

MARCELINO ARIAS SANDÍ · LUIS ANTONIO ROMERO GARCÍA ·
MARÍA LILIA VIVEROS RAMÍREZ · IGNACIO QUEPONS ·
ADRIANA MENASSÉ · FERNANDO SANTIAGO ·
JOSÉ ENRIQUE ANGUITA OSUNA

Prólogo: Víctor González Osorno



*Filosofía, vulnerabilidad
y derechos humanos*

N NOSÓTRICA
EDICIONES



VICENTE DE LA
ESCALA

*Filosofía, vulnerabilidad
y derechos humanos*

Voces de la Educación
V́ctor Gutírrez Torres - *Editor*

Filosofía, vulnerabilidad y derechos humanos
Primera edición: agosto 2020

DR © Nosótrica Ediciones, Ciudad de México
<nosotricaediciones.com>

Diseño editorial y forros: *Patricia Reyes*
Ilustración de portada: *Patricia Reyes*

<<http://www.vocesdelaeducacion.com.mx/libros>>
<<http://www.vocesdelaeducacion.com.mx>>

ISBN: 978-607-98840-4-8

Se autoriza la reproducción total o parcial de los artículos aquí presentados, siempre y cuando se cite la fuente completa y su dirección electrónica. Esta obra está bajo una licencia CC BY-NC-SA 4.0.



Hecho en México/*Made in Mexico.*

La responsabilidad por las opiniones expresadas en los libros, artículos, estudios y otras colaboraciones incumbe exclusivamente a los autores firmantes, su publicación no necesariamente refleja los puntos de vista de Voces de la educación ni de la casa editorial.

Filosofía, vulnerabilidad y derechos humanos



COORDINADOR

Luis Antonio Romero García

AUTORES

Marcelino Arias Sandí

Luis Antonio Romero García

María Lilia Viveros Ramírez

Ignacio Quepons

Adriana Menassé

Fernando Santiago

José Enrique Anguita Osuna

PRÓLOGO

Víctor González Osorno

 NOSÓTRICA
EDICIONES



Índice

9	Prólogo <i>Víctor González Osorno</i>
17	ARTÍCULO I Conflictos e incertidumbres sobre los derechos humanos <i>Marcelino Arias Sandí, Luis Antonio Romero García</i>
33	ARTÍCULO II Vulnerabilidad, justicia y derechos humanos: un enfoque orientado hacia la experiencia <i>María Lilia Viveros Ramírez, Ignacio Quepons</i>
57	ARTÍCULO III El derecho indígena como derecho dinámico <i>Adriana Menassé, Fernando Santiago</i>
79	ARTÍCULO IV Origen y desarrollo de la protección de los derechos humanos en la Unión Europea <i>José Enrique Anguita Osuna</i>
109	Biodata

Prólogo

VÍCTOR GONZÁLEZ OSORNO

Los derechos humanos son un tema fundamental en la agenda mundial desde diferentes esferas. Su persistencia, pertinencia y urgencia tal vez se deban a ciertos fenómenos globales que tienen como denominador común el ejercicio constante y diverso de la violencia en contra tanto de individuos como de grupos. Especialmente, se ha hecho énfasis en la manera en que las instituciones ejercen la fuerza inherente al Estado para generar y mantener el orden social, creando espacios propicios para un ejercicio en el que las personas, los ciudadanos que dan sentido a esa sociedad, son reducidos a elementos conflictivos a los que hay que atender de otra manera, fuera de la legalidad.

Si bien la reducción o apaciguamiento de protestas llevó a considerar hasta dónde el Estado y sus diversas instituciones pueden o no aplicar esa fuerza, está implícito en ello cómo este tipo de violencia manifiesta el modo de ser del estado moderno, que expone a través de ella su determinación primera de cuidar u obtener el poder. Con este fin, «gobierno», «orden» y «progreso» (modernización) se han mezclado siempre en el discurso

político y se exaltan cada que aparecen cuestionamientos claros hacia las decisiones de los gobernantes que rompen con lo que ahora tenemos más claro debe ser el Estado de Derecho.

Estos enredos conceptuales de los discursos políticos ocultan el afán de poder, pero muestran sus consecuencias más graves cuando se aterrizan en operaciones concretas: por el orden se somete con exceso y se acalla; por la estabilidad del gobierno se desacredita, se encarcela, se busca la desaparición total de la amenaza; por el progreso se impone, se expropia, se lucra y empobrece. Estos excesos siempre se radicalizan cuando la división de poderes sólo es un velo muy fino y desgastado por el que la información, metas y fines son compartidos.

A nuestro parecer, estas manifestaciones de violencia se tejen con un hilo común, un fenómeno por el que es posible el paso hacia cualquier negatividad que se le pueda aplicar a los seres humanos: la despersonalización. No se trata de un fenómeno psicológico, sino de una firme neutralidad («neutro impersonal» le llama Emmanuel Levinas) que ha sido el modo más efectivo de borrar las condiciones y peculiaridades que cualquier ser humano o grupo de seres humanos manifiestan como propiedad o identidad. «Control de masas» le llaman los estadistas.

Por eso la inspiración de la proclamación de los derechos humanos no es sólo teórica, donde destaca la figura de Emmanuel Kant, sino la vivencia radical de violencia provocada por las guerras, que desataron la implementación de sistemas de nulificación de la vida humana. Esa es una latencia de los estados. Muchos pensadores, especialmente judíos (Primo Levi, Hannah Arendt, Alain Finkielkraut, Emmanuel Levinas), constatan este temor a un hecho radical que las guerras mundiales mostraron descarnadamente: el asesinato cruel de personas, su desaparición, su forzamiento hacia la nada. *Banalidad del mal* le nombró Arendt a este fenómeno de nulificación.

¿Cómo fue posible la aparición de los campos de concentración y exterminio? ¿Cómo surgió el nazismo? ¿Cómo han surgido las guerras? Tal vez una de las líneas más fuertes para explicar estos acontecimientos históricos tenga que ver con la sumisión de todas las posibilidades de la vida personal en una sola, todo lo que puede un ser humano en la interiorización y proyección de un solo poder que inhibe capacidades, aptitudes, actitudes estrictamente personales.

Como una cara de este fenómeno, decíamos, está la nulificación que los sistemas político-estatales pueden lograr. La numeración y el ordenamiento que ésta permite dio pauta al primer ejercicio de nulificación que describen con gran pesar Finkelkraut y Levinas: la sustitución del nombre propio por un número (regularmente tatuado en el brazo). Esta sustitución permite el manejo de la diversidad de personas en unidades o cuadrillas. La otra es el silencio frente a la orden dada y la ejemplaridad del sometimiento de un agente rebelde o destacado. Acompañado de esto siempre está la tipificación que determina un modo de ser que, como tal, puede señalarse y descalificarse. Esta tipificación ha tenido muchas formas históricas: lo judío, lo extranjero, lo negro, lo apátrida, lo raro, lo anormal.

Pero otro lado que puede explicarnos por qué ocurre esta violencia tiene que ver con la enajenación de la propia potestad, la sumisión de todas las posibilidades de la vida personal en una sola o en un solo poder ser, una especie de sumisión hacia un esquema externo en el que me expongo y me olvido. Esto es, que también como parte de este fenómeno de despersonalización se ha cumplido la entrega sin coerción a una norma o poder efectivo que no surge de la solidaridad primaria de un acuerdo racional, moral, incluyente y sopesado, sino de la emoción más negativa o superficial que motiva la simpatía y, después, el *decisionismo* radical fundado por la pura emoción y sin ninguna meta más que su satisfacción. En este sentido, el decisionismo

implica una despersonalización en la que cualquier ser humano puede caer para auto-anularse. Lo que significa que podemos proceder no como individuos pensantes y totalmente responsables de cada uno de nuestros actos, sino como una especie de hombres-masa (Ortega y Gasset y Elías Canetti explican muy bien este fenómeno) que ha decidido solamente seguir órdenes. El poder del nazismo fue posible por ello y los discursos de Hitler hacen notar que lo tenía muy claro, que era importante provocar este apasionamiento del pueblo.

La violencia supone, pues, el desapego a lo que muchos pensadores, y muy especialmente Emmanuel Kant, llamaron libertad humana, que genera la dimensión legal que sustenta el derecho de la persona a hacerse a sí misma (como ente racional, libre y, a la vez, moral): auto-regularse, auto-dirigirse, auto-formarse. Cuando decimos que es preocupante la escala de violencia en el mundo, estamos diciendo que hay una serie de acciones que determinan o nulifican las posibilidades de ser de una persona. Estamos hablando del secuestro, de la tortura, de la trata, de la amenaza, del sometimiento, del robo, del encarcelamiento sin pruebas, de la exclusión, de la discriminación, de la pobreza cultural y económica, entre otros.

Así, la violencia sería todo aquel fenómeno que rompe con el elemento fundamental del individuo de crear su propia vida de acuerdo con lo asumido por sí mismo, sin coacciones que redirijan o mengüen esta autonomía y rompan con su natural disposición a hacerse el bien a sí mismo y provocar el bien en los demás. Por lo menos en Kant, pero también lo fue en Descartes y después en Husserl, la razón funda nuestra autonomía e implica la elevación del ser humano hacia el ejercicio pleno de la moral, porque es una tendencia natural al bien. ¿Quién en su sano juicio (el buen sentido), decimos, querría hacer daño o mal a los demás?

Claro, la historia parece cuestionar esta idea, porque han ocurrido los peores males que se le puedan hacer a una persona. ¿Acaso la «naturaleza humana» no implica necesariamente esto que los filósofos mencionan? ¿Y si la naturaleza humana, suponiendo que la hay, fuera la recurrencia a la satisfacción de los más primitivos deseos y la tendencia clara a superponerse al otro hasta el goce de su daño?

En un primer momento, tal vez tendríamos que sugerir que este choque de ideas sobre una naturaleza humana (de si nos determina positiva o negativamente, si es buena o mala) nos pone sobre la mesa la reflexión sobre si es necesario, mejor o sugerente tratar de inhibir cualquier principio que permita que ocurra un mal a cualquiera, principalmente a mí. Es decir, que ante esta especie de dicotomía conceptual, tendríamos que posicionarnos qué efectos serían incluso más deseables forzar para nuestra vida particular y social, una vez que los ejemplos históricos dan bastante luz. Pero también, podríamos sugerir indagar cómo y por qué se dan estos fenómenos contrarios a la razón que la historia nos muestra. Tal vez encontremos no una determinación natural negativa o malvada, sino un sentido común o buen sentido *enfermo* o un «cansancio de la razón».

En un segundo momento, si no hubiera una naturaleza que determinada la vida e historia de los seres humanos, lo humano tendría que proyectarse necesariamente esquemas de vida hacia lo mejor o conveniente, que tal vez parta de la necesidad de evitar todo aquello que lacera o amenaza su de por sí vulnerable presencia en el mundo.

A nuestro parecer, de esto se trata el asunto de los derechos humanos: de la vulnerabilidad que gobierna nuestra finita existencia y de las posibilidades de que sea explotada por quien se ha recubierto de capas de egoísmo, indiferencia y poder. Sea el Estado y sus instituciones u otro ser humano. Finitud y vulne-

rabilidad que manifiestan a un ente no objetivable y moldeable a nuestro querer y poder; infinitamente lejano a nuestras aprehensiones y determinaciones, pero susceptible de ellas. Un ser finito por su vulnerabilidad, porque puedo causarle mal, pero infinito porque no lo alcanzo a definir ni con su desaparición. Vulnerable por su finitud, porque puedo provocarle la muerte con muchos de mis actos, pero fuerte por su manifestación ante mí, que me exige un reconocimiento que lo hace digno por sí y valorable.

* * * * *

Si bien cada vez hay más reconocimiento general de los derechos del otro, estos siguen siendo cuestionados, sobre todo cuando se pone atención a sus bases fundamentales, a la generalidad de ciertos conceptos y al fondo filosófico que parece determinarlos. Pero es especialmente problemático y un tema abierto la puesta en práctica de estos derechos y su desarrollo en cada país.

Estos dos ejes de reflexión son lo que están permeando especialmente los textos que se presentan a continuación. Desde diferentes aristas pero con un enfoque crítico, los investigadores aquí reunidos se cuestionan los alcances reales y los matices conceptuales que habría que tomar en cuenta para hablar de y repensar los derechos humanos.

Confluyen en este libro la reflexión histórica, la hermenéutica, la fenomenológica, la jurídica que pretenden poner una pausa para evitar la ingenuidad que nos indica que los derechos fundamentales del hombre son algo acabado y que ya no requiere atención alguna. Para ello todos ejercen el poder de la pregunta que quiere exponer aquello que damos por hecho y queda implícito como un prejuicio que después juega en nuestra contra.

Tematizar los derechos humanos como estos textos lo hacen es atender a la posibilidad latente de naturalizar un ejercicio no pleno de estos y su defensa. Es cuestionar la normalización que siempre puede dañar los objetivos de estos derechos y su manifestación universal. Así, los autores lanzan una invitación a no obviar que la defensa de los derechos humanos es una tarea inacabada, perfeccionable, que no puede ser cooptada y dominada por segundas intenciones.

ARTÍCULO I

Conflictos e incertidumbres sobre los derechos humanos

MARCELINO ARIAS SANDÍ
LUIS ANTONIO ROMERO GARCÍA

*En efecto, dijeron ellos, estamos de acuerdo
tocante a estos derechos, pero con la condición de
que no se nos pregunte el porqué. En el 'porqué' es
donde empieza la disputa.*

Jaques Maritain

Los Derechos Humanos son un campo establecido y, al mismo tiempo, abierto. Además de su historia, de la cual hay diversas versiones que remiten su origen a distintos periodos temporales, es un hecho que su confirmación política tuvo lugar con la declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en su resolución 217 A, conocida como *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Desde que se iniciaron los trabajos para la creación de este documento, se abrió un campo de debate que ha llegado hasta nuestros días. Sin embargo, el propio sentido, complejidad y contenido de lo que se discute en él, no está claramente definido, y quizá, tal indefinición sea uno de sus rasgos característicos.

El propósito de este trabajo no es participar en el debate tal como se desarrolla actualmente, sino revisar las preguntas que orientan tal desarrollo. Se trata de comprender las pre-

guntas; ver desde dónde se plantean, quién las formula, cuál es la dirección que abren para las respuestas, saber los rasgos que es conveniente que tenga la respuesta, examinar qué se espera hacer con lo alcanzado al preguntar y responder, establecer a quién o a qué formulamos la pregunta, cómo se establece la interlocución. Propiamente se trata de ganar el horizonte del preguntar sobre los Derechos Humanos. No se trata simplemente de hacer un listado de preguntas y responderlas, sino más bien, ver cómo el juego de preguntas y respuestas nos va guiando hacia lo preguntado. Esto nos permitirá determinar si la reflexión filosófica aún puede cumplir un papel importante en el ámbito de los derechos humanos y de ser así, cuál sería éste.

¿De dónde surgen las preguntas sobre los derechos humanos? Pensemos, para iniciar, en la paradójica situación de su certeza e incertidumbre simultáneas. Tenemos la certeza de que están plasmados en una declaración de la ONU, de que existen tratados, pactos y convenios internacionales que al ser firmados y ratificados por decenas de países se han incorporado de diversos modos a sus legislaciones nacionales. A nivel local, regional, nacional e internacional han surgido múltiples organizaciones civiles dedicadas a la promoción, defensa y vigilancia de su cumplimiento, y se han creado organismos supranacionales de derechos humanos en Europa, América y África, cuyas resoluciones son vinculantes para los países miembros. Diversos conflictos, tanto nacionales como internacionales han sido resueltos con fundamento en estos derechos y los gobiernos han implementado proyectos y programas para lograr una efectiva cultura de derechos humanos, tanto en la operación de sus diversas instituciones como en la vida cotidiana de la ciudadanía, misma que reclama y apoya sus demandas en múltiples ámbitos apelando a ellos, de modo que se han establecido como una política pública.

En el ámbito académico, los derechos humanos han dado lugar a la creación de centros, institutos y cuerpos académicos dedicados su investigación y estudio. Las cátedras sobre el tema se multiplican en los programas educativos y en cátedras extraordinarias sobre el tema. En una rápida consulta en red al teclear “Derechos Humanos” aparecen cerca de 335 millones de resultados, de los cuales, muchos remiten a libros y artículos académicos sobre el tema.

Además, los estudios sobre el tema se hacen desde los más diversos campos disciplinarios, Filosofía, Derecho, Sociología, Antropología, Ciencias Políticas, Economía, etc. a lo que habría que agregar los enfoques multi, inter, transdisciplinarios y de género. Esto pensando en las áreas de Humanidades y Ciencias Sociales, pero existen otros campos de conocimiento en los que de una o de otra manera vemos aparecer artículos al respecto. Así, tenemos la certeza de que los Derechos Humanos son un campo establecido en el mundo académico.

