

dossiê

Derechos humanos y el común: elementos para una teoría crítica jurídica

**Direitos humanos e o comum: elementos para uma
teoria jurídica crítica**

**Human rights and the common: elements for a
critical legal theory**

Alejandro Rosillo Martínez¹

¹Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Facultad de Derecho, San Luis Potosí, San Luis Potosí, México. E-mail: alejandro.rosillo@uaslp.mx. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9854-0942>.

Submetido em 09/11/2022.

Aceito em 28/11/2022.

Como citar este trabalho

ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro. Derechos humanos y el común: elementos para una teoría crítica jurídica. *InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais*, v. 9, n. 1, jan./jun. 2023, Brasília, p. 245-270.

insurgência

InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais | v. 9 | n. 1 | jan./jun. 2023 | Brasília | PPGDH/UnB | IPDMS
ISSN 2447-6684



Este trabalho está licenciado com uma Licença Creative Commons 4.0.
Este trabajo es licenciado bajo una Licencia Creative Commons 4.0.
This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0.

Derechos humanos y el común: elementos para una teoría crítica jurídica

Resumen

A partir de distinguir tres visiones de derechos humanos, en este artículo se afirma que una visión liberadora debe generar una teoría crítica. Esta teoría ha desarrollado diversos conceptos, y se propone que “el común” o “procomún” puede incorporarse para enriquecer esta visión liberadora de derechos humanos.

Palabras-clave

Derechos humanos, teoría crítica, liberación, común, procomún.

Resumo

Partindo da distinção de três visões de direitos humanos, este artigo afirma que uma visão libertadora deve gerar uma teoria crítica. Essa teoria desenvolveu vários conceitos, e propõe-se que o "comum" ou "pro-comum" possa ser incorporado para enriquecer essa visão libertadora dos direitos humanos.

Palavras-chave

Direitos humanos, teoria crítica, libertação, comum, pro-comum.

Abstract

Starting from distinguishing three visions of human rights, this article affirms that a liberating vision must generate a critical theory. This theory has developed various concepts, and it is proposed that "the common" or "commons" can be incorporated to enrich this liberating vision of human rights.

Keywords

Human rights, critical theory, liberation, common, procommon.

1 Introducción

Los derechos humanos han tenido a través de la historia, diversas funciones, algunas de las cuales pueden considerarse contrarias entre sí. En el contexto de la globalización, podemos encontrar varias visiones de derechos humanos. Por visión entendemos un entramado que incluye definiciones, teorías, intereses, pero sobre todo prácticas concretas con un sentido real que generan tramas sociales y relaciones de poder. Derechos humanos no los vemos como meros valores a ser realizados, o como definiciones de derechos subjetivos que se encuentran en documentos constitucionales o en tratados internacionales, sino como procesos socioculturales (HERRERA FLORES, 2005). Entonces, podemos hablar, por lo menos, de tres visiones de derechos humanos.

David Velazco (2014, p. 2) sostiene que existe “una visión hegemónica de corte conservador, que no sólo se impone como un aspecto fundamental de la dominación simbólica neoliberal, sino que, en la práctica, sólo reconoce los derechos liberales a la libertad, la democracia y el libre mercado, como ese pensamiento los concibe”. Otra visión correspondería a aquellas posturas que desarrollan el derecho

internacional de los derechos humanos, que parten del supuesto de un Estado que protege y garantiza derechos, muy vinculados al modelo del Estado benefactor, del Estado garantista o del Estado constitucional. Y, por último, una tercera visión, que significa la búsqueda de *otras* maneras de entender y proteger derechos humanos, representadas por los movimientos sociales antisistémicos.

De estas tres visiones, en el ámbito político es bien conocida la primera: es la política exterior de Estados Unidos, y en general de los países del Norte global, que ven en los derechos humanos el discurso legitimador de la seguridad jurídica para el libre comercio y las inversiones, para el crecimiento y dominio del capital financiero, por encima de la satisfacción de las necesidades materiales de vida de los pueblos. Por su parte, la segunda es la más conocida en el ámbito jurídico: normas e instituciones –nacionales o internacionales– que operan dentro o en estrecha relación con el Estado-nación para garantizar una serie de derechos subjetivos reconocidos como universales. Ambas tienen un mismo sustento teórico, en general, referido a la perspectiva moderna de los derechos humanos, con raíz histórica en la Ilustración y las llamadas revoluciones burguesas; a este sustento, lo podríamos llamar la “teoría tradicional” de derechos humanos (HORKHEIMER, 2003, p. 223-271).

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

Por su parte, la visión menos conocida, y que requiere una mayor reflexión, es la tercera: aquella que se genera desde subjetividades emergentes, movimientos antisistémicos, es decir, *desde abajo*. A ésta, la nombraremos como una visión liberadora de derechos humanos.

Diversos autores relacionados con los procesos liberadores de pueblos o sujetos oprimidos por las actuales estructuras de la globalización capitalista, han destacado la importancia de trascender de las visiones clásicas de derechos humanos a una compleja. Así, por ejemplo, inspirado en gran parte por la filosofía de Ellacuría, Juan Antonio Senent (2007, p. 29) afirma:

[L]a perspectiva que (...) vamos a adoptar está marcada por la búsqueda de una ‘visión compleja’ del fenómeno de los derechos humanos que reconozca la dimensión ‘procesual’ de la dinámica de los derechos humanos. Ya adelantamos que no pretendemos que darnos ni en una dimensión positiva e institucional, ni meramente axiológica, ni moral como explicación suficiente del fundamento de los derechos. Más bien *trataremos de dar cuenta de lo que está posibilitando en un sentido radical el complejo fenómeno histórico que representan los derechos humanos.*

Por su parte, David Sánchez Rubio (2010, p. 15-16) señala que ante los procesos sociopolíticos y socioeconómicos de transformación y de reestructuración del capitalismo en un contexto de globalidad, el paradigma epistemológico y racional-científico de la simplicidad y técnico-formal estatalista fracasa, mostrándose insuficiente y carente. Por lo tanto, hace un llamado a ejercitar el pensamiento complejo en el siguiente sentido:

