructive - Postmodern Approaches on the Philosophy of Law. *Postmodern Openings*, 1(3), 23-34.

SCHANCK, P. (1992). Understanding Postmodern Thought. *California Law Review*, 65, 2505-2520.

SHOTTER, J. (1993/2001). *Realidades conversacionales. La construcción de la vida a través del lenguaje*. Buenos Aires: Amorrortu.

TESÓN, F. (1985). International Human Rights and Cultural Relativism. *Virginia Journal of International Law*, 25(4), 869-898.

TODD, A. (2006). Neither Dead nor Dangerous: Postmodernism and the Teaching of Legal Writing. *Baylor Law Review*, 58(3), 893-947.

TRAYNOR, M. (1997). Postmodern research: no grounding or privilege, just free-floating trouble making. *Nursing Inquiry*, 4, 99-107.

UNGER, R. M. (1983/2015). *The Critical Legal Studies Movement. Another Time, A Greater Task*. Nueva York: Verso.

VISMANN, C. (2005). Derrida, Philosopher of the Law. *German Law Journal*, 6(1), 5-13.

WITTGENSTEIN, L. (1922/2010). *Tractatus logico-philosophicus*. Madrid: Alianza.

WITTGENSTEIN, L. (1952/1999). *Investigaciones filosóficas*. Barcelona: Altaya.

WITTGENSTEIN, L. (1989/2007). *Filosofía*. Oviedo: KRK.

WOOLGAR, S. (1988/1991). *Ciencia: abriendo la caja negra*. Barcelona: Anthropos.

PARES EVALUADORES

Jairo Vladimir Llano Franco

Investigador Senior (IS)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4018-5412>

Universidad Libre de Colombia - Seccional Cali

Nelson Contreras Coronel

Investigador Junior (IJ)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2264-8225>

Universidad Tecnológica de Pereira

Hoover Albeiro Valencia Sánchez

Investigador Asociado (I)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9193-2089>

Universidad Tecnológica de Pereira

Ricardo Antonio Torres Palma

Investigador Senior (IS)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4583-9849>

Universidad de Antioquia, Medellín.

Luis Alfredo González Monroy

Investigador Junior (IJ)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7249-4677>

Universidad del Magdalena

Lucely Obando Cabezas

Investigador Junior (IJ)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8770-2966>

Universidad Libre

Esta obra fue editada por Librería Jurídica Díké S.A.S.
se termino de imprimir en febrero de 2019