Aceptemos por el momento estos tres ámbitos de certeza (legal, político, académico) de la presencia y realidad de los derechos humanos. Paradójicamente es justo en estos tres ámbitos de certeza donde se presenta la incertidumbre. En el ámbito jurídico, algunos conceptos como el de libertad o dignidad resultan vagos, problemáticos, se interpretan de formas tan distintas que pueden resultar incompatibles entre ellas, y este hecho repercute en la *praxis*, por lo que siguen siendo objeto de debates. En el ámbito político, los derechos humanos no gozan de una aceptación universal, pues no ha sido posible crear organismos oficiales en Asia ni en los países árabes, y paradójicamente, en los Estados Unidos, principal impulsor de la declaración de 1948 y miembro permanente de la Comisión de Seguridad de la ONU, tampoco existe un organismo específico de los Derechos Humanos, más aún, no es miembro de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. Si bien

se habla de derechos fundamentales o inalienables al interior del país, no se habla de Derechos Humanos en el sentido al que hemos aludido, aunque suelen citarse para referirse a otros países. Finalmente, el ámbito académico es uno de los campos de batalla donde tienen lugar muchas de las discusiones sobre los dos ámbitos anteriores. Veamos con mayor las áreas de incertidumbre

Debates conceptuales sobre los fundamentos de los derechos humanos

En primer término, hay temas identificables como recurrentes en la mayoría de los debates, mismos que se definen por el mismo nombre de la declaración de 1948, es decir, al incluir el término “universal” inmediatamente se abrió el debate sobre en qué sentido y qué tan universales son estos derechos. Por otra parte, la redacción y sentido de algunos artículos conllevan a discusiones similares; un ejemplo paradigmático de ello es el artículo 1 de la declaración, el cual establece un piso común para gran parte de lo que hoy se discute. En este primer artículo, que más que un derecho tiene la apariencia de una declaración sobre la naturaleza de los seres humanos, se sostiene que:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”

Debido a las diversas posturas filosóficas, formaciones cosmovisiones, creencias y horizontes, de los representantes de los países que intervinieron en el proceso de redacción de la Declaración de 1948, el sentido de este artículo despertó varias discusiones y sufrió modificaciones. En un borrador preliminar de la Declaración de 1948, este artículo incluía la expresión “por naturaleza”, de modo que el artículo rezaba: “...Dotados

como están, por naturaleza de razón y conciencia...”, sin embargo, no hubo un acuerdo entre los redactores sobre la noción de naturaleza a la que se refería este texto, si era netamente materialista-biológica o divina. Debido a la falta de acuerdo sobre el significado y sustento filosófico de la expresión y a que ambas opciones tenían implicaciones poco favorables para lo que el documento pretendía, el comité decidió no incluirla en la versión final.

La discusión en torno a primer artículo no sólo versó sobre los conceptos, sino incluso sobre el verbo “nacer”, mismo que también estuvo a punto de ser eliminado de la versión final, pues uno de los debates se suscitó al respecto fue el de determinar cuándo iniciaba la vida humana, también se la expresión podría implicar que el hombre contaba con los atributos de libertad, igualdad y dignidad desde el nacimiento, pero que se podían perder durante la vida, por lo que se sugirió eliminar el verbo. Sin embargo, se determinó que asumir que los hombres “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, podía ayudar a hacer frente a la esclavitud hereditaria, común en ciertas regiones del mundo. Esta clase de discusiones que entretrejan, por un lado, las fundamentaciones filosóficas que aludían a la naturaleza humana tal como era concebida en los distintos horizontes de los participantes en la redacción, y por otro, la intención de lograr un consenso en torno a la búsqueda de objetivos e ideales compartidos.

Paradójicamente, a pesar de que el sentido y significado de estos conceptos aún se discuten dentro y fuera del ámbito jurídico, tal y como está redactado, a pesar de la vaguedad de los conceptos y de la falta de acuerdos totales sobre el significado e implicaciones de los mismos, el artículo primero ha sido una referencia muy útil para la formulación de tratados, convenios, pactos, leyes, acuerdos y políticas específicas, e incluso para resolver asuntos concretos.

Controversias políticas en torno a los derechos humanos

Además de la incertidumbre que generan los debates conceptuales sobre algunos conceptos nodales en el discurso de los derechos humanos, que como ya hemos señalado, repercuten en la *praxis* jurídica, existe una incertidumbre relativa al carácter universal y a la posibilidad de universalización de los mismos. Cada vez más comunes las voces de pensadores que señalan que los derechos humanos son un discurso producto de una visión particular y contextualmente situada del mundo, que se pretende universalizar, y que de hecho se han convertido en un útil y poderoso instrumento de dominación hegemónica, que no sólo le ha permitido a Occidente extender sus valores por el mundo como únicos y verdaderos, invisibilizando y anulando otras formas de ver el mundo (De Sousa, 1998), que estos valores facultan a los países que los promueven para luchar en contra de quienes se encuentran en el error y detentan el poder (Žižek, 2005) y se han convertido el sustituto de la evangelización y de su correlativo secular, la civilización, como pretexto para intervenir en diversas zonas del mundo (Wallerstein, 2007). Para quienes asumen que estos derechos son un instrumento de dominación, violenta o sutil, no es una casualidad los DESC, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sean los más defendidos en el presente.

Por otro lado, el discurso de los derechos humanos no sólo no ha sido capaz de permear con efectividad en Asia, sino que ha sido abierta y frontalmente rechazado en esta región del mundo que concentra más del 60% de la población del planeta, el 42% del PIB mundial, y una parte significativa de la actividad comercial global; el rechazo a los derechos humanos en esta zona es explícito y estructurado, de hecho, en los años noventa del siglo pasado se empezó a gestar el llamado *Discurso de los Valores Asiáticos*, como un contra propuesta estructurada que

cuestiona los valores presuntamente universales que sustentan a los derechos humanos, al tiempo que reafirma los valores de Asia como una alternativa viable no sólo para los países de ese continente, sino para el resto del mundo.

En el caso concreto de los Países Árabes, el discurso de los derechos humanos tampoco ha tenido aceptación debido las discrepancias en los valores, creencias y costumbres del mundo musulmán con occidente. Asia y los países árabes, no cuentan con un documento regional de derechos humanos avalado por la comunidad internacional, y mucho menos con cortes o tribunales internacionales que garanticen su protección.

Una de las razones que a las que frecuentemente recurren los países que no se han adherido a los múltiples tratados, pactos y convenios internacionales en materia de derechos humanos, tiene que ver con la doble moral de Estados Unidos de Norte América.

Recientemente, China publicó un informe sobre el estado de los derechos humanos en Estados Unidos, en el que se señalan diversas violaciones a estos por parte del país del norte. Es paradójico que un país que no acepta visitas de las comisiones de Derechos Humanos emita un dictamen sobre otro país que dice defenderlos en todo el mundo pero que tampoco acepta visitas de revisión sobre los Derechos Humanos. El prólogo del informe chino titulado *Registro de derechos humanos de Estados Unidos en 2018*, inicia diciendo:

El 13 de marzo, hora local, el Departamento de Estado de Estados Unidos publicó sus informes por países sobre las prácticas en materia de derechos humanos, y continuó señalando y difamando acerca de la situación de los derechos humanos en más de 190 países, mientras ignora ciegamente sus propios problemas graves al respecto. Si uno examina la situación de los derechos humanos en Estados Unidos en 2018,

no le será difícil encontrar que el gobierno de Estados Unidos, autonominado “defensor de los derechos humanos”, todavía mantiene un registro deficiente y deslucido, y que es obvia la doble vara de medir en lo relativo a los derechos humanos.

El documento exhibe múltiples violaciones a los derechos humanos y civiles dentro del territorio estadounidense, con acciones como la vigilancia por Internet y la separación de más de 2,000 niños inmigrantes de sus familias; también señala la prevalencia de la política del dinero, así como las violaciones a los derechos humanos hacia el exterior, causadas por la política unilateral “Estados Unidos primero”.

En este caso especial, más allá de los señalamientos mutuos entre estos países, resulta interesante abrir el campo para el preguntar por los motivos de los debates e indagaciones sobre los Derechos Humanos. Tal parece que las acusaciones mutuas entre estos países se orientan por el incumplimiento del respeto a los derechos humanos. Aquí resalta que cuando se reclama el incumplimiento, de algún modo tácito se está aceptando la vigencia de tales derechos. Y se dice tácito porque ninguno de los dos países son signatarios de la Carta de la ONU. En tal caso se puede preguntar si tienen motivos genuinos para la defensa de los derechos humanos o se trata de su utilización para prolongar en otro campo sus pugnas políticas y de poder. Lo que llevaría a pensar que los derechos humanos pueden ser utilizados como herramienta para otros fines distintos a los establecidos por la ONU. Pero como se señaló anteriormente, lo interesante es abrir la pregunta por los motivos de los debates sobre los Derechos Humanos.

Las controversias propias del enfrentamiento de diversas creencias, valores y formas de concebir la naturaleza humana, la pugna de intereses políticos, y el hecho de que los derechos humanos hayan sido utilizados como instrumentos para

conseguir ciertos fines, entre otras razones, han dificultado el alcance y la pretendida validez universal de los mismos. En este sentido cabe preguntarse si existe otra forma de justificar de manera racional y efectiva a los derechos humanos.

El rechazo frontal a los derechos humanos en buena parte del mundo asiático y árabe, y la aparición de discursos críticos de su universalidad en la posmodernidad, han llevado la discusión al ámbito pragmático y político y a temas relacionados con la hermenéutica, el decolonialismo, el multiculturalismo, el lenguaje y la retórica, por citar algunos, asuntos que no son ajenos a la Filosofía.

La Filosofía ante los derechos humanos

El papel de la Filosofía en el debate contemporáneo sobre derechos humanos tiene una doble dimensión, pues por un lado, no deja de ser relevante en la clarificación de algunos conceptos que aunque ya han sido positivizados, resultan vagos y oscuros, situación, que como hemos mencionado, afecta el ámbito práctico jurídico, y por otro, puede incidir y aportar en el tema del logro de consensos.

Dependiendo del ámbito donde surge la pregunta por estos derechos van apareciendo diversos perfiles de aquellos que preguntan. Quizá un motivo común a la mayoría sea cumplir con el párrafo final del preámbulo de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, a saber:

La Asamblea General:

Proclama la presente Declaración Universal de los Derechos Humanos como *ideal común* por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos

como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Es muy llamativa la expresión “ideal común” en tanto es algo previo al modo en que se plasma en el derecho positivo, aquí la fuerza está centrada en el *ideal común*. ¿Será posible que todos los participantes en los debates sobre los Derechos Humanos estén motivados por lograr este *ideal común*? El asunto de principio se bifurca entre tener un contenido común de ese ideal, y la realización común de ese ideal. Podría pensarse que muchos de los participantes están preocupados por la primera rama de la bifurcación, mientras otros más están dedicados a la segunda. Más aún, cabría preguntarse si ¿es posible la realización del ideal común sin un contenido común de ese ideal?

El párrafo referido del preámbulo parece enfocarse preferentemente por la segunda rama, dando por entendido que el contenido de la Declaración ya es un *ideal común*. Un buen ejemplo de lo que significa esta línea de acción lo encontramos cuando Norberto Bobbio señaló a finales del siglo xx que: “...el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político.” (Bobbio, 1991: 61)

Desde la perspectiva del jurista italiano, la reflexión teórica filosófica en relación con la fundamentación última de los derechos humanos carece de sentido y resulta inútil, pues lo que verdaderamente importa es buscar los mecanismos para que dichos derechos dejen de ser violentados. Con base en

ello, podría llegarse a pensar que el campo de batalla no es la Filosofía, sino la Política y el ámbito jurídico, así, sostiene que:

El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados (Bobbio, 1991: 64)

Es evidente que propone una clausura de los problemas filosóficos sobre los derechos humanos, es decir de las discusiones sobre el contenido del *ideal común* al que alude el preámbulo, pues asume se agotaron en el momento en el que los derechos fueron promulgados, dejando atrás la añeja disputa entre las diversas versiones del iusnaturalismo y el iuspositivismo, para llevar la discusión a terrenos políticos y pragmáticos, donde los temas que interesan son únicamente aquellos cuya solución resulta realmente útil para la práctica, es decir para la exigibilidad y justiciabilidad de este tipo de derechos.

Sin embargo, este giro en la forma de concebir los Derechos Humanos no ha logrado desplazar, y mucho menos anular, la importancia y necesidad de la reflexión filosófica sobre el tema por diversas razones, pues quienes defienden la necesidad de reflexionar sobre lo común del ideal, que normalmente se enfoca como un asunto filosófico, presentan argumentos que insisten en que en primera instancia es necesario señalar que ni la política, ni la dimensión pragmática son campos que escapen a la reflexión filosófica, por lo que renunciar a la búsqueda de una fundamentación de los contenidos de los Derechos Humanos, significaría renunciar sólo a un enfoque filosófico específico del problema y no a la Filosofía por completo. No se

puede simplemente ignorar que el consenso universal es aún un asunto pendiente que se encuentra lejos de ser resuelto, y que los asuntos políticos, pragmáticos, dialógicos y decoloniales, que esto implica no son ajenos a la Filosofía. De esto se sigue que renunciar los temas relativos a la fundamentación racional del ideal común, no significa necesariamente que la Filosofía haya perdido relevancia en los campos de debates sobre los derechos humanos.

Una pregunta pertinente en este sentido sería ¿de qué forma puede afrontarse el problema de la falta de aceptación y la validez internacional de los mismos? De aquí se desprenden nuevas preguntas más que una respuesta clara. Si reconocemos que actualmente la Declaración de la ONU ha sido aplicada por la mayoría de los 193 países miembros a través de alguno de los convenios y tratados internacionales derivados de la Declaración, el problema se traslada hacia el alcance de esa aceptación y los modos de ampliarla a través de la adhesión de más países a cada uno de esos tratados, eso haría más cercana la anhelada universalidad.

Como ya se mencionó anteriormente una de las posibles razones para la no adhesión han sido las diferencias culturales que enfatizan sobre el carácter “occidental” de los Derechos Humanos. Este es un espacio en el que las diferencias filosóficas serían mayores y difícilmente superables. Incluso en los debates filosóficos occidentales es muy poco probable que se pueda llegar a un acuerdo “universal” sobre los Derechos Humanos. En esta ruta se llega a la pregunta acerca de ¿cuáles serían los criterios pertinentes que se deben cumplir para llegar a un acuerdo filosófico? Y en el caso de que se llegara a un acuerdo al respecto ¿cómo se concibe su impacto sobre la realización y cumplimiento efectivo de los Derechos Humanos?, ¿Un acuerdo previo sobre lo “universal” de los Derechos Humanos entre los “occidentales” sería requisito para llegar al

dialogo con “otras” culturas? El problema no son solo los “otros” sino también el “nosotros”. Si la vía de solución se elige desde una perspectiva pragmática entonces la universalidad no sería un problema, bastaría con solucionar problemas puntuales y comunes. Pero la vía pragmática es poco apreciada en la mayoría de los debates sobre los “fundamentos” de los Derechos Humanos. Esta vía cierra un problema pero abre el campo a problemas propios y complejos del pragmatismo.

Es un hecho que el aceptar y signar tratados, esto parecería indicar una aceptación de la validez y legitimidad de los Derechos Humanos, no conlleva a su respeto. Cuando se ve que los estados incumplen sus obligaciones respecto a los Derechos Humanos parece que sus declaraciones a favor de estos Derechos tienen un interés político de control y gobierno más que de realización de un *ideal común*. Veíamos con anterioridad cómo China y USA suelen utilizar los Derechos Humanos como arma política y no como objetivo de sus políticas internas, más aún, no son los únicos

Regresando al párrafo final del preámbulo de la Declaración de la ONU: “...como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las *instituciones*, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por *medidas progresivas* de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos...”, parece que la *inspiración* no ha llegado plenamente a los gobiernos. Así, si encontrar un sentido compartido y un “fundamento” aceptable del ideal común de los Derechos Humanos es un problema filosófico en un sentido, la aplicación universal y efectiva es un problema político, un problema mayor, que sin embargo no debe prescindir de elementos racionales. No se puede simplemente renunciar a toda forma de justificación racional de los

Derechos Humanos, pues los efectos de esto serían altamente nocivos; no podemos simplemente asumir que los derechos humanos son producto del azar y la irracionalidad absoluta, porque el discurso carecería de sentido y de fuerza retórica para su aceptación, sobre todo en aquellas regiones del mundo con culturas no occidentales.