El imaginario positivista, formal y estatalista del Derecho se derrumba con este nuevo paradigma de la complejidad. Si la simplicidad fragmenta, divide e incomunica a los saberes, (...) ahora hay que apostar por la interacción y la interdisciplinariedad de las racionalidades. No sólo se trata de abrirse a otras disciplinas y luchar contra la resistencia gremial y los celos corporativos. Los horizontes de las disciplinas deben abrirse desde su interior. Se amplía la comunicabilidad de todas las partes de lo real. No es que únicamente el Derecho se relacione con la Economía, la Ética y/o la Política, sino que al interior de lo jurídico hay elementos económicos, políticos, culturales, éticos y de género. Lo mismo sucede con el resto de ámbitos en los que se desarrollan las relaciones humanas.

Las praxis de liberación que han efectuado diversos sujetos en los últimos tiempos muestran que la manera normativista-liberal-burguesa de concebir los derechos humanos no da cuenta cabalmente de la realidad. Por eso es necesario abrirse a la complejidad, a recuperar su conexión con la realidad, y de ahí que Boaventura de Sousa Santos (2009a, p. 48) señale que actualmente “el derecho, que redujo la complejidad de la vida jurídica a la seguridad de la dogmática, redescubre el mundo filosófico y sociológico en busca de la prudencia perdida”.

Una visión liberadora de derechos humanos busca no mutilar lo humano; parte del sujeto vivo, corporal y necesitado, y lo mantiene como su punto crítico (ROSILLO, 2013). No cae en el solipsismo normativo, ni en el formalismo, sino que aborda derechos humanos desde las diversas parcelas de la realidad histórica donde inciden. Esto porque son momentos de la praxis de liberación de los seres humanos que se constituyen como sujetos en el encuentro con otros sujetos y con el mundo, en busca de producir, reproducir y desarrollar sus vidas. En efecto, su soporte se refiere a una teoría crítica; si entendemos por ella, entre otras cosas, “toda teoría

que no reduce la ‘realidad’ a lo que existe” (SANTOS, 2000, p. 23), entonces las otras visiones de los derechos humanos no pueden tener este fundamento. Su pretensión de delimitar *con precisión y con claridad* a los derechos humanos conlleva pensar la realidad sólo a lo que existe. Es decir, una visión liberadora de derechos humanos está en función de abrir el pensamiento para valorar las alternativas a lo dado empíricamente. Derechos humanos deben ser motivo, más que de conformidad con un “sistema constitucional de derechos”, de incomodidad, de inconformismo y de indignación ante las realidades que deben ser transformadas y superadas.

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

2 El común y la teoría crítica de derechos humanos

Hemos afirmado la necesidad de una teoría crítica de derechos humanos que corresponda con una visión liberadora. ¿Qué entendemos por teoría crítica de derechos humanos? Ellacuría señala que la función liberadora de la filosofía parte de la constatación de la existencia de ideologías como una de las fuerzas que empujan la historia. De ahí la necesidad de una *función crítica* y de una *capacidad creativa* de la filosofía, en uso de un *logos* histórico que va más allá del *logos* contemplativo y no se reduce a un *logos* meramente práxico. Todo esto posibilitado, en parte, por ubicar el lugar epistemológico en la lucha por la liberación realizada por los pueblos; o, a juicio de Santos, como principio básico para la construcción de la teoría crítica, se debe orientar a “maximizar la objetividad y a minimizar la neutralidad” (SANTOS, 2000, p. 33). Es decir, se entiende por teoría crítica de derechos humanos aquella que piensa desde la realidad a partir de las víctimas de los sistemas. Esto significa una comprensión de la inteligencia humana en la que la verdad no está dada, sino que se va construyendo.

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

Un punto de partida es asumir la complejidad, superando el reduccionismo que se da en la teoría tradicional que sustenta la visión liberal capitalista (el ser humano como mero individuo en busca de sus intereses, dentro de la dicotomía Estado-Mercado), y la visión normativista-axiológica (los derechos humanos como

normatividad nacional e internacional que desarrolla valores universales). Para recuperar esta complejidad, la categoría del común o el procomún puede ser útil.

2.1 El común o procomún¹

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

Las investigaciones de Ostrom contradicen uno de los dogmas de la economía convencional capitalista, que sostiene que en el mercado los individuos actúan bajo su propio egoísmo con deseos ilimitados, por lo que considerar que pueda existir la cooperación y la gratuidad en la gestión de los recursos naturales es una creencia ingenua y peligrosa. Este dogma se le ha conocido como la “tragedia de los comunes”, en referencia al artículo publicado por Garrett Hardin en 1968, donde se afirma que la degradación del ambiente se dará al final de cuentas cuando se trate de un escenario donde muchos individuos utilizan un recurso común escaso. Pone como ejemplo el caso de un pastizal abierto a todos, y sostiene que un pastor racional buscará su beneficio directo, y entonces procurará un beneficio mayor de manera directa introduciendo más animales a pastorear; al final, como los demás individuos harán lo mismo, el pastizal se terminará. Según Hardin (1968, p. 1244):

Ahí está la tragedia. Cada hombre se encuentra atrapado en un sistema que lo compele a aumentar su ganado sin ningún límite, en un mundo que

¹ Usaremos de manera indistinta el sustantivo “común” y “procomún”, pero siempre diferenciándolo del adjetivo calificativo y de la referencia a algo común. Se usa como sustantivo porque, como veremos, se refiere no tanto a un bien o un conjunto de bienes colectivos, sino a la praxis, a la acción, que genera la autogestión, el autogobierno, etc., y que crea, entonces sí, los bienes comunes.

es limitado. La ruina es el destino hacia el cual todos los hombres se precipitan, persiguiendo cada uno su propio interés en una sociedad que cree en la libertad de los bienes comunes.

La misma postura fue sostenida por diversos economistas, usando la “tragedia de los comunes” para analizar diversos problemas alrededor del mundo. Al final, sostienen que donde una gran cantidad de individuos tiene un acceso a un recurso para uso común, la extracción será mayor al nivel óptimo para su sustentabilidad (OSTROM, 1968, p. 37-38). En conclusión, la tragedia sólo puede superarse a través de una regulación externa y vertical de ese recurso, quitándole su característica de común, para hacerlo privado o público.

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

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

La transición a la Modernidad significó, en parte, un crecimiento y un aceleramiento de los procesos de *cercamiento* de lo común (primero, las tierras; luego, los conocimientos). La organización autogestionada de diversas

comunidades, principalmente campesinas² aunque también urbanas, fue atacada y destruida de manera violenta, para lograr la instauración del Estado moderno y el sistema capitalista. Lo común fue cercado, y sustituido por la lógica de la propiedad privada o de la lógica centralista del Estado y la propiedad pública. En este proceso, la persecución de las mujeres, significó también una expropiación sobre la corporalidad y la reproducción femenina (FEDERICI, 2015).

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

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

...una vez que aprendemos a identificar los comunes y a entender su dinámica, resulta evidente que la privatización y mercantilización de nuestra riqueza común es uno de los mayores escándalos de nuestra época que pasan inadvertidos y cuyos efectos perniciosos podemos encontrar en todas partes. (...) Esta práctica suele recibir el nombre de *cercamiento de lo comunal*, proceso a partir del cual las corporaciones despojan los entornos naturales de sus recursos de valor, a menudo con apoyo y autorización del gobierno, y exigen el cálculo de su valor en función de los precios de mercado.

Si bien la Modernidad se ha distinguido por cercar lo común, una gran cantidad de luchas sociales, pasadas y contemporáneas, se han caracterizado por defenderlo.

² Según Laval y Dardot (2015, p. 110): “Recordemos que por comunes se entiende de entrada el conjunto de las reglas que permitían a los campesinos de una misma comunidad el uso colectivo, regulado por la costumbre, de caminos, bosques y pastos”.

En este sentido, se habla del paradigma de lo procomún (BOLLIER, 2016, p. 177-179), que consiste tanto en procesos de resistencia –contra el cercamiento del común– como en procesos de creatividad –generación de nuevos comunes–. El resurgimiento del común se ha convertido en una práctica global, tanto porque tiene que ver con recursos, bienes, actividades y prácticas variadas, como porque han intervenido poblaciones de distintas partes del mundo.

Pero, ¿cuál es la principal contribución de esta categoría del común o procomún? Ésta consiste en diferenciar los bienes comunes, el bien común, las instituciones, de la praxis instituyente. Es decir, asumir que lo radical al hablar del común no es el recurso o el bien, o el tipo de institución o reglamentación, sino el proceso que crea el común y lo renueva constantemente. Es decir, en palabras de Laval y Dardot (2015, p. 504):

El concepto de ‘praxis instituyente’ tiene por primera función hacer inteligible una creación así: instituir nuevas reglas de derecho es, en efecto, crear una nueva institución, al menos si se entiende por “institución” el sistema de reglas surgido de la actividad instituyente y no esta actividad en sí misma.

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

El paradigma de lo procomún, cuyo punto radical se encuentra en la praxis instituyente, tiene una característica fundamental: no puede ser predeterminado en leyes universales, ni pretende proponer un modelo abstracto de gestión. Al contrario, la praxis instituyente, aunque parte de lo dado, significa la creación de instituciones que posibilitan al sujeto colectivo concreto a dar más de sí: “...lo común nunca se presenta bajo la forma de un esquema universal preparado para su uso, como una fórmula de acción que se podría trasponer a todos los dominios” (LAVAL; DARDOT, 2015, p. 511). Instituir un común es un acto de creación, pero también de resistencia ante situaciones de despojo, que se genera desde un sujeto colectivo concreto, en un contexto histórico determinado. Esto no significa

que lo común sea “una palabra goma” que pueda referirse a cualquier situación (LAVAL; DARDOT, 2015, p. 27). Al contrario, se trata de rescatar la diversidad en la unidad, la pluralidad en una universalidad analógica (BEUCHOT, 2009). En este sentido, Bollier (2016, p. 27-28) habla de principios amplios que son capaces de adaptarse a circunstancias locales:

Encarna principios amplios (la participación democrática, la transparencia, la equidad y el acceso para uso personal), pero también se manifiesta en modos sumamente idiosincráticos. Por eso me gusta comparar el procomún con el ADN. Los científicos dirán que el ADN está ingeniosamente poco especificado precisamente para que el código de la vida pueda adaptarse a las circunstancias locales. El ADN no es de carácter fijo ni determinista, es parcial y flexible, crece y se modifica.

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

2.2 Derechos humanos y el común

Una vez delineadas las principales características del común, veamos sus aportes para una teoría crítica de derechos humanos. Siguiendo lo dicho líneas arriba, debemos superar la simplificación que la teoría tradicional ha impuesto a los derechos humanos. Veamos cómo, la simplificación conlleva, irremediablemente, a la negación o al cercamiento de lo común.

Una teoría crítica de derechos humanos, decíamos, tiene como fundamento epistemológico el *logos* histórico, en palabras de Ellacuría. Un *logos* que asume como lugar epistemológico a los sujetos excluidos y explotados, y que realiza una síntesis entre la necesidad de comprensión crítica y de transformación de la realidad histórica. Esto conlleva a asumir la complejidad de derechos humanos.

La teoría tradicional de derechos humanos se inscribe, tanto en la visión neoliberal como en la normativista-axiológica, en la epistemología hegemónica de la

Modernidad, que busca ideas claras y distintas como bien describe Morin (2005, p. 29).