Sin embargo, para quienes asumen un “fundamento” como un elemento central de convencimiento y obligatoriedad, el que los derechos humanos sean utilizados como instrumentos para ciertos intereses y no como fines en sí mismos, y que su aceptación por parte de los países no garantice su protección eficaz, debería dar qué pensar. Pero por otra parte, esto no exime de problemas a los que solo se preocupan por el cumplimiento de los derechos humanos, dejando de lado el fundamento, pues ¿cómo sería posible cumplirlos si no son considerados al menos como un *ideal común*? Parece que en ciertos momentos de la reflexión sobre los derechos humanos nos encontramos como San Agustín con el tiempo, todos los conocemos y sin embargo no podemos decir qué son realmente.

Si de algún modo es más fácil entender que en los países con regímenes totalitarios no se dé una vocación del régimen por promover y respetar los derechos humanos, resulta difícil aceptar que en las sociedades democráticas también sea un problema continuo y mayor el respeto a los Derechos Humanos. ¿Por qué en las sociedades democráticas no es un modo común de gobierno el respeto a los Derechos Humanos? Es una pregunta que debería orientar muchos de los debates actuales. Parece que en las sociedades democráticas no se ha logrado que mediante la enseñanza y la educación, se promueva el respeto a estos derechos y libertades.

Bibliografía

- AGUILO Bonet, Anthony, “Los Derechos Humanos como campo de luchas por la diversidad humana: Un análisis desde la sociología crítica de Boaventura de Sousa Santos.”, *Universitas Humanística*, número 68, 2009, Bogotá Colombia, pp. 179-205.
- ANDORNO, Roberto, “Human Dignity and Human Rights as a common Ground for a Global Bioethics,” en *Journal of Medicine and Philosophy*, Oxford University press : 34, 2009, pp. 223 – 240.
- BARRETO, José Manuel, “Epistemologies of the South and Human Rights: Santos and the Quest for Global and Cognitive Justice”, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 21 número 2, 2014.
- BOBBIO, Norberto “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en *El tiempo de los derechos*, (Traducción de Rafael de Asis Roig), Madrid, Sistema, 1991, págs 53-62
- BOBBIO, Norberto “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *El tiempo de los derechos*, (cit.), págs.. 63-84
- DE Sousa Boaventura, “Crítica de la razón indolente”, Editorial Desclée de Brouwer, España 2003.
- DE Sousa Boaventura, “De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad”, Editorial Sigo del Hombre, Bogotá Colombia, 1998.
- GANDARA, M., “En torno al intento de fundamentar los derechos humanos” en *LÓGOI, Revista de Filosofía*, número 12, Julio-Diciembre, 2007, pp. 53-65
- HABERMAS, Jürgen, “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en *Diánoia*, vol. LV, número 64, Mayo 2010, pp. 3-25.

- MARZOUKI Nadia, “The Call for Dignity, or a Particular Universalism”, en *Middle East Law and Governance*, Florencia, 2011, pp. 148-158.
- PALLARES Yabur, Pedro, “La justificación racional de los derechos humanos en los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en *Persona y Derecho*, Vol. 68, 2013, pp. 139-158.
- RORTY, Richard, “Human rights, rationality and sentimentality”, *Moral Progress*, 167-185
- WALLERSTEIN, Immanuel, “Universalismo Europeo”, Siglo XXI, Buenos Aires Argentina, 2007
- ŽIŽEK, Slavoj “Against Human Rights”, *Left Review*, número 34, p. 115-131

ARTÍCULO II

Vulnerabilidad, justicia y derechos humanos: un enfoque orientado hacia la experiencia

MARÍA LILIA VIVEROS RAMÍREZ
IGNACIO QUEPONS

*Es la debilidad del hombre la que lo hace sociable;
son nuestras miserias comunes las que llevan
nuestros corazones a la humanidad*

J.J. Rousseau

Resumen

En este escrito reflexionamos sobre el sentido de la vulnerabilidad y su conexión con la teoría del valor y de la justicia propuesta por Luis Villoro. Lo que pretendemos mostrar a partir de la propuesta fenomenológica de este autor es la relevancia que guarda la experiencia como fuente de sentido para la formación del discurso normativo desde el que se reconceptualizan los derechos humanos. Con ello, pensamos que se puede tratar de manera crítica la condición de vulnerabilidad y la exclusión. Es decir, una vez que el artículo 8 de la *Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos* (UNESCO, 2005) habla de la vulnerabilidad humana y la integridad personal pero sin una definición explícita, se hace relevante poner atención a este tema. Pensamos que el estudio de la vulnerabilidad es primordial por los alcances de la universalidad de los derechos humanos y la legitimidad de quienes los claman por estar en una condición social diferenciada.

1 Introducción

La consideración de la vulnerabilidad constituye uno de los retos más importantes para alcanzar el pleno reconocimiento y adecuada comprensión del sentido de los derechos humanos. En los últimos años ha crecido el interés por asumir el reto de pensar la vulnerabilidad y su relación con el discurso sobre los derechos humanos (Turner 2006) y particularmente en torno a la dignidad humana (Masferrer & García-Sánchez 2016). Como señala con acierto Manuel Gándara Carballido “buena parte de las prácticas y lógicas claramente violatorias de la dignidad de las personas no son identificadas en los discursos oficiales como una violación de los derechos. Todo ello obliga a no pocos actores sociales bien a tomar distancia de los derechos humanos como referente para sus luchas, o bien intentar una reformulación de su concepto de manera que pueda ser reapropiado por los sectores vulnerabilizados de nuestra sociedad” (Gándara-Carballido, 2019:14). Esto se traduce en la necesidad de redefinir y reorientar el discurso en torno a los derechos humanos en relación con la condición de vulnerabilidad y la exclusión.

En la 33va sesión del Congreso General de la UNESCO, 19 de octubre 2005, fue adoptada la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos (UNESCO, 2005). Con los antecedentes del así llamado Informe Belmont, esta declaración constituye una de los primeros documentos regulatorios sobre la relación entre bioética y derechos humanos. El artículo 8 de la declaración se refiere de forma explícita a la vulnerabilidad humana y la integridad personal. “In applying and advancing scientific knowledge, medical practice and associated technol-

ogies, human vulnerability should be taken into account. Individuals and groups of special vulnerability should be protected and the personal integrity of such individuals respected”. Sin embargo, como señala con acierto Solbakk “la declaración no incluye una definición explícita de lo que hay que entender por “vulnerabilidad” o por “vulnerabilidad humana”. (Solbakk, 2011:228). La vulnerabilidad, como principio en los derechos humanos, se relaciona con la autonomía y la dignidad, pero está bajo amenaza, por un lado, por la variedad de nociones involucradas en las discusiones sobre cómo entenderla, y sobre todo, por cómo se conecta con el sentido de la justicia y, en general, de la normatividad.

Uno de los temas por los cuales es relevante el estudio de la vulnerabilidad es el de los alcances de la universalidad de los derechos humanos y la legitimidad del clamor de aquellos que reclaman atención por estar en una condición social diferenciada. Así, en primera instancia el problema de los derechos humanos y la vulnerabilidad pone en entredicho un supuesto más elemental que subyace a la idea de derechos humanos que es precisamente la definición misma de justicia.

En las siguientes páginas presentaremos el recorrido preliminar de una reflexión en torno al sentido de la vulnerabilidad y su conexión con una interpretación fenomenológica de la teoría del valor y la justicia en el pensamiento filosófico de Luis Villoro. Con ello, y con base en los resultados del análisis, sugeriremos la relevancia de considerar un enfoque orientado hacia la experiencia como fuente de sentido para la formación del discurso normativo en relación con las discusiones sobre la reconceptualización de los derechos humanos desde una perspectiva crítica.

2 Teoría mínima de la vulnerabilidad humana como fuente de orientación normativa

Vulnerabilidad no es fragilidad. Cualquier asociación entre vulnerabilidad y fragilidad sólo puede enunciar un sentido metafórico de cualquiera de las dos. Ser vulnerable no es ser susceptible a la ruptura o eventual destrucción, como es el caso de casi cualquier objeto meramente físico en su interacción de fuerzas con otros objetos, sino ser susceptible de daño en un sentido más específico, irreductible a la causalidad de las fuerzas de la naturaleza: ser herido. (Cfr. Levinas, 1974:123ss.). Es la herida la que permite transitar sin excesivas mediaciones, en un solo sentido, entre la laceración y la humillación, de la vulnerabilidad corporal a la vulnerabilidad moral. La vulnerabilidad es específica de los sentientes y es en relación con la afectividad sensible que el predicado vulnerable adquiere su significación propia.

Sin embargo, difícilmente podríamos darnos cuenta de nuestra propia vulnerabilidad sino es, en principio, en la compleja relación que guardamos con nuestro propio cuerpo. El cuerpo vivo es indisociable del más primitivo sentido de agenciamiento voluntario: el movimiento. La capacidad de desplazamiento es en principio es el desplazamiento de mi propio cuerpo por mis propios medios, todo lo demás es una extensión de ese sentido originario de movimiento. Así, si la corporalidad viva constituye un campo práctico de intenciones de movimiento motivado por metas más o menos inmediatas, es también por el cuerpo que la intención primitiva de movimiento, acaso la más primitiva capacidad de la subjetividad, confronta con su propia limitación, eventualmente violenta. Nuestro cuerpo nos manifiesta ante los demás y ante nosotros mismos en una dimensión de exterioridad irreductible de la que no podemos desprendernos. Habitamos de forma irreme-

diable nuestra piel y nuestros músculos y huesos soportan cada uno de nuestros movimientos; cada sensación exhibe de forma más o menos explícita al cuerpo propio: en la exhibición sensible del mundo (nos) sentimos, y en tal exhibición comparecemos no como espectadores sino como agentes involucrados, susceptibles de ser afectados por el entorno, muchas veces, de formas desafortunadas o siniestras. Todas las formas de vulnerabilidad se derivan del carácter circunstancial y siempre en relación, siempre en falta de nuestra corporalidad viva como la dimensión irreductible de nuestra existencia: existir es ser susceptible de daño.

La vulnerabilidad involucra por lo menos dos horizontes cuyo eje de configuración es la relación con el cuerpo propio. 1) La vulnerabilidad es un horizonte de conciencia de sí pre-reflexiva en la medida en que la realidad humana es capaz de anticipar su propia finitud; sin embargo, finitud y vulnerabilidad no son equivalentes. La conciencia de la propia vulnerabilidad no sólo es la anticipación práctica del eventual fracaso de una actividad o la comparecencia dentro del horizonte de posibles de la suspensión total de toda posibilidad que en cada caso es de cada existencia humana desde sí y para sí misma, sino la posibilidad del daño, que exhibe una radicalidad de otro orden: la capacidad de ser dañados desde el punto de vista de la experiencia exhibe una variedad potencialmente infinita de formas de aflicción así como una continuidad indeterminada, en el caso del dolor, que destruye toda anticipación. 2) Por otra parte, la vulnerabilidad es la manifestación de nuestra exterioridad con respecto a los demás. Ser vulnerable sentir el desplazamiento de la centralidad de nuestra vida a favor de la configuración de sentido de la experiencia de alguien más, y sus acciones, su sola mirada nos descubre como una cosa más a su alrededor. Sentimos pudor, orgullo o vergüenza en relación con la exterioridad descubierta de lo que en cada caso somos.

¿Por qué es relevante la vulnerabilidad como fuente de normatividad? Autores como Alasdair MacIntyre o Martha Nussbaum han destacado la relación entre aceptar nuestra vulnerabilidad y a posibilidad de una ética de la virtud. En el caso de Nussbaum, no lejos de la posición de la fenomenología, las emociones no sólo están dirigidas hacia las cosas de nuestra vida cotidiana, sino que, además, “nos conectan con elementos que consideramos importantes para nuestro bienestar pero que no controlamos por completo. La emoción registra ese sentido de vulnerabilidad y control imperfecto” (Nussbaum, 2005: 42). En este sentido, es gracias a nuestras emociones que el mundo adquiere significatividad axiológica y de ahí, sentido normativo, y el acceso primordial a dicha esfera es darnos cuenta de que hay cosas que nos importan y que dependen de circunstancias que no controlamos. Así, como señala Helena Mdzelewski, “debemos reconocernos como sujetos vulnerables a las circunstancias, que necesitamos bienes externos además de virtudes y que en función del reconocimiento de nuestra fragilidad incorporamos la posibilidad de sentir por los otros compasión, gratitud o piedad, pues podemos ser afectados de igual forma que ellos por las circunstancias” (Mdzelewski, 2017:154)

Por otra parte, para autores como Anthony Steinbock, la vulnerabilidad es la condición de posibilidad de emociones morales necesarias en la configuración del sentido normativo como la confianza. Así, la necesidad misma de la normatividad es porque no somos sujetos autónomos que orientamos nuestra voluntad de forma abstracta a principios de la razón, sino entes precarios, en necesidad de apoyo mutuo y capaces revelarnos vulnerables, sin que eso sea necesariamente signo de debilidad, en vínculos de confianza. La vulnerabilidad de la confianza revela un sentido de “fragilidad íntima” que abre la consideración de la existencia humana en su concreción individual (Steinbock, 2014:13).

El acto de la confianza no es una mera creencia, ni siquiera una toma de posición en relación con un estado de cosas dado, sino un acto espontáneo de entrega a otra persona, en lo que dice o lo que hace. “La confianza se vive como un proceso de estar vinculado a otro, cuya característica esencial es la vulnerabilidad” (Steinbock, 2014:197). Puedo creer en las palabras de alguien más en relación con la descripción de un lugar que no he visitado, por ejemplo, pero cuando hablamos de confianza nos referimos a que sus acciones no sólo comprometen no sólo creencias epistémicas sino valores y proyectos personales. En el acto de la confianza me doy cuenta de mi propia exposición al riesgo en la medida en que me entregan a circunstancias que van más allá de mi control. Sin embargo, en el acto de la confianza, tales circunstancias hasta cierto punto dependen de acciones efectivas o posibles de un agente capaz de hacerse cargo de la situación, y particularmente alguien capaz de comprender este sentido del acto social de la confianza. (Steinbock, 2014:206). Acaso, una de las formas más importantes de la vulnerabilidad es precisamente aquella que tiene que ver con la confianza. Mientras que la vulnerabilidad corporal nos entrega como exterioridad susceptible a afectaciones aflictivas o debilidad, la vulnerabilidad de la confianza no sólo es el reconocimiento de dicha exterioridad, sino un compromiso activo en “volverse vulnerable”, asumir la posibilidad de la traición sin cálculo previo: la vulnerabilidad de la confianza es la ejecución activa de la apertura de mí mismo a los demás, (Zirión, 2004:146); muchas veces en lo más íntimo.

La vulnerabilidad, como instancia revelante del valor de la persona no sólo permite la proyección de un sentido normativo, sino que constituye, vía negativa, a través de la anticipación de la posibilidad de su anulación, una forma de apuntar a la dignidad sin compromisos ahistóricos o atópicos sobre la naturaleza humana. Las formas de la vulnerabilidad son siempre situadas

y relativa a contextos históricos específicos, pero siempre y en cada caso revelan principios relativos en cada caso a personas concretas y, no obstante, irreductibles a la mera instancia empírica: la dignidad humana no deja de reclamarse bajo este esquema como un valor universal. (Cfr. Quepons, 2017).

3 Fenomenología y normatividad: hacia un enfoque orientado hacia la experiencia

Aunque la influencia de la fenomenología al día de hoy está presente en las orientaciones metodológicas de algunas tradiciones de las ciencias sociales, tanto en el enfoque comprensivo (Aktinson 2018) como en perspectivas críticas (Russell, 2010; Mladenoy, 2014), y en general en diferentes áreas de la investigación cualitativa (Van Manen, 2019) así como en áreas interdisciplinarias como las ciencias cognitivas (Gallagher y Zahavi 2008), su intervención en la teoría jurídica contemporánea, en particular, en los debates relativos a la relación entre derecho y conflictos sociales es un territorio todavía por explorar.

Con la excepción de algunos autores actuales de la tradición fenomenológica (Crespo, 2016; Loidot, 2010, 2019) más orientados a una apreciación general del derecho como institución pública, el debate dominante en los estudios sobre el discurso jurídico es territorio de la tradición analítica o los estudios de crítica del discurso. Sin embargo, William Conklin ha sugerido la reincorporación de la tradición fenomenológica clásica como punto de partida para dirimir el debate entre dos tradiciones del estudio del discurso jurídico en el ámbito anglosajón (Conklin 2014).