En este contexto, para Morin (2005, p. 21), “es complejo aquello que no puede resumirse en una palabra maestra, aquello que no puede retrotraerse a una ley, aquello que no puede reducirse a una idea simple”. De ahí que se hable de una oposición entre un pensamiento simplificador y un pensamiento complejo. Por un lado, el pensamiento simplificador busca aislar lo que separa y oculta todo lo que religa e interactúa, busca poner orden e intenta destruir el desorden. Mediante procesos de abstracción e idealización, se reduce la complejidad de la realidad, simplificándola para poder abarcarla y comprenderla. Desde este paradigma se ordena, jerarquiza y conceptualiza como medios para llegar, supuestamente, a la realidad. Son procesos útiles para desarrollar el conocimiento, pero si se desconoce qué se elimina y qué se añade, se absolutizan. El pensamiento simplificador no es capaz de concebir lo uno y lo múltiple; sus opciones se reducen a unificar abstractamente anulando la diversidad o, por el contrario, yuxtapone la diversidad sin concebir la unidad. Por su parte, el pensamiento complejo busca rendir cuenta de las articulaciones entre dominios disciplinarios quebrados por el pensamiento simplificador. Así, el pensamiento complejo busca generar un conocimiento intermultidimensional.

Durante la Modernidad, el pensamiento simplificador, al ser uno de los pilares de regulación (SANTOS, 2005), negó la diversidad de la juridicidad, en búsqueda de la seguridad y el orden que pretende otorgar la dogmática y la lógica-formal cartesiana. En cuanto a derechos humanos, el intento del pensamiento jurídico de generar un concepto o una definición expresada en una “idea clara y distinta”, más que una mejor protección a la dignidad del ser humano, ha traído como consecuencia una mutilación de la realidad y ha desconocido la materialidad de la praxis histórica donde se insertan. Ha encerrado a derechos humanos en un idealismo que desconoce diversas parcelas de la realidad y, por tanto, impone la idea por encima de los hechos.

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

derecho es que la ley no es producto de una praxis instituyente, sino de prácticas de cercamiento de lo común.

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

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

Esta simplificación a través de la abstracción, y como miedo a lo diverso y a lo múltiple, se expresa con claridad en la teoría tradicional de derechos humanos. Un ejemplo es la problematización que se lleva a cabo respecto al uso del término mismo de “derechos humanos”. Sin duda, no es fácil de definir, ni tampoco es simple y claro, pues su uso tiene que ver con diversas parcelas de la realidad humana (como es la costumbre). La pretensión del pensamiento simple es asumir esta dificultad como un aspecto negativo a eliminar, acusando a “derechos humanos” de ser un concepto ambiguo y manipulable. Por ejemplo, Manuel Atienza (1989, p. 171) señala que es un término: 1) *ambiguo*, por presentarse entre el derecho y la moral; 2) *vago* intencionalmente porque no es posible encontrar una serie de notas que definan todas las situaciones en que se habla de “derechos humanos”; y 3) afectado de una *emotividad* que en ocasiones provoca que no tenga significado descriptivo alguno. Es decir, se asume la complejidad como algo negativo que se debe eliminar a favor de la claridad y la distinción, de evitar el conflicto, a pesar que ello signifique la mutilación de la realidad; aquí se aplica la crítica que realiza Morin (2005, p. 22) al pensamiento simplificador: “La complejidad no sería algo definible de manera simple para tomar el lugar de la simplicidad. *La complejidad es una palabra problema y no una palabra solución*”. En efecto, asumir la complejidad no significa una solución o una palabra final sobre cuáles son los derechos humanos y definir su contenido exacto.

Los posibles problemas generados por la vaguedad del concepto “derechos humanos”, por su ambigüedad, o por su alta carga emotiva no se han de solucionar a través de la mutilación de la realidad, y de desconocer las praxis de liberación de los pueblos. Debemos asumir la complejidad de derechos humanos y aprender a conocerla, pues “[n]o se trata de retomar la ambición del pensamiento simple de controlar y dominar lo real. Se trata de ejercitarse en un pensamiento capaz de tratar, de dialogar, de negociar, con lo real” (MORIN, 2005, p. 22).

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

El sujeto de derechos humanos también es sometido a la simplificación. La subjetividad del pensamiento jurídico moderno ha sido la del sujeto abstracto, que no asume cabalmente al sujeto que se autogenera a partir de su praxis. En diversas doctrinas iusfilosóficas tan alejadas en otras cosas, lo subjetivo no es en referencia al sujeto como ser corporal –que requiere de bienes para producir y reproducir su vida, que se construye junto con otros, y que con su praxis responde al poder de lo real–, sino que “se predica de las ensoñaciones, preferencia, deseos, en fin, del ámbito de una fantasía que se asume como irrealidad” (SOLÓRZANO, 2002, p. 118). Por eso, emerge en estas teorías un sujeto abstracto que hace elecciones irreales, aunque las mismas teorías construyan estos sujetos abstractos partiendo del supuesto de que los sujetos corporales no pueden realizarlas a través de un juicio racional. Desde el paradigma de la simplicidad, la praxis del sujeto corporal, real y concreto para producir y reproducir su vida es declarado irracional, y se le niega su supremacía crítica a partir del cual se deberían verificar derechos humanos y el derecho en general. Se reduce a la persona a un centro de imputación de derechos y deberes; entonces los derechos no se postulan en referencia a algún sujeto vivo, ni de su praxis en la realidad, sino que se cae en un *solipsismo normativo*, donde la norma es sólo aquella definida por la misma norma. El sujeto corporal desaparece porque su praxis es compleja, y la abstracción requiere simplificarlo sea a través de una norma o de una hipótesis basada en un “velo de ignorancia”. El pensamiento abstracto mutila a la persona, al dejarlo sólo referido a la norma y definido por la norma misma.