En lo que respecta a la descripción de la esfera axiológica un signo del enfoque fenomenológico es plantear la cuestión de la relevancia de la experiencia como acceso a la racionalidad del

sentido de la normatividad. Para Husserl, las vivencias afectivas revelan una valencia de no indiferencia para el que las vive que las distingue de las vivencias en las que se exhibe un objeto, por ejemplo, para la percepción. Las emociones ponen de manifiesto actitudes en relación con objetos o estados de cosas que no sólo no nos son indiferentes, sino que a través de tales emociones nos dirigimos a tales objetos, en eso descansa lo que a juicio de Husserl se llama intencionalidad (Hua XIX/I,409). La estructura, así llamada, intencional, es consecuente con la forma del juicio donde no sólo se mienta algo acerca de otra cosa, sino que así sea de forma implícita se presupone en la mención un afán de correspondencia entre el sentido del juicio y lo enjuiciado por este. Así, Husserl sugiere que, dado que las emociones tienen también ese carácter, acaso no es también signo de una corrección racional en las cuales no sólo nos alegramos por tal o cual evento, sino si tal evento “debería” alegrarnos y con base en qué criterios se podría plantear tal corrección.

Por otra parte, lo que alegra, así sea de forma implícita se valora como deseable, y por tanto se presume, de forma igualmente implícita, una legalidad de lo valorado: es bueno porque me alegra, por lo tanto, es deseable. La cuestión para Husserl es si tal estado de cosas es efectivamente bueno y por tanto deseable, lo cual acreditaría la alegría, por extraño que resulte expresarlo, así como una alegría correcta, (Roth, 1960:108) o podríamos decir también digna, frente a la alegría malsana del que se regodea con el sufrimiento de alguien más, por ejemplo. Así, las emociones constituyen el acceso intuitivo a una dimensión de la experiencia desde donde emerge un sentido de normatividad análogo al de la corrección en sentido lógico, en la medida en que admite corrección e incorrección, pero irreductible a la deducción de enunciados teóricos.

El recorrido que sugiere Husserl para analizar la legalidad de las valoraciones, de acuerdo con su propio programa no

puede ser otro que el de ir al efectivo cumplimiento de las menciones de valor en la experiencia, de ahí la necesidad del análisis de su sentido a partir de un enfoque orientado hacia la experiencia. Un rasgo muy interesante y original del planteamiento de Husserl es que los valores se exhiben sensiblemente como los objetos de la percepción, de acuerdo con dinámicas análogas a la exhibición de los objetos de la experiencia. En analogía con la expresión alemana *Wahrnehmung*, percepción, que literalmente significa “tomar lo verdadero” Husserl utiliza la expresión *Wertnehmung* donde lo que se percibe, a partir de la misma raíz alemana no es “lo verdadero” sino el valor, *die Wert* (Hua IV, 10). En este sentido, de acuerdo con un enfoque fenomenológico, y en concordancia con la analogía propuesta por Husserl, la legitimidad de un juicio de valor, al igual que ocurre con la de un juicio de percepción, no es asunto de una sola exhibición, sino que requiere un recorrido de confirmación concordante a lo largo de horizontes progresivos de concordancia y contraste con otras percepciones, y en el caso del valor, de valoraciones. Además, la configuración de la objetividad del valor requiere un compromiso personal con el sujeto valorante, que no valora de forma aislada sino en relación con un sistema de convicciones en las que involucra, en diferentes capas, su propio proyecto personal.

Así, como señala Marín-Ávila, “desde una perspectiva husserliana, podemos decir que valoramos y actuamos siempre en un marco de circunstancias concretas que no podemos esclarecer a cabalidad, pues supondría esclarecer la totalidad de nuestros supuestos teóricos, axiológicos y prácticos, así como el mundo circundante concreto con el que se correlacionan.” (Marín-Ávila, 2019:145). La exhibición de los valores depende en consecuencia de horizontes de explicitación progresiva que involucran tanto su exhibición sensible en una continuidad a lo largo del tiempo, y cómo esta exhibición impacta motiva-

ciones que además se conectan con asociaciones e inferencias de acuerdo con un acervo de experiencias alimentado por el entorno cultural. Sin embargo, esta sólo es la génesis pasiva de la conciencia de valor, los valores efectivos exigen además el compromiso activo que puede ser el resultado de inclinaciones pasionales irreflexivas, o de tomas de posición que son el resultado de ponderaciones y, sobre todo, que nos comprometen en la totalidad de nuestra vida. Con todo, incluso estos valores personales están anclados en el entorno circunstancial que los revela, si se quiere, en su insistencia a lo largo de la vida. Mientras viva, afirma el que está comprometido con tal valor, procuraré, por ejemplo, procurar el beneficio de la mayoría sobre mis intereses individuales.

4 Aspectos fenomenológicos en la teoría del valor de Luis Villoro

Los valores, en general, como vimos en el apartado anterior, no se dan en la experiencia de un solo golpe sino a través de un proceso de exhibición progresiva que involucra tanto el acervo de experiencias del sujeto que valora como las circunstancias concretas, las determinaciones históricas específicas y los contextos sociales relevantes para la valoración. Estos procesos tienen la estructura intencional de horizontes, de acuerdo con nuestra hipótesis, es análoga a la estructura de la percepción. Sin embargo, si tomamos como referencia la presentación habitual con la que Husserl presenta la cuestión, algunos valores, como la justicia, no sólo presentan dificultades para conectarse con formas de valencia positiva de captaciones afectivas del valor, sino que la mayor parte de los casos más bien revelan su relevancia en la confirmación de su ausencia.

Este es el camino que Villoro explora en su libro *El poder y el valor*. Aunque Villoro no se reclama en la tradición fenomenológica de forma explícita, sí retoma la doctrina del valor que encontramos en el segundo volumen de las *Ideas* de Husserl. (Cfr. Villoro, 1997:18, Villoro, 1975:121; Marín-Ávila, 2019). Al igual que Husserl, Villoro señala que la autenticidad de un valor descansa en una valoración originaria (Villoro, 1997:63-67) que puede tener la forma de un disfrute, en concordancia con el ejemplo habitual de Husserl, aunque es más común que tales valores se hagan explícitos en la forma negativa de la carencia (Villoro, 1997:52). Como señala Esteban Marín, para Villoro “cuando nos percatamos del valor de algo, por lo general ocurre por tratarse de algo de lo que carecemos” (Marín-Ávila, 2019:141).

En principio, Villoro caracteriza al valor como el objeto de una actitud, comprendida esta como disposición emocional (Villoro 1997:13). Las disposiciones emocionales, a diferencia de los sentimientos, tienen una referencia particular a un objeto del mundo en torno. Cuando la actitud es positiva llamamos al valor a las propiedades del objeto o situación a la que se refiere. Dichas actitudes favorables pueden venir de la creencia de que cierto objeto tiene propiedades que me causan agrado.

No obstante, de acuerdo con la doctrina de Villoro los valores normalmente se manifiestan no en experiencias positivas de agrado sino en la confirmación de la ausencia de aquello que echamos en falta (Villoro, 1997:46). Así, dice Villoro “las cualidades valorativas pueden estar dadas. También puede estar presente la vivencia de una carencia y la proyección del valor que habría que suprimirla.” (Villoro, 1997:63).

Sin embargo, el contexto en el Villoro discute el problema del valor es el ámbito político y la posibilidad de hablar de bienes básicos, más fundamentales, que no se deducen de valoraciones individuales, sino que se refieren a condiciones

de efectuar valoraciones y a la racionalidad de conducir la vida de acuerdo con el valor (Villoro, 1997:52). La posibilidad de deducir y argumentar bienes básicos de carácter universal se relaciona con el problema de la justificación de los derechos humanos (Marín-Ávila, 2019:141).

5 La vía negativa hacia la justicia y la relevancia de la vulnerabilidad

En su último libro, *Los retos de la sociedad porvenir*, Villoro señala que, si bien es verdad que en los últimos años el tema de la justicia ha tenido un renovado interés en la filosofía, muchas de las voces de los debates actuales tienen como referente “partir de la idea de un consenso racional entre sujetos iguales que se relacionan entre sí, en términos que reproducen los rasgos que tendría una democracia bien ordenada” (Villoro, 2007:15). Sin embargo, como él mismo menciona más adelante, las reflexiones sobre la justicia que surgen en un entorno diferente, el de “sociedades donde aún no se funda sólidamente la democracia, donde reina una desigualdad inconcebible para unos países desarrollados, donde el índice de los expulsados de los beneficios sociales y de la asociación a la que teóricamente pertenecen es elevado” (Villoro, 2007:15) no podemos tener el mismo punto de vista. Para afrontar esta cuestión Villoro propone ensayar lo que llama una vía negativa hacia la justicia que parte “de la percepción de la injusticia real para proyectar lo que podría remediarla” (Villoro, 2007:16).

La propuesta de Villoro, por lo demás, no sólo recurre a una dimensión contextual como punto de referencia para el desarrollo de su elucidación, sino que pone de manifiesto que las teorías sobre la justicia basadas en la idea de consenso en realidad parten del supuesto de sociedades democráticas con

garantías consolidadas: frente a este enfoque Villoro parte de la orientación opuesta, mostrar la contradicción real de la que se deriva la idea de injusticia “tiene como supuesto la inoperancia en una sociedad real del acuerdo racional en el que se funda la idea de justicia.” De este modo, es plausible buscar un diseño en negativo “en lugar de buscar los principios de justicia en el acuerdo posible al que llegarían sujetos racionales libres e iguales, intentar determinarlos a partir de su inoperancia en la sociedad real.” Para tal efecto justo proyecta lo que llama la “vía negativa hacia la justicia”.

Aunque no lo menciona de forma explícita, en el punto de partida de Villoro resuena una importante consigna fenomenológica: para aclarar el sentido de lo que considera injusto parte de una vivencia subjetiva: el sufrimiento.

“Partamos por lo pronto de una realidad: la vivencia del sufrimiento causado por la injusticia. El dolor físico o anímico es una realidad de nuestra experiencia cotidiana. Pero hay una experiencia vivida particular: la de un dolor causado por el otro. Sólo cuando tenemos la vivencia de que el daño sufrido en nuestra relación con los otros no tiene justificación, tenemos una percepción clara de la injusticia. La experiencia de la injusticia expresa una vivencia originaria: la vivencia de un mal injustificado, gratuito.” (Villoro, 2007:16)

Así, el mal injustificado y gratuito que consideramos injusto es en efecto una vivencia originaria, sin embargo, Villoro no se refiere a cualquier dolor sino precisamente al dolor causado por otro, al daño sufrido en relación con la interacción con los demás, y una de esas formas es precisamente aquella en la que está involucrado el poder político. El poder es una dimensión fundamental de la experiencia humana en sociedad. El poder es el enlace necesario de la constitución del tejido social. El

poder es definido por Villoro en términos de una capacidad de dominio sobre la naturaleza o sobre otros en relación con el trazo de fines determinados. Desde el punto de vista del poder y su eficiencia, lo justo no podría ser sino lo que conviene al más fuerte y sus fines. Así, Villoro coloca a Sócrates en la perspectiva del justo: el justo no persigue afanarse en el poder, sino que se esfuerza por el contrario por “escapar del poder”. “Escapar del poder no equivale a aceptar la impotencia sino no dejarse dominar por las múltiples maniobras del poder para prevalecer; es resistirlo.” (2007:18) Elegir entre nuestras posibilidades la de actuar para escapar de la realidad injusta no es “buscar la justicia” sino “escapar del poder injusto”.

Una vez enunciado cómo va a entender la búsqueda de la justicia no en términos de la postulación de un ideal sino de una conducta activa de rechazo del poder injusto, que no es una mera actitud sino en sentido estricto una potencia, la del contra-poder, Villoro vuelve de nueva cuenta al registro de la experiencia para articular su argumento: la experiencia de la exclusión.

Así, Villoro caracteriza el primer momento de la constitución del contra poder en “el cobro de conciencia de una carencia causada por un daño, producido por acciones u omisiones de los otros, de quienes no pertenecen al grupo carente” (2007:18). Como es posible advertir, Villoro retoma su propia doctrina acerca del valor en términos de carencia. La carencia manifiesta la contradicción real de una “sociedad dañada” y en ella “la ausencia de valor [...] se experimenta como daño. Daño no es sólo falta, necesidad no satisfecha; es también sufrimiento causado por un agente.” (2007:18). En relación con nuestra caracterización del valor en términos de la intencionalidad de la aspiración que encuentra eventual cumplimiento en su satisfacción, la experiencia a la que se refiere Villoro no es sólo el cumplimiento negativo relativo a la insatisfacción, sino que la

carencia revela la positividad de una vivencia, la del sufrimiento, que además se vive en relación a un agente al que es plausible atribuir su causa. Este agente en agresor puede tener formas personales o impersonales, como cuando lo atribuimos a un sistema político. Sin embargo, desde el punto de vista de quien lo padece, la experiencia del daño se vive como el resultado de la acción violenta por la cual un grupo impone su dominio sobre otro. Ciertamente, el daño se manifiesta en formas afectivas que dan lugar a una variedad de disposiciones como envidia, resentimiento, cólera, sin embargo, para Villoro lo central es estudiar lo que de esta experiencia se desprende acerca de la moralidad ligada al ámbito público.

Para Villoro, por otra parte, la confirmación de la carencia, en concordancia con lo que mencionamos arriba en relación con el vínculo entre la captación de un valor y la configuración de la identidad, se manifiesta como un rasgo en el cual la identidad del agraviado se configura en relación con la exclusión de la que es objeto por efecto del agravio: “el excluido experimenta su rechazo como una carencia: le falta el acceso a los bienes concretos de los que se le excluye, de los que tendría necesidad. Frente al sentido de justicia general aceptado por el consenso social percibe su carencia como injusticia.” (2007:23).

El segundo momento supone el movimiento de equiparación con el agresor. La indignación se traduce en rebeldía, pero en este gesto hay un movimiento de equipararnos con el otro, ante el que “proclamamos que valemos tanto como él: nos reconocemos, por tanto, como sujetos dignos de valor. Ese valor iguala a ambos adversarios: trasciende la diferencia”. Sin embargo, la expresión de la discrepancia puede no tener lugar en un contexto entre iguales, por el contrario, una vez constituido un grupo como claro en su carácter de excluidos en contradicciones reales.

“A la equiparación con el otro puede suceder una alternativa: o bien el conflicto entre uno y otro, o bien la reivindicación de derechos entre ambos. Con el desafío, surge la pretensión de acceder a bienes de los que el agredido se sabe excluido. La reivindicación de un derecho es la demanda de reconocimiento por el otro de esa pretensión; exigencia de la facultad de acceder a un valor sin ser impedido. Desde el momento en que el excluido se equipara con su agresor, está ya reivindicando ese derecho.” (2007:33)

De este modo, Villoro llega a la formulación de su vía negativa hacia la justicia, en clara confrontación tanto con posiciones como la de Rawls o Habermas incluso. El acceso al valor no descansa en la convención de un acuerdo o consenso deliberado en relación con condiciones ideales de diálogo sino vía negativa, mostrando las contradicciones desde el clamor, la interpelación, de los excluidos. Ciertamente esto no significa renunciar a su eventual universalización, pero se trata de una universalización progresiva y en referencia a contextos situados desde donde emerge el clamor de reconocimiento de derechos de los que viven en condición de injusticia.

“Ese proceso no ha seguido la vía de lograr un consenso mediante el acuerdo sobre los valores y principios que serían aceptables para todos, sino el camino negativo de mostrar los que serían no-excluyentes. Este fin puede calificarse de “negativo”, porque no conduce necesariamente a un consenso. El criterio de universalización seguido es la no-exclusión. Universalizables serían las valoraciones y normas no excluyentes de ningún sujeto, no necesariamente las que propusieran valores sustantivos consensuados. De hecho, en el conflicto que opone valoraciones contrarias, la posibilidad de universalización procede por la crítica a cualquier intento de impo-

sición de una valoración que excluya a las demás. El criterio de universalización por la no-exclusión es compatible con el mantenimiento de las diferencias que surgen de las situaciones distintas de los sujetos sociales.” (2007:34)

Así, y en concordancia con lo que hemos sugerido antes sobre la aproximación fenomenológica del valor por un lado se revela en la efectividad de la carencia, aunque, por otro lado, a partir del criterio de no-exclusión conserva la relatividad de la experiencia de los que viven en la efectividad de la carencia, pero al mismo tiempo, al no ser excluyente se presenta en su pretensión como universalizable sin contradicción.

El discrepante pretende acceder a un valor del que carece; es esa carencia lo que lo hace diferente; su pretensión puede, por lo tanto, ser exclusiva, diferir de la de otros grupos. Pero al mostrar que ese valor resiste al criterio de no-exclusión, prueba que si bien puede ser exclusivo, no es excluyente; es, por lo tanto, universalizable. Invita entonces a transformar la disidencia en un nuevo consenso. (2007:34)

La relevancia de mantener un registro contextual y relativo a la experiencia descansa en que se trata de un clamor por valores universalizables que son no obstante relativos a la situación histórica y la lucha por su reivindicación en contextos situados.

Los valores universalizables por ese proceso y los correspondientes derechos universales están acotados en cada situación histórica a los que son objeto de una reivindicación particular, en una contienda por lograr el reconocimiento de derechos. El proceso de universalización de normas no puede abstraerse de esa reivindicación histórica. (2007:35)

Villoro concluye el apartado con cuatro puntos en los que resume su idea de la justicia de acuerdo con la vía negativa propuesta.

“Para llegar a una concepción racional de la justicia no es necesario partir de un sujeto de la razón práctica hipotético e igual en toda persona. Podemos partir de la experiencia personal de hombres y mujeres concretos, situados en un contexto social. Frente a la moralidad consensuada y su sentido de justicia, surge la posibilidad de un disenso crítico. El discrepante parte de la conciencia de una exclusión y proyecta un orden social distinto donde no se diera ésta.” (Villoro, 2007:38).

La experiencia concreta de quien discrepa con el orden social por efecto de encontrarse en situación de exclusión. Es la carencia, el daño y la exclusión la que permite destacar un sentido normativo que proyecta una variante del orden social, que por principio reclama como no excluyente. Este rasgo es importante: el que discrepa no sólo mantiene una postura diferente sino que lo hacen en condiciones de desigualdad, incluso de expresar su punto de vista, por tanto interpela desde afuera, desde su exclusión, y con relativa independencia de la exigencia específica que reclama, pensemos en la lucha del movimiento feminista, no sólo lucha por su propia causa, sino que destaca lo que Villoro llama el principio de no-exclusión que contiene un principio de racionalidad y universalidad sin desprenderse de su motivación inicial en la experiencia. Esto aparece en el segundo punto de Villoro: “El discrepante está movido por un interés personal: eliminar una carencia que sufre y satisfacer una necesidad propia. No parte de un impulso altruista que sacrificara su propio interés. Pero, al buscar su interés, generaliza la no-exclusión de cualquier otro en su situación. Reivindica

así un valor objetivo para todos. Su pretensión es interesada y, a la vez, universalizable.” (Villoro, 2007:38).

Por otra parte, como hemos destacado, todo el tiempo el énfasis está en la patencia de una carencia específica que el discrepante destaca en su propia experiencia, la causa que enarbola es su propia causa porque aquello por lo que lucha lo incluye, otra vez con el feminismo, incluso en su propio cuerpo.

“Su demanda se refiere a una carencia específica y al reconocimiento de una diferencia. Ambos pueden variar en cada situación. Por eso es fútil intentar determinar las características positivas que tendría un concepto de justicia, abstracción hecha de toda situación social histórica. Una postura ética ante la justicia, además de disruptiva, es concreta.” (Villoro, 2007:38).

Así, en su siguiente punto, insiste en la nota de universalidad de su noción de justicia: “podemos detectar una nota propia de todo concepto de justicia, en cualquier circunstancia histórica. Sólo que esta sería negativa. La justicia que se demanda es, en todo caso, la no-exclusión” (Villoro, 2007:35) y además, la conecta con el discurso de los derechos humanos:

“La idea de justicia como no-exclusión implicaría una reformulación de la doctrina universal de los derechos humanos. Podemos considerar que un derecho es el reconocimiento de un valor objetivo, cuya realización satisface una necesidad y da lugar, por ende, a una obligación. Para considerar universal un derecho tendría que aceptársele como válido en toda circunstancia histórica.” (Villoro, 2007:38)

Finalmente, y de acuerdo con lo que hemos sugerido en torno a la vía negativa hacia la justicia propuesta por Villoro, surge

la cuestión sobre en qué medida la consideración de la vulnerabilidad es una premisa implícita en su argumento. El hecho de que a cada época correspondan diferentes luchas que surgen de agravios, de daño objetivo habla acerca de esa disposición al daño que constituye el meollo de la condición de vulnerabilidad. En entornos sociales concretos precisamente aquellos que han sido excluidos están en mayores condiciones de vulnerabilidad y en consecuencia de atropello de derechos que por lo demás normalmente no son ni siquiera reconocidos como tales.

3 *Vulnerabilidad y justicia*

Uno de los supuestos de la crítica de Villoro a la idea de justicia basada en el consenso entre iguales es precisamente asumir de antemano un criterio de autonomía de los individuos libres e iguales en una comunidad democrática en condiciones de igualdad. Frente a la autonomía postulada del sujeto liberal, la teoría de la justicia *via negativa* propuesta por Villoro parece más bien coincidir con las posturas que destacan la significatividad moral de la vulnerabilidad y el carácter más bien relacional y dependiente de la subjetividad. La condición de vulnerabilidad, siempre relacional, situacional y relativa a contextos específicos, es la condición de revelar vía el agravio o la carencia la necesidad de apelar a principios que nuestra vulnerabilidad contribuye a hacer explícitos.

Bibliografía

CLAVEL, Juan Masiá, *Animal vulnerable, curso de antropología filosófica*, Trotta, 2015.

- GÁNDARA, Carballido, Manuel, *Los derechos humanos en el siglo XXI: una mirada desde el pensamiento crítico*, CLACSO, Instituto Herrera Flores, 2019.
- LEVINAS, Emmanuel, *Humanismo del otro hombre*, Siglo XXI, Tr. Daniel Enrique Guillot, Siglo XXI, 1974.
- HARRIS, W. George, *Dignity and Vulnerability, Strength and Quality of Character*, University of California Press, 1997.
- HENK ten Have, and Eric M. Meslin, *The SAGE Handbook of Health Care Ethics: Core and Emerging*
- HUSSERL, Edmund, Hua IV, XXVIII, XIX,I.
- MODZELEWSKI, Helena *Emociones, educación y democracia: una proyección de la teoría de las emociones de Martha Nussbaum*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.
- NUSSBAUM, Martha, *Upheavals of Thought: The Inteligence of Emotions*, Cambridge, University Press, 2005.
- SOLBAKK, Jean Helge, “Vulnerability, a useful or futile principle in health care ethics” in Ruth Chadwick, *Issues*, 2011, London. 228-238.
- STEINBOCK, Anthony, *Moral Emotions, reclaiming the evidence from the Heart*, Northwestern University Press, 2014.
- TURNER, Bryan, *Vulnerability and Human Rights*, Pensylvannia State University Press, 2006.
- TURNER, Bryan, *Body and the society*, Oxford, Blackwell, 1984.
- VILLORO, Luis, *Estudios sobre Husserl*, UNAM, 1975.
- VILLORO, Luis, *El poder y el valor, fundamentos de una ética política*, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- VILLORO, Luis, *Los retos de la sociedad por venir*, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- QUEPONS, Ignacio, “Horizons of vulnerability and the problema of human dignity: ethical and phenomenological assesments” *Acta Universitatis Carolinae, Interpretationes*, pp.153-168. 2017.

ZIRIÓN, Antonio. "Tolerancia y Confianza" *Acta Fenomenológica Latinoamericana*, Círculo Latinoamericano de Fenomenología, Pontificia Universidad Católica del Perú, San Pablo, pp. 137-149. 2005.

ARTÍCULO III

El derecho indígena como derecho dinámico

ADRIANA MENASSÉ
FERNANDO SANTIAGO
Universidad Veracruzana

Resumen

Proponemos que los derechos indígenas pueden ser entendidos como sistemas legales dinámicos y que ese marco nos permite aquilatar de manera más precisa su funcionamiento y su legitimidad. Consideramos que comprender este tipo de sistema jurídico amplía nuestra noción de derecho y acaso contribuya a la tarea de encontrar formas de entendimiento y diálogo entre las comunidades indígenas y la legalidad estatal. Apuntamos las características y las posibilidades del derecho indígena como tal derecho dinámico y nos preguntamos por su capacidad para enfrentar los retos de las complejas sociedades actuales.

1 Introducción

El trabajo que presentamos constituye un esfuerzo por pensar el estatuto y carácter del derecho indígena desde el horizonte de ciertas investigaciones en torno al tema de la justicia. En mi caso, me aproximo a ellas desde la filosofía y, en particular, desde la filosofía de la alteridad en su formulación levinasiana, tratando de explorar el punto en el que se

entrecruzan la filosofía y el derecho. Desde este lugar, y apoyada en el amplio conocimiento del derecho romano y del derecho indígena del Lic. Fernando Santiago, me permito presentar el eje de las reflexiones que aquí ponemos a su consideración.

Partimos, pues, de cierta meditación en torno al lugar de la ley en la consecución de la justicia; desde este lugar, quisiéramos proponer algunas líneas de trabajo que nos permitan alcanzar una comprensión más precisa de los derechos de los pueblos nativos latinoamericanos y de su legitimidad plena. La idea central de nuestra exposición se refiere a la posibilidad de inscribir el derecho indígena en el marco más amplio de los derechos dinámicos en general, e indagar qué tipo de proposición lo configura. Consideramos que incluir los sistemas legales indígenas en el campo de los derechos dinámicos permite desarrollar una perspectiva útil para una formulación teórica más cabal, así como fortalecer la capacidad de diálogo de estos sistemas o tradiciones con otros sistemas legales y con la legalidad estatal en su conjunto.

Quisiéramos presentar los rasgos característicos de los diferentes órdenes jurídicos dinámicos según la clasificación que hace de ellos Arthur Jacobson –jurista y especialista en sistemas legales dinámicos– y explorar si es posible comprender el derecho indígena a esta luz. Por último, nos hemos preguntado acerca de la utilidad de este tipo de tradiciones jurídicas en el contexto de las complejas sociedades multiculturales que habitamos, o si, por el contrario quedan, por su naturaleza, restringidas a sociedades relativamente homogéneas y compactas.

Plantear que el derecho indígena hay que entenderlo dentro del conjunto de los sistemas legales dinámicos podría parecer una obviedad: en la medida en que el derecho consuetudinario es una de las formas del derecho dinámico, y siendo el derecho indígena una normatividad de esta índole, puede pensarse que

tal caracterización resulta una mera tautología. Es interesante señalar, sin embargo, que si bien todo derecho consuetudinario es un derecho dinámico, no todo el derecho dinámico –al menos en esta perspectiva– es consuetudinario. Fuera de cierta esfera altamente especializada, existe, a mi entender, un desconocimiento muy grande respecto a la estructura, eficacia y funcionamiento de este tipo de sistemas jurídicos, por lo que son vistos con recelo y difícilmente se les reconoce una autoridad íntegra. Tal vez por esa razón, en casi todos los países y hasta muy recientemente, el reconocimiento del derecho llamado consuetudinario que rige en estos pueblos se encuentre muy condicionado o explícitamente supeditado al derecho positivo del Estado.

Para la mayoría de los ciudadanos, pero también de los académicos de distintas especialidades, los sistemas jurídicos dinámicos aparecen como un orden relativamente nebuloso de “usos y costumbres”, o de “costumbres jurídicas” cuya legitimidad se encuentra bajo sospecha pues no obedece al “verdadero derecho”, es decir, al código de un derecho positivo, un código escrito, limitado a lo jurídico y separado de lo moral, de lo religioso y de todos sus otros elementos: mágico, mítico, ritual, etcétera. Como se sabe, el derecho positivo constituye un código pretendidamente neutro de prohibiciones asociadas a sanciones que tiene como fin regular los conflictos y mantener el orden social al margen de consideraciones ideológicas ni religiosas. El marco del derecho positivo se postula como neutro, es decir, axiológicamente relativista y exento de consideración moral. No es que niegue que el derecho deba ser “bueno”, sino que la justicia como tal es un ideal irracional y, por lo tanto, inoperable, nos dice Hans Kelsen, su principal exponente. “Anti-ideológico”, por lo tanto, quiere decir aquí que ningún valor es bueno en sí, sino que se encuentra en función del sistema. Dice Kelsen:

La teoría jurídica pura asegura su tendencia anti-ideológica al aislar el estudio del Derecho de toda relación con la ideología jusnaturalista en torno a la justicia. Para ella, está fuera de discusión la posibilidad de la validez de un orden superior al derecho positivo. Se limita al derecho positivo, e impide que la ciencia jurídica lo eleve a la categoría de un orden superior, o trate de derivar de ese orden supremo la justificación del Derecho; o bien que convierta la discrepancia entre un ideal hipotético de justicia y el derecho positivo en argumento jurídico contra la validez de éste. La teoría pura del derecho es la teoría del positivismo jurídico. (TPD: 36)

Cualquier valor, según el derecho positivo, puede servir de principio organizador al sistema legal de manera que tal derecho no tiene ni la posibilidad ni la pretensión de juzgar o tomar posición respecto a las máximas que establece como principio de justicia. En este sentido el código legal es moralmente indiferente y sólo está referido al sistema político que sostiene y en el que tiene vigencia. Su fin es regular las relaciones sociales para procurar que los conflictos se diriman internamente y que el sistema se reproduzca con relativa continuidad y equilibrio. Aparentemente los ciudadanos de los estados modernos no concebimos otra manera de entender la ley.

Mas allá de las obvias dificultades que trae este concepto de legalidad y que podría resumirse en la idea de *aporía* o contradicción inherente a la relación entre justicia y derecho de la que habla por ejemplo Derrida¹, y más allá también de los problemas que supone basar el sistema jurídico en un presupuesto relativista cuya legitimidad, por lo tanto, descansa en la sola esfera de lo político, el derecho positivo promete, en cambio, superar fanatismos e integrismos religiosos y crear las condi-

1 Ver sobre todo su obra *Fuerza de ley (El fundamento místico de la autoridad)*.

ciones para una convivencia pacífica (al menos en el sentido de no abiertamente belicosa) en una sociedad multicultural, democrática y plural.

No es ésta, sin embargo, la manera en la que operan los sistemas jurídicos dinámicos, esos ricos y sutiles ordenamientos que rigen un número indeterminado de sociedades. Según la clasificación que hace Arthur Jacobson en su artículo “The Idolatry of Rules, Writing Law According to Moses with Reference to Other Jurisprudences”², estos se dividen en tres tipos esencialmente: los sistemas u ordenamientos jurídicos de deberes, los sistemas jurídicos de derechos y los sistemas jurídicos de derechos y deberes que él llama sistemas de reciprocidad, uno de cuyos ejemplos es el derecho anglosajón o Common Law que rige en Estados Unidos. ¿Obedece a los mismos principios el derecho indígena? La reflexión que nos ocupa se propone un primer acercamiento a esta cuestión.

2 Elementos constitutivos de los derechos indígenas

El elemento esencial de los sistemas jurídicos dinámicos tal como lo plantea Jacobson, consiste en que no asocian prohibiciones a sanciones. La ley no se obedece porque haya un castigo que desaliente o “desincentive” la acción prohibida, sino porque los individuos ordenan su vida conforme a ciertos principios inscritos en la ley y que obedecen a la visión del mundo de los pueblos o individuos sujetos a ella. En este sentido dichos ordenamientos constituyen, en su mayor parte, leyes autoimpuestas. No solamente las conductas propiamente “delictivas” estarían reguladas, sino el conjunto de los actos cotidianos entra

2 Ver Arthur Jacobson. “The Idolatry of Rules: Writing Law According to Moses with Reference to Other Jurisprudences”, *Cardozo Law Review*. July- August 1990. Vol 11, N° 5-6, pp. 1079-1132.

en esta forma de acuerdo normativo bajo un principio más bien difuso de aspiración general. La ley positiva, en cambio, consiste justamente en asociar prohibiciones a sanciones, dejando fuera de la ley todo lo que los individuos hagan o dejen de hacer si su acción no está asociada a una prohibición y por lo tanto pueda ser objeto de sanción. Para el derecho dinámico, tan ley es obedecer u honrar a los padres, por decir algo, como no robar, no casarse con un consanguíneo o hacerse cargo de una fiesta patronal.

3 *Derecho dinámico*

¿Quién gobierna, se pregunta Jacobson, las leyes o las personas? La pregunta parece sin duda extraña al oído filosófico: “Las leyes, dice Jacobson, mandan ordenando o prohibiendo determinadas clases de actos, y castigando su inobservancia con sanciones. Las personas mandan al regirse ellas mismas de acuerdo a ciertas sugerencias y exhortos. Los exhortos rigen por consentimiento, porque las personas aspiran a cumplirlas, no porque se les prohíban o impongan actos específicos bajo amenaza de castigo” (Jacobson, 1980: 1083). Si las leyes rigen, estamos frente a un sistema legal estático: el derecho positivo o el derecho natural. Si rigen las personas estamos frente a un sistema dinámico. Por supuesto, no hay ningún sistema puro sino que todos mezclan de manera desigual elementos de uno y otro.