Esta abstracción del sujeto lleva a las posturas positivistas a caer, como señalamos, en un solipsismo normativo. Todo se piensa desde el Derecho estatal, desde dentro

del sistema, y el sujeto es sólo un elemento más creado por alguna norma: la disposición que lo hace centro de imputación de derechos y obligaciones. En este sentido, estas teorías jurídicas vinculadas al solipsismo normativo no logran explicar, pues no tienen espacio para ello, fenómenos constitutivos de la complejidad de derechos humanos y a la creación de lo común: la lucha social, la resistencia a la ley para acceder a bienes que a su vez cumplen con la satisfacción de lo que se predica como derechos humanos, la emergencia de nuevos sujetos sociales, las tramas sociales y la distribución del poder, etc.

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

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

La preocupación de la ampliación del catálogo de derechos humanos, sostenida por diversos autores (LAPORTA, 1987a, p. 23-46) es propia del pensamiento simplificante, pues soslaya que esa “ampliación” es consecuencia de la complejidad de lo real que genera la constante autoconstrucción del sujeto de la praxis instituyente. Establecer un catálogo restrictivo de derechos humanos es, por lo general, producto de un pensamiento idealista, que desconoce los “nuevos derechos” (LAPORTA, 1987b, p. 74) que produce dicho sujeto colectivo; de un

pensamiento hegemónico que tiene temor a la novedad histórica; de un pensamiento que en búsqueda de seguridad y orden, opta por cercenar la realidad y desconocer los diversos reclamos y praxis que generan los pueblos a quienes se les niegan el acceso a los bienes para la producción y reproducción de su vida, para la satisfacción de sus necesidades. Que estos pueblos tengan o no el acceso a dichos bienes no está en función de la amplitud del catálogo de derechos, sino de que esos derechos respondan efectivamente a sus praxis instituyentes de liberación.

El sujeto abstracto de derechos humanos es también contradictorio con el común. Lo instituido en la Modernidad —entiéndase el Estado y el Mercado capitalista—, requieren asumir al sujeto abstracto y universal del pensamiento simplificante. Como señala Laval y Dardot, el sujeto del poder constituyente está predeterminado previamente a su ejercicio —responde, diríamos, al solipsismo normativo—, y en cambio la praxis instituyente “produce su propio sujeto en la continuidad de un ejercicio que hay que renovar sin cesar más allá del acto creador. Más exactamente, es autoproducción de un sujeto colectivo en y mediante la coproducción continuar de reglas de derecho” (LAVAL; DARDOT, 2015, p. 505). Además, también el sujeto de la racionalidad instrumental, el cual referíamos siguiendo a Hinkelammert, va contra la praxis instituyente del común; de hecho, sin duda, el dogma de la “tragedia de los comunes” hace referencia a esta concepción de sujeto calculador.

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

...hay una diferencia esencial entre dos tipos de apropiación: la apropiación-*pertenencia*, por la que una cosa llega a ser objeto de propiedad, y la apropiación-*destino*, por la que algo es adecuado a cierto fin —la satisfacción de las necesidades sociales—. Instituir lo inapropiable es sustraer algo a la apropiación-*pertenencia* para mejor realizar la apropiación-*destino*, es en suma impedirle apropiárselo, para así poder adecuarlo mejor a su destino social —por ejemplo, la tierra o las necesidades de alimento—. *Es regular su uso sin hacerse su propietario*, es decir, sin otorgarse el poder de disponer de ello como su amo. Por este motivo, aun comprendiendo que se pueda seguir hablando de “bienes comunes” como consigna de reagrupamiento para el combate, preferiremos por

nuestra parte abstenernos de hablar de “bienes”: no hay “bienes comunes”; sólo hay comunes que instituir (LAVAL; DARDOT, 2015, p. 665).

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

Si lo anterior demuestra que las visiones tradicionales de derechos humanos son incompatibles con la praxis instituyente. Entonces, ¿qué debe aportar una teoría crítica de derechos humanos para una visión liberadora que sea compatible con el común? Por supuesto, debemos partir de superar el paradigma simplificador para asumir una comprensión compleja de derechos humanos. Hay que superar las visiones neoliberales y normativistas-axiológicas que esclerotizan a los derechos humanos, al reducirlos a lo instituido. La complejidad permite recuperar la dimensión instituyente de los derechos humanos, al concebirlos como praxis procesuales, donde lo instituido es solo una parte, un complemento, para lograr construir tramas y relaciones sociales que permitan la satisfacción de las necesidades de vida de todo ser humano, en su medio natural de producción de esa vida. En este sentido, Sánchez Rubio (2018, p. 13) señala que los “derechos humanos son bienes relacionales de medios y acciones con los que se pueden satisfacer necesidades materiales y espirituales”. Por su parte, Joaquín Herrera da en un primer momento una definición abreviada: los derechos humanos “supondrían *la institución o puesta en marcha de procesos* de lucha por la dignidad”. En seguida, los define desde un plano de resistencia como “los resultados de *los procesos de lucha* antagonista que se han dado contra la expansión material y la generalización ideológica del sistema de relaciones impuesto por los procesos de acumulación del capital”. Y, por último, lo hace en un sentido creativo, como “el resultado de luchas sociales y colectivas que tienden a la construcción de espacios sociales, económicos, políticos y jurídicos que permitan el empoderamiento de todos y todas para poder luchar plural y diferenciadamente por una vida digna de ser vivida” (HERRERA FLORES, 2005, p. 246-247). Por otro lado, Antonio Salamanca (2006, p. 26) define derechos humanos como “la formulación jurídica de la obligación que tiene la comunidad de satisfacer las necesidades materiales del pueblo para producir y reproducir su vida”.

Las anteriores concepciones de derechos humanos, que recuperan su complejidad, son compatibles con la praxis instituyente de lo común. O, en otras palabras, comprenden a derechos humanos como momentos de la praxis instituyente, es decir, como elementos dinámicos que a veces pueden ser el resultado –es decir, lo *instituido*–, pero también lo que cuestiona, renueva y remueve lo instituido –es decir, lo *instituyente*–. Así, derechos humanos es momento de la praxis instituyente, pues más que referirlos a valores universales o un patrón estándar de configuración del poder político, es construcción del común, donde lo importante

“es pensarlo en relación con el movimiento de su institución” (LAVAL; DARDOT, 2015, p. 511).