Los sistemas dinámicos de deberes son aquellos en los que los individuos reconocen, ante todo, deberes: uno tiene el deber de ayudar a su prójimo y el deber de ser justo; tiene el deber de hacer la parte de la tarea comunitaria que le ha sido encomendada y el deber de asumir un cargo cuando se le es requerido. O el deber de comer o de abstenerse de comer cierto

tipo de alimentos o de realizar un tipo de oración de maneras especificadas por el código. El individuo tiene, en general, una infinita cantidad de deberes y ningún derecho, pues el motor activo del sistema no es el de obtener el reconocimiento de sus congéneres, sino el afán de perfeccionamiento como individuo ante su comunidad y/o ante Dios.

Los códigos jurídicos religiosos son de este tipo. Los individuos no hacen o dejan de hacer su deber porque temen sufrir un castigo –transgresión que la mayoría de las veces quedaría fuera de la atención y conocimiento de los demás–, sino porque obedece un mandato internalizado de perfeccionamiento espiritual en los términos establecidos por esa sociedad y por ese ordenamiento. No solamente los códigos religiosos constituyen sistemas dinámicos de deberes, sino también los que aspiran a la construcción de un sistema social orientado por una visión ideal del ser humano y de su convivencia.

Los sistemas jurídicos de derechos tampoco asocian deberes a derechos. Los individuos tienen permanentes demandas de derechos sin que tales derechos se supediten a ningún deber. El individuo reclama el derecho a ser respetado en su privacidad, y el derecho a ser contratado independientemente de su color o su inclinación sexual; se exige el derecho a un sueldo justo, el derecho de los niños a una vida feliz, el derecho de las mujeres a su pleno desarrollo, etcétera. El motor del sistema en este tipo de ordenamiento jurídico sería el reconocimiento mutuo de los individuos, donde la libertad es entendida como exigencia ilimitada de derechos. Los derechos exigidos no se encuentran vinculados a deberes correspondientes sino que la disputa por tales derechos contiene su propia legitimación. Una buena parte del impulso que hoy rige nuestras luchas sociales es, sin duda, de este tipo.

En los sistemas jurídicos u ordenamientos legales de reciprocidad los individuos tienen deberes y derechos, dice Ja-

cobson; pero los derechos responden a otros derechos y los deberes a otros deberes. Así, el individuo tiene el deber de aceptar un cargo sin que eso esté asociado a su derecho a una parcela. Igualmente tiene el derecho a una porción de los bienes comunales, digamos, sin que eso implique el deber de ser mayordomo en el caso del derecho indígena, por ejemplo. Las personas cumplen con sus deberes no porque se les retiren sus derechos, sino porque están sujetos al principio de responsabilidad interna que rige la comunidad. Igualmente reclaman sus derechos no porque hayan cumplido sus obligaciones sino porque se reconocen y son reconocidos como parte del grupo. (Pongamos como ejemplo el caso de un miembro de una comunidad que esté alejado de su lugar de origen y por lo tanto no haya podido cumplir con sus obligaciones comunitarias; como parte de tal grupo, sin embargo, tendrá derecho a ser enterrado en su tierra y con los rituales que le son propios en caso de fallecer fuera de su comunidad). Se trata, pues, de un sistema mixto de deberes y derechos en aras de un principio de reciprocidad que rige ese sistema.

De manera que los derechos dinámicos no obedecen a un principio de mera estabilidad política donde las obligaciones se imponen desde el exterior a partir de un sistema de sanciones, sino que las instrucciones del código legal están interiorizadas por los individuos y obedecen a un valor “espiritual” asumido como válido y propio por los miembros del grupo sobre el que rige. Ese principio “espiritual”, el deseo del individuo de cumplir la aspiración propia y colectiva, constituye el eje de su dinamismo.

Ya Kelsen había visto que todo código de ley, por más estricta que fuera la formulación de sus normas, tiene cierto margen de “dinamismo”. Todo código, plantea, se ve obligado a aceptar cierto margen de interpretación en la medida en que los términos están inevitablemente sujetos a ambigüedad, así como

por el hecho de que es imposible prever todas las situaciones posibles de cada norma. Aplicar la ley no es nunca un acto mecánico sino que es también un acto de jurisprudencia, dice Kelsen. Para el derecho positivo este espacio abierto a la interpretación es relativamente marginal y se plantea como limitado a las lagunas de la ley. El derecho dinámico, en cambio, asume plenamente el elemento interpretativo que implica aplicar la ley, es decir, que no se guía por un código escrito más o menos inapelable, sino que está llamado a interpretar en función del caso particular y a partir de principios generales muy difusos tales como la “buena fe”, la “equidad” o la “rectitud”. En algunos sistemas como el Common Law o derecho común anglosajón se juzgan los casos en función de los precedentes legales, pero también de una *prospectiva* para que el caso en cuestión pueda servir de ejemplo en el futuro.

En este sentido, el derecho dinámico es eminentemente *oral*, aun cuando se encuentre escrito (como en la Ley oral del judaísmo (el Talmud), por ejemplo). La oralidad consiste en que la sentencia y, en general, la aplicación de la ley no está determinada por el código escrito y la letra de la ley (aun con sus interpretaciones y variaciones), sino por la lectura que hacen los jurados (los consejos de ancianos, jueces, etcétera) del caso específico que se presenta y a la luz del principio dinámico (de deberes, derechos o reciprocidad) que subyace al sistema.

Como es evidente, los mecanismos de contención de la libertad interpretativa de los jueces deben ser muy importantes para que la justicia, y por lo tanto, la paz sea posible en la comunidad. Seguramente la autoridad y respeto que impongan los jueces dependerá de su buen juicio y su de honestidad. No podría ser de otra manera. Mientras que en el sistema jurídico estatal la corrupción es frecuente, los sistemas jurídicos comunitarios (y no quiero idealizar demasiado, por supuesto) se verían obligados a un margen mayor de coherencia moral y

legal por el hecho mismo de que el sistema supone de entrada la interiorización y sujeción al principio jurídico fundamental. En este sentido, la adhesión a la ley no se reserva a los momentos de conflicto de intereses entre grupos o particulares, sino que constituye una presencia ubicua en la determinación de los actos cotidianos de los individuos.

En una síntesis muy apretada entonces, diríamos que los derechos dinámicos se caracterizan por su oralidad o interpretabilidad casuística (frente al texto escrito de las normas positivas) a la luz de principios de valor generales. Se caracteriza igualmente por su integralidad o no separación entre lo público y lo privado, entre lo legal, lo moral y lo religioso, y por el hecho de que la ley rige la vida del individuo entendida como un todo de una manera difusa y básicamente autoimpuesta. El principio “legal” que pone en movimiento el sistema es una aspiración “espiritual” que anima y llena de significado las normas y prácticas de dicha comunidad. En este sentido, los derechos dinámicos se han llamado también “derechos aspiracionales”.

4 Derecho indígena como derecho dinámico

En la medida en que se trata de una tradición jurídica oral, integral (que no separa las distintas esferas de la vida individual y colectiva) y que responde a una cosmovisión espiritual y religiosa, nos parece que podemos considerar el derecho indígena dentro de los ordenamientos jurídicos de tipo dinámico, según la tipología que hace Jacobson. En este sentido, podríamos adelantar la idea de que tal derecho no debe considerarse carente o incompleto por no cumplir con las condiciones impuestas por el derecho positivo, sino que posee una legitimidad plena que ha de ser entendida en sus propios términos. Es mucho más probable, de hecho, que un individuo juzgado dentro de un

orden legal dinámico –especialmente si es de tipo comunitario– tenga esperanza de alcanzar una solución sentida como justa frente a cierto conflicto y dentro de un tiempo adecuado, que en cualquier sistema jurídico moderno bajo la tutela del Estado.

Ahora bien, ningún derecho es del todo estático ni impermeable a lo que ocurre en su entorno. Las objeciones a la legalidad indígena que se esgrimen como ejemplo de sus límites y que constituyen su fuente de descalificación (esencialmente el trato y el lugar que se les da a las mujeres, pero hay otros), deberían ser abordados, me parece, teniendo en cuenta la lógica y el principio aspiracional que opera en estos grandes cuerpos legales. La contingencia y arbitrariedad de las sentencias que pudiera suponerse como propio de este tipo de sistemas (debido, justamente, al amplio margen de interpretación que tiene los jueces) no constituye o no debería constituir un problema insalvable si existen fuertes controles de vigilancia sobre los jueces (como puede ser la vigilancia de importantes segmentos de la comunidad), y si los jueces están a su vez adscritos de manera propia y natural al principio legal y moral que rige su conducta.

La otra cuestión que tendría que considerarse es el “diálogo” entre las distintas visiones del mundo o cosmovisiones que subyacen en nuestras sociedades: al menos un sistema de creencias tradicional y uno relativamente moderno, pero no se excluyen derechos religiosos encontrados que operan a veces dentro de una misma comunidad. Creo que es difícil sostener, desde un horizonte que nos ha hecho extremadamente sensibles a los fracasos de la modernidad, que la historia es un camino de progreso y que la modernidad es, por lo tanto, un estadio del espíritu superior al de las sociedades tradicionales. No quiero tampoco, ni podría, negar las esferas en las que aun la incompleta modernidad latinoamericana ha traído posibilidades de autodeterminación insospechadas para hombres y

mujeres en muchos campos de la cultura. En cualquier caso, las cosmovisiones representadas en los sistemas jurídicos, sus encuentros y desencuentros, obligan a una confrontación con exigencias y posibilidades venidas de fuera que seguramente han marcado y seguirán marcando los parámetros de conducta que se consideren aceptables o inaceptables en las comunidades.

La ley indígena de las mujeres zapatistas sería un caso paradigmático de este “mestizaje”. Ley hecha por las propias mujeres indígenas en el marco de su legalidad propia; ley probablemente inspirada e influida por los conceptos modernos que nacieron en Occidente y han permeado la conciencia mundial. Estas negociaciones, por así llamarlas, entre lo establecido y lo nuevo, o entre distintas interpretaciones de una normatividad no es, por cierto, ajeno a lo que sucede en el resto de la sociedad, donde se está formulando y reformulando continuamente el derecho. (El tema de los derechos de los homosexuales, el derecho a la interrupción del embarazo y el tema relativo al consumo de drogas son los casos más discutidos de los últimos tiempos).

5 La cosmovisión indígena en tanto generadora de derecho

Mercedes Gayosso, jurista que ha estudiado con atención el sistema de derecho indígena, ha mostrado convincentemente que el derecho indígena constituye no un conjunto de consejos y valores mezclados con supersticiones y restos de mitología, sino un sistema constituido a partir de un entramado de conceptos coherentemente articulado. A diferencia de las dudosas caracterizaciones que se han hecho, el derecho indígena debe ser, en su opinión, considerado un sistema jurídico plenamente constituido. Dice la autora:

Referida a lo jurídico, me preocupa que las conclusiones de quienes han intentado (abordar el derecho indígena) muestren temor de concederle la categoría de derecho, sobre todo frente a derechos ya reconocidos como tales, o le llamen “costumbres jurídicas” a un cierto número de normas tomadas aisladamente y con la desconfianza de que sean más bien preceptos morales por no encontrarlos clasificados y definidos bajo los parámetros modernos. En el mejor de los casos (estos estudiosos) se atreven a llamarlos “derecho consuetudinario” equiparándolo, entonces, al derecho anglosajón.³

A diferencia de tales autores, Gayosso encuentra que en la cultura náhuatl “las instituciones jurídicas se hallan inmersas en el fenómeno social –generalmente catalogadas como reglas morales, consejos y conjuros– pero que están claramente conceptualizadas, basadas en principios mantenidos por la tradición y que cuentan con una terminología y una reglamentación consecuente... (Estas determinaciones), dice, permite elevarlas a la categoría de sistema jurídico”.⁴ La hipótesis que nos propone la autora consiste en que es posible comprender el derecho indígena a la luz del derecho romano arcaico, un derecho que no se había separado de sus fuentes religiosas y morales,⁵ y

3 Mercedes Gayosso. *Persona: naturaleza original del concepto en los derechos romano y náhuatl*. Universidad Veracruzana. Xalapa, Veracruz, 1992, p. 23-24.

4 *Ibid.*, p. 25

5 Cf. *Op. Cit.*, p. 26. “Una vez reconstruidas como instituciones jurídicas, a la luz de la sistematización de los modelos romanistas –precisamente en sus formas más antiguas que, justamente por ello, están todavía amalgamadas con principios y argumentaciones religiosas, y por ende, más cercanas a la naturaleza integradora del pensamiento náhuatl– pasaré a dar seguimiento... a las del periodo indiano con el fin de descubrir si se fundieron en un proceso de sincretismo cultural...”

que habría de mezclarse o fusionarse armoniosamente con el derecho indígena.

Por nuestra parte, hemos propuesto una aproximación al derecho indígena a la luz de los sistemas dinámicos en alguna de sus grandes líneas. En la medida en que el derecho indígena se encuentra atravesado por determinaciones religiosas, tal vez pudiera entenderse dentro del marco de un sistema de deberes orientado en su principio aspiracional al servicio de un orden natural identificado con el orden divino. En este tipo de sistemas, el individuo reconoce sobre todo deberes frente al universo y frente a sus semejantes. Recordemos que la persona en el mundo prehispánico se concibe, según las fuentes, como creado para servir a la divinidad y no reclama, por lo tanto, nada para sí. La educación náhuatl, dice Gayosso siguiendo León Portilla, tiene como finalidad “hacer sabios los rostros y firmes los corazones” (Gayosso: 69). Cito a la misma autora, quien nos remite a su vez las investigaciones de Jacques Soustelle:

Finalmente me referiré al argumento de que esta cultura “no concedía al hombre sino un papel ínfimo en la organización de las cosas.” Su destino estaba sometido al todo poderoso *tonal pōhualli* (cielo del calendario). Su vida en el otro mundo no dependía en nada de consideraciones morales. Su deber consistía en combatir y morir por los dioses y por la conservación del mundo.⁶

Pero esta interpretación, corrige Gayosso, “no toma en cuenta el recíproco e indisoluble papel de hombres y dioses al que ya he aludido”. (Gayosso: 39-40). La creación del hombre ocurre en el universo azteca a partir del sacrificio de Quetzalcóatl, quien baja al Mictlán por los huesos de los hombres creados en eras

6 J. Soustelle. *El universo de los aztecas*. FCE, México 1983, p. 56.

o soles anteriores (recordaremos que la creación actual corresponde al Quinto Sol), y después los riega con la sangre de su miembro viril.⁷ En la medida en que el universo jurídico conserve un lazo significativo con este sustrato mítico, es probable que se constituya como un sistema jurídico de deberes. Pero como las comunidades indígenas actuales no son las comunidades prehispánicas sino que han interactuado durante cinco siglos con toda clase de movimientos y tradiciones, tampoco es imposible que la costumbre haya derivado hacia un sistema jurídico mixto de deberes y derechos, propiamente consuetudinario (según la clasificación de Jacobson). Aquí la persona habría de concebirse simultáneamente como creada para cumplir un ideal moral (hacer sabios los rostros y firmes los corazones), y al mismo tiempo, como luchando por el reconocimiento de los demás. Eso, sin embargo, tendría que estudiarse con más detenimiento en los sistemas tomados individualmente. Por otro lado, no es que en las sociedades regidas por tradiciones dinámicas no haya también una parte del código estructurado como derecho positivo. Parece inevitable que toda sociedad tenga un conjunto de prohibiciones asociadas a sanciones que regulen ciertos intercambios y garanticen el orden social. La cuestión es que esas reglas no agotan el código legal ni son interpretadas en sí mismas fuera de su sistema más general de orientación.

6 *La dimensión “aspiracional” del derecho dinámico*

7 Línea 18: “Llegó la que se llama Quilaztli, que es Cihuacóatl, los molió los huesos y los puso después en un barreño precioso./ (19) Quetzalcóatl sobre él sangró su miembro y enseguida hicieron penitencia los dioses que se han nombrado: Apantecuhtli. Huitlo-
linqui, Tepanquizqui, Tlallamánac, Tzontémoc y el sexto de ellos, Quetzalcóatl”. Citado en Gayosso, p. 40.

Tal vez la diferencia más radical entre el derecho positivo y el derecho dinámico como aquí lo presentamos, consiste en el presupuesto, muchas veces no explícito, de quién detenta el derecho, es decir, de qué noción de sociedad y de persona se encuentran en la base del sistema. Para el derecho positivo, el Estado es el órgano que detenta el derecho en tanto conjunto de prohibiciones asociadas a sanciones con el fin de mantener el orden político. El Estado responde a la concepción hobbesiana entendida como producto de la lucha de todos contra todos, en el marco de una naturaleza esencialmente violenta que enfrenta a los grupos y los individuos. Al Estado, por lo tanto, se le otorga el monopolio de la violencia legítima y se le exige que establezca un poder capaz de limitar y administrar dicha violencia.

Para el derecho dinámico, por el contrario, es el individuo el que se hace cargo y sostiene el derecho, en la medida en que se convierte en agente directo de que los valores que dan sentido a las prácticas legales –e insistiremos en que éstas no se reducen a actividades expresamente prohibidas por un código. El individuo es el agente del derecho en la medida en que esas normas no están separadas de consideraciones teleológicas o religiosas en general, como tampoco de las que conminan al individuo a encarnar los valores tenidos por más altos dentro de la sociedad. El individuo está llamado a tomar sobre sí el conjunto de las normas y valores que cumplen las formas más plenas de su humanidad, y de sostener, con su aquiescencia y participación activa, la paz y el sentido último que se propone. Aquí la naturaleza y la naturaleza humana no están pensadas como esencialmente violentas a la manera de Hobbes, sino que se plantean como perfectibles en la medida en que están sujetas a la orientación que les sirve de guía.

Probablemente esta estructura de funcionamiento resulta más notoria en los sistemas dinámicos de deberes cuyos fines

últimos son explícitos, pero en realidad atravesaría todas las formas de legalidad dinámica. En el derecho consuetudinario, una parte de la normatividad estaría orientada en esta dirección y la otra por el afán de alcanzar espacios de reconocimiento. Habría que ver en cada uno de los derechos indígenas, tomados individualmente, cómo se establece la proporción de deberes y derechos que se reconocen o reclaman.

7 Actualidad de los derechos dinámicos

Una de las preguntas que nos hemos hecho y que inquieta a distintos estudiosos e investigadores tiene que ver con la actualidad de un tipo de sistema legal que se encuentre orientado por valores extrajurídicos –si bien relativamente difusos– en sociedades tan plurales y distintas como las actuales. Es frecuente escuchar el argumento de que una libertad interpretativa como la que otorgan los derechos dinámicos y que apelan a nociones morales o de sentido común no es operable en sociedades altamente complejas como las nuestras. El reclamo consiste en que el sistema de usos y costumbres sólo puede ser válido en el contexto de sociedades cerradas, siempre y solamente para los miembros de tal comunidad y muchas veces limitado a conflictos domésticos pero insuficiente para resolver situaciones que involucren conflictos graves o responsabilidad penal.

Nos ha llamado, por lo tanto, poderosamente la atención encontrar que los sistemas jurídicos dinámico no solamente pueden regir sociedades nacionales plurales y complejas, sino que el mismo derecho internacional se plantea la elaboración de formas normativas de este tipo, con la idea de encontrar un lenguaje y una perspectiva jurídica capaz de crear puentes y de “superar” distintas reglamentaciones domésticas de naturaleza positivista. En el capítulo “Dynamic Jurisprudence in the De-

velopment of an International Common Law”, Michael P. van Alstein analiza el tema medular de los “principios generales”, así como su funcionamiento en convenios internacionales de comercio. Cito:

En esencia, el paradigma de interpretación del artículo 7 de CISG refleja una única aspiración unificadora: iniciar un proceso que permita desarrollar un cuerpo de ley internacional verdaderamente independiente. Si bien las cláusulas específicas del convenio constituyen el marco de este cuerpo, sus “principios generales” representan los valores morales que le permitirán a esta nueva entidad alcanzar su desarrollo y madurez.⁸

Y más adelante el texto continúa:

Uno de los rasgos comunes a los códigos civiles es la así llamada “cláusula general”, una estipulación muy amplia relativa a contenidos de equidad o moralidad general [...] El mejor ejemplo de esto es el precepto más extendido en los códigos civiles el cual estipula que las obligaciones legales se realicen en un espíritu de “buena voluntad” o, más generalmente, de “equidad”.⁹

-
- 8 “At its heart, the interpretative paradigm of CISG article 7 reflects a single unifying aspiration: to initiate a process for the development of a truly independent, international body of law. If a specific convention’s express provisions are the corporal frame, then its “general principles” represent the moral values that will guide this new entity’s growth to maturity. And to ensure the true independence of this process, the paradigm mandates that these values be fashioned free from the influence of the convention’s numerous and disparate domestic parents”. (pg. 761) (La traducción es mía).
- 9 A common feature of civil codes is the so-called “general clause”, a broad, abstract provision of undefined moral or equitable con-

Un principio general que apele a contenidos de “equidad” y “moralidad” en general donde las obligaciones legales se realizan en un espíritu de “buena fe” parece casi un contrasentido para el derecho positivo. El texto explica igualmente cómo deben operar estos principios generales e incluso discute con otros juristas respecto a lo que él considera una mala interpretación de tales disposiciones en lo que concierne a casos concretos de aplicación. Resulta extraordinario, en mi opinión, que preceptos tan generales puedan servir de base para la conformación de un acuerdo legal internacional donde países con culturas legales e incluso intereses económicos encontrados hallan una base común de negociación. Parece que los “principios espirituales” que guían los afanes humanos de paz y de justicia no han sido completamente expulsados del derecho internacional.

8 *Conclusión*

Consideramos que la tradición jurídica indígena puede ser entendida con mucha naturalidad dentro del marco abierto por los sistemas jurídicos dinámicos. Que sea un derecho orientado religiosamente y obedezca a un principio de deber, o un sistema mixto de derechos y deberes orientado por un principio de reciprocidad habría que establecerlo en cada caso. El hecho de que operen en sociedades donde las autoridades tradicionales son ampliamente reconocidas (a pesar de las diferencias que

tent... There is perhaps no better example of this than the standard provision of civil codes requiring the performance of legal obligations in “good faith”, or more broadly, in “equity”. These clauses do not have a defined target or content; they are rather “super control norms” that pervade all legal relationships within the scope of the civil codes. (319)

pueda haber incluso a nivel religioso entre los miembros de la comunidad) le otorgar a este derecho una eficacia digna de encomio, sobre todo cuando existen controles comunitarios fuertes. Más allá, entonces, de establecer una caracterización precisa, quisiéramos sugerir que pensar el derecho indígena dentro de la lógica de los derechos dinámicos –una lógica no menos jurídica y no menos justa o adecuada que la del derecho positivo– permitiría ampliar nuestra noción de legalidad y derecho de maneras fructíferas. Tal ensanchamiento podría coadyuvar a establecer un diálogo no jerárquico entre derechos disímbolos con base en una mejor comprensión de los presupuestos y mecanismos inherentes a cada uno, de sus fortalezas y sus límites.

Pero no solamente las sociedades tradicionales utilizan formas dinámicas del derecho, sino que contrariamente a lo que se supone, la tendencia actual apunta hacia formas relativamente laxas de legislación, donde el acuerdo sobre ciertos valores extrajurídicos sostiene y avala distintos convenios. Este marco jurídico favorece la posibilidad de un entendimiento que sería difícil de lograr si obedeciera a una legislación de corte positivista. Pensar en fórmulas de este tipo que permitan establecer mecanismos de entendimiento entre los sistemas jurídicos indígenas y entre estos y la juricidad estatal no resulta por lo tanto descabellada. Algunas experiencias autonómicas y comunitarias ya han empezado a transitar este camino. Entender la racionalidad y, al mismo tiempo, los peligros de cada uno de estos grandes sistemas de ley, tal vez contribuya a despejar el camino hacia formas de impartición de justicia basados en una mejor escucha. Consideramos que si bien las diferencias entre ellas son muy grandes, una mejor comprensión de su lógica y de su legitimidad permitiría establecer puentes para alcanzar la paz y propiciar intercambios fecundos.

Desde una perspectiva filosófica, la posibilidad de vislumbrar una forma de entender la ley que disuelva en alguna medida la oposición irreconciliable entre derecho y justicia parece, cuando menos, sugerente. La justicia dejaría de ser una violencia impuesta desde fuera con fines más o menos legítimos y siempre al borde de su perversión y colapso, para ser sobre todo una tarea asumida por cada individuo en aras de la construcción permanente de sí mismo y del mundo que lo rodea: el sujeto inscrito en dicho sistema aspiraría, entonces, al cumplimiento de la humanidad en su persona; aspiraría, igualmente, a colaborar en la creación de una sociedad que le confiere a sus miembros su pleno significado y valor. Esa realización, ese esfuerzo de humanización permanente no se realiza en el futuro de un mañana siempre pospuesto, sino en el aquí y ahora de cada momento, de cada acto específico en el que descansa el significado de la vocación que la anima.

Bibliografía

- ARAGÓN ANDRADE, Orlando, “Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México, Una defensa del pluralismo jurídico”, *Boletín mexicano de derecho comparado*. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/118/art/art1.htm>
- CARLSEN, Laura, “Autonomía Indígena y usos y costumbres: la innovación de la tradición”, <http://www.prodiversitas.bioetica.org/nota26.htm>
- CHÁVEZ, Chávez J. (2003): *Los indios en la formación de la identidad nacional mexicana*. Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. México.
- COMISIÓN Jurídica para el Autodesarrollo de los Pueblos Originarios Andinos CAPAJ, “El derecho consuetudinario

- indígena”, http://robertexto.com/archivo14/cosuet_indigena.htm
- GAYOSSO Y NAVARRETE, Mercedes (1992): *Persona: naturaleza original del concepto en los derechos romano y náhuatl*. Universidad Veracruzana. México.
- GASPARELLO, G. y Quintana Guerrero, J. (2009): *Otras geografías. Experiencias de autonomías indígenas en México*. Universidad Autónoma Metropolitana. México.
- IRIGOYEN FAJARDO, Raquel, “Criterios y pautas para la coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal”, <http://alertanet.org/dc-ryf-criterios.htm>
- JACOBSON, Arthur (1990): “The Idolatry of Rules. Writing Law According to Moses with Reference to Other Jurisprudences”, *Cardozo Law Review*. July- August 1990. Vol II N° 5-6, pp. 1079-1132.
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco (2002): *Autonomía y derechos indígenas*, Conaculta, México.
- MARTÍNEZ H. et. al., *Los colores de la tierra. Nuevas generaciones zapatistas*.
- MOGUEL, Julio y SAN JUAN, C. (2004): *Sistemas jurídicos de la pluriculturalidad en México*, Universidad Indígena Intercultural de Michoacán, México.
- SIGNORINI, I. y LUPO, A. (1989): *Los tres ejes de la vida*, Universidad Veracruzana, México.
- VAN ALSTINE, Michael. “Dynamic Jurisprudence in the Development of an International Common Law”, *Dynamic Treaty Interpretation*, http://www.jus.uio.no/pace/dynamic_treaty_interpretation.michael_p_alstine/_3.html

ARTÍCULO IV

Origen y desarrollo de la protección de los derechos humanos en la Unión Europea

DR. JOSÉ ENRIQUE ANGUITA OSUNA
Universidad Rey Juan Carlos -España-

Resumen:

La protección de los derechos humanos en Europa se ha llevado a cabo tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea. Desde el inicio del proyecto de integración europea los padres fundadores, instituciones y Estados miembros de la Unión Europea han demostrado un gran interés por garantizar la protección de los derechos humanos tanto en el interior como el exterior de la propia Unión. De este modo, el respeto a los derechos humanos y la dignidad, así como los principios de libertad, democracia, igualdad y Estado de Derecho, son valores comunes para todos los países comunitarios. En este sentido, pretendemos abordar el origen y posterior desarrollo de la protección de los derechos humanos, desde los comienzos de la Unión hasta la actualidad, haciendo hincapié en la garantía y protección de estos, desde los Tratados fundacionales hasta la vigente normativa en la que la Unión garantiza la protección de los derechos humanos como son el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales.

1. Introducción

Actualmente en Europa conviven dos grandes organizaciones internacionales de carácter regional que surgieron tras la Segunda Guerra Mundial y que han ido desarrollándose de forma paralela para conseguir sus objetivos, entre los cuales se encuentran la protección de los derechos humanos o derechos fundamentales. Nos estamos refiriendo, por un lado, al sistema de protección internacional de derechos del Consejo de Europa y, por otro lado, al sistema de protección internacional de la Unión Europea.

En primer lugar, la protección de los derechos en el seno del Consejo de Europa se fundamenta en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus 13 protocolos adicionales. En segundo lugar, la protección de los derechos de la Unión Europea se basa en el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en su derecho derivado y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en otros tratados internacionales que hayan sido firmados y ratificados por la propia Unión (Chueca Sancho, 2004, pp. 37-38).

En la gran mayoría de Estados y las organizaciones internacionales se trabaja para conseguir crear un entorno estable, pacífico y óptimo para que sus ciudadanos puedan tener una convivencia pacífica. Obviamente para poder conseguir este objetivo se tendrá que contar con las herramientas oportunas como son el establecimiento de unas instituciones democráticas, y que cuenten con un Estado de Derecho justo e igualitario que permitan crear las condiciones necesarias para proteger los derechos humanos.

En el continente europeo la garantía de los derechos de los ciudadanos se debe conseguir tanto a nivel interno por las propios Estados nacionales mediante sus propias instituciones,

políticas y normativas que velen por su preservación, como a nivel exterior, es decir, mediante las acciones, medidas y políticas que desarrollarán organizaciones internacionales, como en este caso son el Consejo de Europa y la Unión Europea.

La protección de los derechos humanos se ha convertido en una prioridad para la Unión Europea, sus Estados miembros y sus ciudadanos, de modo que pretenderán garantizar el respeto y protección de los derechos humanos no solamente dentro de las fronteras de la Unión sino también fuera, fomentando la protección de los derechos y libertades en terceros Estados más vulnerables que requieran la ayuda internacional de la Unión.

Este compromiso ha sido plasmado por el Parlamento Europeo realizando la siguiente declaración:

“La Unión Europea está comprometida con la defensa de la democracia y los derechos humanos en sus relaciones exteriores, de conformidad con sus principios fundacionales: la libertad, la democracia, el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y el Estado de Derecho. La Unión persigue integrar las cuestiones relacionadas con los derechos humanos en todas sus políticas y programas; además, cuenta con diversos instrumentos en materia de derechos humanos destinados a acciones específicas, incluida la financiación de proyectos concretos mediante sus diferentes instrumentos de financiación” (Parlamento Europeo, 2019 b, p. 1).

A continuación, vamos a realizar un estudio sobre el origen y desarrollo de la protección de los derechos humanos en la Unión Europea. En primer lugar, trataremos algunos aspectos generales entre los que se encuentra la conceptualización de los derechos humanos, algunas clasificaciones de estos y sus precedentes más remotos en la historia. En segundo lugar, se abordará el origen y evolución de la protección de los derechos humanos en Europa, atendiendo principalmente al desarrollo

de este proceso en la Unión Europea. Finalmente, se ofrecerán algunas pinceladas acerca del régimen jurídico actual de los derechos humanos en la Unión.

2. Aspectos generales sobre los derechos humanos

2.1. Conceptualización

Respecto a los aspectos conceptuales, el término “derechos humanos”, ha ido evolucionando poco a poco y actualmente se ha extendido y se conoce por gran parte de la sociedad. No obstante, en otros momentos pasados e incluso actualmente fue y ha sido identificado con otros términos parecidos como son “derechos naturales”, “derechos del hombre y del ciudadano”, “derechos individuales”, “libertades públicas” o “derechos fundamentales del hombre”, entre otros (Osuna Fernández-Largo, 2001, pp.13-15). Asimismo, como apunta Labrada Rubio, el término “derechos fundamentales” puede ser considerado uno de los términos más precisos y específicos a la hora de hacer referencia a los diferentes tipos de derechos existentes y, al mismo tiempo, este concepto permite designar a los derechos humanos ya positivizados (Labrada Rubio, 1998, p. 20).

Llegar a concretar una definición única de los derechos humanos no es sencillo, porque puede ser interpretado desde diferentes perspectivas y observado con matices diversos. Sin embargo, vamos a seguir la conceptualización realizada por Osuna Fernández-Largo, quien identifica el concepto de derechos humanos del siguiente modo:

“Un sector de la normatividad jurídica referida a valores de la persona humana en sus dimensiones de libertad, autonomía e igualdad de condición en la vida social, que deben ser respetados en toda le-

gislación. Su formulación es fruto histórico de una progresiva toma de conciencia de las exigencias sociales derivadas de la excelencia de la persona humana y que han sido enunciadas en declaraciones, leyes fundamentales, constituciones o en los ordenamientos como derecho fundamental. Estas normas exigen ser reconocidas en todo ordenamiento jurídico como exponente básico de su justicia” (Osuna Fernández-Largo, 2001, p. 33).