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

Las entidades ‘Mercado’ y ‘Estado’, tanto en la filosofía política como en la economía clásica, fueron así consideradas como los dos polos necesarios y suficientes para el buen funcionamiento de la sociedad. La economía política de los comunes pretende, precisamente, salir de esta oposición entre Estado y mercado, tanto en el plano práctico como teórico (LAVAL; DARDOT, 2015, p. 158).

Pero la pretensión de la institucionalidad perfecta es empíricamente imposible; irremediablemente, de una u otra forma, todo sistema creará excluidos y explotados, y como sujetos conscientes y colectivos emprenderán nuevas praxis instituyentes. Por más que se argumenten las bondades de un sistema institucional de derechos humanos, reducirlos a lo instituido es perder su potencial emancipador como praxis instituyente. Es el riesgo de petrificar derechos humanos y convertirlos en herramientas de cercamiento de lo común. Señalan Laval y Dardot (2015, p. 511-512):

Los sujetos que se comprometen en una actividad no están condenados a pasar de la fusión a la petrificación, de la efervescencia a la esclerosis, si no separan la finalidad de su actividad de las relaciones que tejen entre

ellos para conducirla conjuntamente, de las formas de reflexión y de las formas de intervención sobre la institución que se dan a sí mismos, de los valores y las significaciones que, en última instancia, orientan lo que hacen juntos. La única praxis instituyente emancipadora es la que hace lo común la nueva significación del imaginario social.

Es importante tener en cuenta que es *empíricamente imposible* un sistema perfecto que no genere excluidos y explotados: “[N]o podemos tener conciencia actual de todos los Otros excluidos en el presente que serán descubierto *como excluidos* en el futuro, y que ya sufren por anticipado los acuerdos a los que lleguen” (DUSSEL, 1998, p. 413). Por eso, la praxis instituyente siempre es necesaria, pues es criticable y renovable en todo momento aquello que no permite la producción y reproducción de la vida al intentar apropiarse con dominio absoluto y vertical de lo común. Se trata de una crítica entendida como generadora de toma de conciencia de los excluidos y explotados, que se autogeneran como sujeto colectivo que realiza una praxis que les permita la creación y la novedad en la historia. En este punto, por ejemplo, Enrique Dussel recurre a los argumentos de Popper (1973) en *La miseria del historicismo*³, y señala que para que existiera un sistema perfecto se necesitaría de una inteligencia infinita a velocidad infinita para gestionarlo. Al ser esto imposible, hay de manera inevitable “víctimas”, que son las que sufren las imperfecciones, las exclusiones, los fallos, los errores, las injusticias, etc., de las instituciones empíricas no perfectas, finitas, de los sistemas realmente existentes. En este sentido, “el ‘hecho’ de que haya víctimas en todo sistema empírico categórico, y por ello la crítica es igualmente siempre necesaria” (DUSSEL, 1998, p. 369). Por su parte, Hinkelammert (2005, p. 497-498) también llama la atención del riesgo que significa pretender la creación de un sistema perfecto, que considere posible incluir todas las exigencias, satisfacer todas las necesidades, de todos los seres humanos, sin que se generen nuevas víctimas y nuevas propuestas de transformación: “En nombre del bien común se exige la transformación del sistema y, por tanto, la integración de las propuestas del bien común en el propio sistema. Como resultado, estas mismas propuestas de nuevo se pueden volcar en contra del sujeto humano, en cuanto al sistema otra vez se desarrolla en su inercia. La exigencia del bien común, entonces, tiene que cambiar”. Desde el punto de vista sociológico, y en el marco de la crítica a la Modernidad, Boaventura de Sousa Santos (2009b, p. 31) también destaca la cuestión de la existencia constante de víctimas y de la necesaria apertura a la novedad para transformar el sistema que se ha vuelto victimizador:

³ Dussel sólo utiliza el argumento sobre la imposibilidad del sistema perfecto, pero le da un uso distinto al de Popper. El mismo Dussel reconoce que utiliza una postura de un filósofo conservador pero que él la aplica desde los principios de la ética de la liberación.

El éxito de las luchas emancipatorias se mide por su capacidad para constituir una nueva relación política entre experiencias y expectativas, una relación capaz de estabilizar las expectativas a un nivel nuevo, más exigente e incluyente. Para expresarlo en otras palabras, el éxito de las luchas emancipatorias reside en su capacidad de transformarse en una nueva forma de regulación, mediante la cual el orden bueno se convierte en orden. No obstante, es típico del paradigma de la modernidad el que tales éxitos sean siempre transitorios: una vez que la nueva forma de regulación se estabiliza, nuevas aspiraciones y prácticas de oposición intentarán desestabilizarla en nombre de expectativas más exigentes e incluyentes. Así, el orden deja de coincidir con el orden bueno.

Esta necesaria apertura de la realidad histórica hacia la novedad para combatir a las instituciones excluyentes y opresoras, nos muestra que derechos humanos, entendidos como momentos de la praxis instituyente, parten de un “derecho básico”⁴: el derecho a generar derechos. Estos nuevos derechos significarán la transformación del sistema, un cambio en las tramas sociales, que posibilite la transferencia de poder con el fin de que los excluidos y explotados puedan dejar de serlo y puedan producir, reproducir y desarrollar su vida. Al oponerse estos nuevos derechos al status quo, la institucionalidad vigente reaccionará y los considerará ilegales; de una u otra forma, existirán argumentos legales para criminalizar esa generación de nuevos derechos. En este camino, progresivamente, la institucionalidad vigente comienza a perder legitimidad e irá mostrando cómo la coacción legítima se transforma en violencia:

Todo uso de la fuerza *contra los nuevos derechos*, que se van manifestando histórico-progresivamente a los propios ojos de la víctima, será ahora para ellos no ya “coacción *legítima*” sino estrictamente *violencia*: uso de la fuerza contra el derecho del otro, sin validez ni consistencia objetiva (será la fuerza destructora de la “exclusiva reproducción” del sistema vigente, pero no la reproducción y el desarrollo de la vida humana) (DUSSEL, 1998, p. 541).

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

⁴ Al decir “derecho básico” no pretendemos establecerlo como fundamento de los demás derechos o como prioritario en una escala, en una jerarquía de derechos. Lo “básico” se refiere a su estrecha conexión con la praxis de liberación: para que ésta se dé se requiere de aquél. Es decir, cuando una comunidad de víctimas, cuando un pueblo, realiza una praxis de liberación sucede que —si como praxis se ha asumido una política emancipadora de derechos humanos— se ejerce o se pretende ejercer el derecho a crear derechos. Esta es una experiencia de diversos movimientos sociales, como los movimientos indígenas en América Latina. Más adelante ampliaremos este tema al abordar la cuestión del “pluralismo jurídico”.

para conservar la paz y, paradójicamente, el disfrute de “los derechos”. Enrique Dussel (1998, p. 543) señala que “la comunidad de los que constituyen el movimiento social, que por ser ‘nuevo’ es ilegal –ya que reivindica derechos *emergentes* todavía no sancionados positivamente–, cobra mayor conciencia de la superioridad ética de su causa, y adquiere una creciente y mutua convicción de la legitimidad de su acción que consolida el autorreconocimiento de su propia dignidad y la corresponsabilidad mutua”. Estamos de acuerdo en que la oposición del sistema, que ha perdido legitimidad y utiliza la violencia contra los sujetos colectivos que realizan praxis instituyente, fortalece la superioridad ética de la causa; no obstante, este autor utiliza de manera equívoca el calificativo “no sancionados positivamente”, de tal manera que restringe el contenido de la praxis en el ámbito jurídico y el sentido de las estrategias de los sujetos colectivos.

Jurídicamente la expresión “no sancionados positivamente” significa que esos derechos no están reconocidos en ningún cuerpo legal. Afirmar que el derecho a generar derechos se reduce sólo a aquéllos no sancionados positivamente significa coartar el campo de acción de los sujetos colectivos, que pueden instituir derechos mucho más allá de la institucionalidad dada del derecho moderno-estatal. Además, implica indirectamente darle fuerza a un posible argumento desde la institucionalidad que quiere ser superada: basta una interpretación amplia, aplicando criterios instituidos, para que *todos* los derechos que puedan reconocerse *existan ya* en el ordenamiento legal. Así, por ejemplo, los derechos relacionados a un ambiente sano no tienen por qué considerarse derechos colectivos, sino que basta con interpretar y aplicar de manera amplia el derecho a la salud de cada individuo; los derechos de los pueblos indígenas no son más que los derechos civiles y políticos ya reconocidos a todo individuo, pero aplicados a individuos que se autoconsideran con esa adscripción étnica. Con esta estrategia argumentativa, lo instituido apuntala su pretensión de perfección, mientras que a las exigencias de renovación se niegan, se reprime la praxis instituyente, y se impide el paso a la novedad. En efecto, si los derechos *emergentes* son los “todavía no sancionados positivamente” se corre el riesgo de encerrar lo instituyente en la mera institucionalidad ya dada.

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

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

Desde el paradigma del procomún, los “nuevos derechos” no se refieren sólo a los derechos “no sancionados positivamente”, sino también a derechos reconocidos por el orden jurídico que no se llevan a cabo en la realidad histórica debido a otros elementos del propio orden jurídico o a las tramas de poder generadas por otros subsistemas. Generar derechos significa también generar las condiciones necesarias para ejercer “derechos” ya positivizados, es decir, de una nueva institucionalidad, de un nuevo común, pues la creación de esas condiciones significa la transformación del sistema⁵. En este sentido, el uso alternativo del derecho (DE LA TORRE RANGEL, 2006) y el positivismo de combate (DE ANDRADE, 1998) no deben entenderse como parte de los argumentos de una institucionalidad vigente de ignorar a los afectados y demostrar su perfección, sino como estrategias de la comunidad de víctimas, de sujetos colectivos, para crear “nuevos derechos” o nuevas maneras de ejercer derechos. O, en otras palabras, del ejercicio de praxis instituyentes que generan una institucionalidad diferente.

Desde una teoría crítica, que asuma su complejidad, se deben entender los derechos humanos como momentos de la praxis instituyente, en cuanto ésta se realiza por

⁵ Dussel señala que “[s]erán los mismos dominados o excluidos, las víctimas, asimétricamente situadas en la comunidad hegemónica, los encargados de construir una nueva simetría; será una nueva comunidad de comunicación consensual crítica, histórica, real” (DUSSEL, 1998, p. 215).

un sujeto colectivo que busca, al ejercer el derecho a generar derechos, subvertir la institucionalidad que le niega la satisfacción de sus necesidades, y dar paso a una nueva institucionalidad. Esto conlleva el colocar a la praxis como el hecho más radical, que antecede al estado, a la “naturaleza humana”, al mercado, o a cualquier ley universal.

3 Conclusión

Hemos insistido en que, desde la complejidad, derechos humanos se conciben como procesos donde subjetividades emergentes se empoderan para resignificar espacios que les permitan satisfacer sus necesidades para vivir con dignidad. En ese sentido, derechos humanos pueden considerarse tanto lo instituido como momentos de la praxis instituyente. La teoría tradicional ha reducido a derechos humanos tan sólo a lo instituido desde una concepción moderna del poder constituyente, del poder político y del derecho. De ahí la insuficiencia, en parte, del Estado social, pues “se dejó encerrar en un dispositivo que sólo conoce dos términos, puesto uno frente al otro: por un lado, los derechos del ciudadano; por otra parte, los Estados que supuestamente deben garantizarlos, sin tener en cuenta los medios para garantizarlos, salvo una ‘redistribución’ y una ‘solidaridad’ que algunos esperaban, en cierta época, que fuesen compatibles con el capitalismo ‘civilizado’” (LAVAL; DARDOT, 2015, p. 619). En cambio, una teoría crítica se centra en la praxis instituyente de sujetos colectivos, donde derechos humanos son momentos dinámicos que cooperan en la resignificación del imaginario social y la creación de nuevos comunes. Bollier (2016, p. 105), al abordar brevemente los derechos humanos, se acerca a lo que hemos sostenido hasta el momento:

Este es el desafío al que se enfrentan gran parte de los movimientos por los derechos humanos: a que se reconozcan la dignidad de la persona, el respeto y la reciprocidad y justicia sociales como necesidades humanas fundamentales que la ley debe proteger. Los derechos se han considerado tradicionalmente como una norma abstracta y universal impuesta de manera selectiva y según las circunstancias políticas por los Estados nación. En cambio, los comunes proponen una reformulación de los derechos humanos más local y práctica: como una herramienta para que las comunidades satisfagan sus necesidades básicas de una manera más directa y, posiblemente, más fiable.

Ahora bien, para que derechos humanos sean efectivamente una herramienta de las comunidades, o como hemos venido señalando, momentos de la praxis instituyente, requieren dejar atrás ciertas características propias de la manera en que se han institucionalizado como parte del pilar regulatorio de la Modernidad (SANTOS, 2005), y que hemos explicado al inicio de este capítulo al hablar de la

visión neoliberal y la visión normativa-axiológica. En otras palabras, para que derechos humanos y el procomún sean compatibles, y aquéllos no sean instituciones de cercamiento del común, deben repensarse algunas de sus características, que serían, por lo menos, las siguientes: Construirse desde la pluralidad cultural; asumir la posición del sujeto excluido, oprimido y victimizado; contextualizarlos en los procesos históricos; asumir la dimensión utópica; y recuperar el criterio de las necesidades.

Bibliografía

ARISTÓTELES. *La política*. Bogotá: Panamericana, 2000.

ATIENZA, Manuel. *Introducción al derecho*. Barcelona: Barcanova, 1989.

BENSAÏD, Daniel. *Contra el expolio de nuestras vidas*. Una defensa del derecho a la soberanía energética, a la vivienda y a los bienes comunes. Madrid: Errata Naturae, 2015.

BEUCHOT, Mauricio. *Tratado de hermenéutica analógica*. Hacia un nuevo modelo de la interpretación. México: UNAM-Ítaca, 2009.

BOLLIER, David. *Pensar desde los comunes*. Una breve introducción. Madrid: Sursiendo-Traficantes de sueños, 2016.

DE ANDRADE, Ledio Rosa. *O que é direito alternativo?* Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. *El derecho como arma de liberación en América Latina*. San Luis Potosí: UASLP-CENEJUS-CEDH, 2006.

DUSSEL, Enrique. *Ética de la liberación*. En la edad de la globalización y de la exclusión. Madrid: Trotta, 1998.

DUSSEL, Enrique. *Filosofía de la liberación*. Bogotá: Nueva América, 1996.

FEDERICI, Silvia. *Calibán y la bruja*. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria. Madrid: Traficantes de sueño, 2015.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, p. 1243-1248, 1968.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales*. Crítica del humanismo abstracto. Madrid: Catarata, 2005.

HINKELAMMERT, Franz. *El sujeto y la ley*. Heredia: EUNA, 2005.

HINKELAMMERT, Franz. *Yo soy, si tú eres*. El sujeto de los derechos humanos. México: Centro de Estudios Ecuménicos, 2010.

HORKHEIMER, Max. Teoría tradicional y teoría crítica. En: HORKHEIMER, Max. *Teoría crítica*. Buenos Aires: Amorrortu, 2003, p. 223-271.

LAPORTA, Francisco. Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero. *Doxa*, n. 4, p. 71-74, 1987b.

LAPORTA, Francisco. Sobre el concepto de derechos humanos. *Doxa*, n. 4, p. 23-46, 1987a.

LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. *Común*. Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI. Barcelona: Gedisa, 2015.

MORIN, Edgar. *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona: Gedisa, 2005.

OSTROM, Elinor. *El gobierno de los bienes comunes*. La evolución de las instituciones de acción colectiva. México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

ROSILLO, Alejandro. *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*. México: Ítaca, 2013.

SALAMANCA, Antonio. *El derecho a la revolución*. Iusmaterialismo para una política crítica. San Luis Potosí: UASLP-CEDH, 2006.

SÁNCHEZ RUBIO, David. Desafíos contemporáneos del derecho: diversidad, complejidad y derechos humanos. *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UASLP, San Luis Potosí, n. 17, p. 9-31, 2010.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*. México: Akal, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica de la razón indolente*. Contra el desperdicio de la experiencia. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *El milenio huérfano*. Ensayos para una nueva cultura política. Madrid: Trotta, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica*. Para un nuevo sentido común en el derecho. Madrid-Bogotá: Trotta-ILSA, 2009b.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Una epistemología del sur*. México: Siglo XXI-Clacso, 2009a.

SEMENT, Juan Antonio. *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

SOLÓRZANO, Norman. Marcos categoriales del pensamiento jurídico moderno. En: DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (coord.). *Derecho alternativo y crítica jurídica*. México: UAA-ITESO-Porrúa, 2002, p. 109-158.

VELASCO, David. *La visión hegemónica de los derechos humanos y las crisis permanentes del derecho internacional de los derechos humanos*. Guadalajara: ITESO, 2014. <https://davidvelasco.files.wordpress.com/2014/08/la->

visión-hegemónica-de-los-dh-y-las-crisis-permanentes-del-didh.pdf.
Consulta: 10 de octubre de 2019.

Sobre o autor

Alejandro Rosillo Martínez

Doctor em Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid.
Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad
Autónoma de México.