Continuando con los planteamientos de Osuna Fernández-Largo, se observan los siguientes elementos que se pueden incluir dentro de su conceptualización de los derechos humanos: en primer lugar, constituyen normatividad jurídica; en segundo lugar, tienen un carácter universal que no poseen otras normas que están limitadas tanto por el tiempo como por su ámbito territorial; en tercer lugar, se trata de un concepto histórico; en cuarto lugar, los derechos humanos formulan la justicia básica que debe estar presente en todos los ordenamientos jurídicos y cuyos valores residen en la protección básica de la dignidad de los seres humanos y en la configuración de una sociedad justa; en quinto y último lugar, el contenido de los derechos humanos es muy variado, y se encuentran en constante aumento, entre los cuales se pueden encontrar los derechos de la primera, segunda y tercera generación, los derechos y libertades públicas, los derechos civiles y políticos, los derechos económicos sociales y culturales, etc. (Osuna Fernández-Largo, 2001, pp.33-34).

En definitiva, los derechos humanos, tal y como los conocemos actualmente, son el resultado de un concepto que se ha ido fraguando con el paso de los años, y que pueden ser observados desde otras perspectivas. A modo de ejemplo, según sostiene Pardo Núñez, *“la actual política de los derechos humanos no es más que el resultado de un proceso, iniciado en el siglo XVIII, en virtud del que la Moral, arrumbada por el Absolutismo al ámbito*

interior, vuelve a la escena pública para hacer valer su superioridad frente a la Política: la moral ilustrada fue la madre legítima de los derechos humanos” (Pardo Núñez, 2002, p. 24).

2.2. Clasificaciones

Los estudios realizados sobre los derechos humanos son muy abundantes, y pueden ser tratados desde diversas perspectivas. En nuestro caso, según los trabajos realizados por Labrada Rubio, se pueden abordar varias clasificaciones realizadas sobre los derechos humanos (Labrada Rubio, 1998, pp. 121-129):

En primer lugar, se plantea una clasificación confeccionada en base a las diferentes generaciones de los derechos humanos en las cuales existen diversos tipos de derechos: primera generación (derechos civiles y políticos); segunda generación (derechos económicos y sociales); tercera generación (derechos culturales); cuarta generación (derecho al medio ambiente).

En segundo lugar, se plantea una clasificación de los derechos humanos en base a los valores o intereses que se protegen. En este caso los derechos humanos se abordan desde una perspectiva general para proteger a las personas. Partiendo de esta base, se pueden observar derechos humanos que protegen principalmente el valor de la libertad (derechos civiles y políticos o derechos de relación social), mientras que otros derechos humanos protegen el valor de la seguridad (derechos sociales, laborales, y culturales, y los derechos de cuarta generación, entre los que se encuentra el derecho al medio ambiente).

En tercer lugar, se puede ofrecer otra clasificación realizada en base a la Declaración Universal de la organización de Naciones Unidas de 1948 en virtud de la cual existirían los siguientes tipos de derechos humanos: derechos civiles; derechos políticos; derechos económicos, sociales y culturales.

2.3. *Precedentes remotos de la configuración y protección de los derechos humanos*

Atendiendo a los orígenes más remotos de los derechos humanos, hemos de remontarnos a la Edad Media para observar los posibles inicios de lo que hoy conocemos como “derechos humanos”. Obviamente, en este periodo tan alejado no tenían ni la misma terminología, ni significado, ni por supuesto la importancia que tienen actualmente.

Es cierto que durante la Edad Media ya se contemplaba dentro del cristianismo la protección de la dignidad de la persona, sin embargo, la protección de esta dignidad de los seres humanos no se conseguía mediante el respeto y garantía de una serie de derechos iguales para todas las personas, de la forma en que actualmente se consolidan amplios y robustos catálogos de derechos para los ciudadanos europeos (Labrada Rubio, 1998, p. 71).

Poco a poco se trató de conquistar algunos derechos para las personas más débiles que convivían en las sociedades feudales con nobles, clero y personas poderosas. En base al Pacto de las Cortes de León de 1188 se aprobaron una serie de leyes que pretendieron proteger ciertos derechos humanos, según las circunstancias de esa época, y salvando las distancias con la protección de los derechos que se ejerce actualmente. En este sentido, se empezó a buscar la igualdad de todas las personas con la adquisición de derechos como la búsqueda de un juicio imparcial para todas las personas, o la inviolabilidad de la propiedad privada frente a las clases privilegiadas. Por tanto, acabaron dictándose Cartas de Población y Leyes de Cortes (Osuna Fernández-Largo, 2001, pp.49-51).

Entre los antecedentes de las actuales declaraciones de derechos humanos podemos encontrar la *Charta Magna* inglesa de 1215, el Privilegio General de Aragón de 1283, las Leyes de

Burgos de 1512 y las Nuevas Leyes de Indias de 1542, y el *Bill of Rights* o constitución de la revolución de 1688. Mas tarde, se fueron creando cartas de derechos más elaboradas, complejas y con un catálogo aún mas amplio de derechos que habría que proteger como fueron la Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776, así como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 de Francia (Osuna Fernández-Largo, 2001, pp. 51 -63).

Las dos últimas declaraciones mencionadas se han erigido como los antecedentes normativos más consolidados que han podido servir de guía a posteriores constituciones y catálogos de derechos y libertades que se han ido configurando durante la Edad Contemporánea.

Por un lado, como antecedente directo de los derechos humanos podemos mencionar la Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776 en la que se planteaba que todos los hombres son creados iguales, y que son dotados por su creador de derechos inalienables, entre los cuales se encontraban el derecho a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Esta declaración se acabaría convirtiendo en una auténtica proclamación y reconocimiento de los derechos humanos. Por otro lado, con posterioridad, se redactó en Francia la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, siendo un texto novedoso en el que no se hacía ninguna referencia al rey, a la nobleza o a la Iglesia y, por el contrario, se manifestaba que los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre eran el fundamento de toda forma de gobierno. En definitiva, dicha declaración se convirtió en una herramienta que permitiría acabar creando siglos más tarde un auténtico catálogo de derechos humanos universales (Hunt, 2009, pp. 13-15).

A lo largo del siglo XIX se pudo observar un proceso de constitucionalismo en un gran conjunto de Estados, los cuales decidieron ir introduciendo en sus respectivas legislaciones

y constituciones referencias a la protección de los derechos humanos, convirtiendo esta materia en un contenido de referencia en sus ordenamientos jurídicos. Por tanto, poco a poco, el interés por la protección de los derechos humanos ha ido aumentando en organizaciones internacionales y diferentes Estados, principalmente siendo clave la elaboración en el seno la organización de Naciones Unidas de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (Labrada Rubio, 1998, pp. 67-68).

3. Evolución de la protección de los derechos humanos en la Unión Europea

3.1. Introducción

Tal y como sostiene Abellán Honrubia, el interés por los derechos humanos a nivel europeo surgió con anterioridad a la configuración de las Comunidades Europeas. Tras la Segunda Guerra Mundial, el contexto europeo estaba marcado por la idea de dar a conocer y fomentar el conocido como “patrimonio común europeo”, formado por los signos de identidad y cohesión europea, así como por un conjunto de principios y valores como fueron la democracia, el Estado de Derecho y los derechos y libertades fundamentales. En este contexto surgió el Consejo de Europa¹ asumiendo plenamente como propios

1 El Consejo de Europa es una organización internacional que se creó por el Tratado de Londres, el 5 de mayo de 1949, con el objetivo de garantizar la defensa, protección y promoción de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho. Se trata de la organización europea más antigua que fuera creada con esta finalidad. Se encarga de defender el cumplimiento del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las

estos valores que se acaban de mencionar. Bajo el marco de esta organización se acabó aprobando el Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (Abellán Honrubia, 2019, p. 37). Este instrumento jurídico internacional ha sido muy relevante en la historia de Europa en su camino para proteger los derechos humanos. En este sentido, Freixes Sanjuán y Remotti Carbonell entienden que supone “*un instrumento fundamental dentro del proceso de integración europea, como estándar mínimo de protección y garantía para los derechos en él reconocidos y garantizados e interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*” (Freixes Sanjuán y Remotti Carbonell, 2002, p. 62).

Este Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, se compone de 66 artículos y de un protocolo adicional firmado en París el 20 de marzo de 1952. El contenido de este convenio se ha ido modificando con el paso del tiempo mediante la creación nuevos protocolos adicionales y, en definitiva, ha recogido diferentes tipos de derechos entre los cuales se encuentran los siguientes: derechos civiles y políticos o los derechos sociales, económicos y culturales (Labrada Rubio, 1998, pp. 113-114).

Poco tiempo más tarde, se inició el proceso de integración europea con la Declaración de 9 de mayo de 1950 de Robert Schuman, convirtiéndose esta en uno de los principales hitos históricos de la Unión Europea, que daría lugar a la posterior aprobación de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (CECA en 1951 y CEEA y CEE en 1957).

Libertades Fundamentales de 1950 y cuenta con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Europa (Ministerio de Asuntos Exteriores de España, consultado el 5.12.2019).

Como apuntan Mangas y Liñán, a la hora de aprobarse estos tratados fundacionales no se tuvo en consideración la inclusión de la protección de los derechos humanos, puesto que el objetivo del momento era la regulación de otros aspectos prioritarios. Sin embargo, sería a partir de la década de los 60 del siglo pasado cuando se inició una corriente orientada a preservar los derechos fundamentales en el proceso de integración europea, de modo que empezó a surgir jurisprudencia que plantearía la protección y garantía de los derechos fundamentales (Mangas Marín y Liñán Noguerras, 2016, p. 123).

Por tanto, desde mediados del siglo xx surgió una preocupación por preservar los Derechos Humanos en Europa no solamente dentro de los propios Estados nacionales europeos, sino también en el seno de varias organizaciones internacionales de carácter universal como Naciones Unidas, al igual que en otras organizaciones internacionales europeas, es decir, por un lado, el Consejo de Europa y, por otro lado, las Comunidades Europeas.

Si bien el Consejo de Europa se creó con la finalidad de *“realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y mover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social”*², también se recogía en su estatuto que entre sus funciones se encontraba *“la salvaguarda y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”*³. Sin embargo, en los comienzos de las Comunidades Europeas, la protección y salvaguarda de los derechos humanos no fue una prioridad, puesto que la cooperación inicial de sus Estados miembros se centró en

2 Artículo 1 del Estatuto del Consejo de Europa, firmado en Londres el 5 de mayo de 1949, siendo objeto de algunas enmiendas en 1951 y 1953.

3 Artículo 2 del Estatuto del Consejo de Europa.

la explotación y gestión del carbón y del acero, la energía atómica y la cooperación económica.

A pesar del gran peso que ha tenido el Consejo de Europa como principal organización garante de los derechos humanos, a continuación, vamos a mostrar, en mayor medida, los avances que las Comunidades Europeas y posteriormente la Unión Europea ha ido alcanzando a la hora de proteger a los ciudadanos y garantizar los derechos humanos no solo dentro de la propia Unión sino también en el exterior.

3.2. Evolución histórica-normativa de la Unión Europea como garante de los derechos humanos

Tras la aprobación de los Tratados fundacionales el proceso de integración europea fue continuando y creciendo tanto desde el punto de vista participativo, puesto que, en base a la firma de diversos tratados de adhesión, diferentes Estados se han ido incorporando a la Unión Europea en diferentes fases de ampliación, como desde el punto de vista material, ya que la Unión ha ido asumiendo cada vez más competencias sobre más materias sobre las que legislar y elaborar políticas y medidas, entre las cuales se encuentra la protección y salvaguarda de los derechos humanos.

Hemos de reseñar que con carácter previo a la aprobación del Tratado Maastricht en 1992 la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea estaba basada básicamente en el reconocimiento jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que alegaba que se debían respetar y garantizar en el mismo sentido en el que se realizaba en el Convenio Europeo para la Protección de los derechos humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Sin embargo, tras la aprobación del Tratado de la Unión Europea en 1992 se logró formalizar la protección

de los derechos humanos dentro del contenido de los tratados (Mangas Marín y Liñan Nogueras, 2016, p. 123).

A pesar del gran paso que se dio tras la aprobación del Tratado de Maastricht de 1992, en cuanto al reconocimiento y protección de los derechos humanos, anteriormente se fueron logrando pequeños avances de menor entidad, pero también relevantes para lograr el reconocimiento actual de los derechos.

Acta Única Europea (1986). En la década de los años 80 del siglo pasado se aprobó el Acta Única Europea de 1986 en cuyo contenido se realizaba una pequeña referencia a los derechos humanos. Concretamente en su preámbulo se manifestaba la responsabilidad que Europa debía tener en el momento de adoptar una postura uniforme entre todos los Estados, actuando con cohesión y solidaridad, con el objetivo de proteger con eficacia sus intereses comunes y su independencia, así como reafirmar los principios de democracia y el respeto del derecho y de los derechos humanos que se propugnan⁴.

Tratado de Maastricht (1992). El momento determinante para dar un gran paso en la protección de los derechos humanos en la Unión Europea se produjo con la aprobación del Tratado de Maastricht en 1992, donde se recogía expresamente el compromiso de la Unión por avanzar en la salvaguarda de los derechos humanos. En este sentido, en el antiguo artículo F.2 del Tratado de la Unión Europea se declaraba lo siguiente: *“La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros como principios generales del derecho comunitario”*. Además, en el artículo 130, U.2 se incluyó una cláusula en virtud de la cual la política de cooperación al desarrollo debería contribuir a la protección de los derechos

4 Acta Única Europea, DOCE 29.11.1987 L 169/1.

humanos y las libertades fundamentales (Abellán Honrubia, 2019, p. 44).

Mangas y Liñán manifiestan dos cuestiones respecto al tratamiento de los derechos humanos en el Tratado de Maastricht. Por un lado, se incorporó la referencia a la “dignidad humana”, entendida como un elemento clave totalmente vinculado a la protección de los derechos humanos. Por otro lado, se formalizaba el respeto que se debía brindar a los derechos fundamentales tal y como se protegían en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 1950 (Mangas Marín y Liñán Nogueras, 2016, pp. 50-53).

Tratado de Ámsterdam (1997). Como paso previo a la aprobación del Tratado de Ámsterdam tuvo lugar la celebración de una conferencia intergubernamental en 1996 en Turín, donde se adoptaron una serie de reformas positivas, entre las cuales se encontraba la implantación de un sistema de sanciones para los Estados miembros que violaran los derechos humanos de forma grave y persistente (Mangas Marín y Liñán Nogueras, 2016, p. 40). Poco tiempo después, se produjo una inclusión clara del término “derechos humanos” en la normativa de la Unión Europea cuando en el Tratado de Ámsterdam de 1997 se declaraba que “*la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros*” (Abellán Honrubia, 2019, p. 37).

Carta de Derechos Fundamentales (2000). Otro hito histórico normativo significativo en el objeto de este estudio ha sido la redacción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo origen se remonta al Consejo Europeo de Colonia de junio de 1999 en donde se decidió su elaboración. Tras varios debates y discusiones, el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo proclamaron solemnemente la Carta de Derechos Fundamentales el 7 de diciembre de 2000, sin

que hubiera una declaración clara del valor jurídico de dicha carta, lo que pudo llegar a ser interpretado como un fracaso a la hora de aprobar este instrumento para proteger los derechos fundamentales (Menéndez, 2004, pp. 93-94). En cuanto a su composición, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵ se compone de un preámbulo, 7 capítulos y 54 artículos, y describe a lo largo de todo su contenido los derechos relativos a la dignidad, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía y la justicia.

Tratado de Niza (2001). Iniciado el siglo XXI continuaron los avances, como por ejemplo, tras la aprobación del Tratado de Niza de 2001, cuando se impuso la obligación a los Estados miembros de respetar los principios de libertad, democracia y, por supuesto, los derechos humanos (Abellán Honrubia, 2019, p. 46).

Proyecto de Constitución Europea (2004). Aunque finalmente no llegara a entrar en vigor no podemos dejar de hacer referencia al proyecto de Constitución Europea del Parlamento Europeo, que fue aprobado el 18 de junio de 2003 y firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 por los jefes de gobierno de los Estados miembros de la Unión. En este proyecto de Constitución se contemplaba como medida para garantizar la protección jurisdiccional de los derechos humanos en el seno de la Unión Europea el establecimiento de un “recurso de amparo” presentado ante el Tribunal Constitucional. Lamentablemente este proyecto de Constitución finalmente no salió adelante, tal y como sostienen Mangas y Liñán, en cierto modo, debido al defecto que tenía desde su inicio, que fue utilizar el controvertido término políticamente sensible de “Constitución” (Mangas Marín y Liñán Noguera, 2016, p. 39).

5 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOCE 18.12.2000 C364/1.

4. Régimen jurídico vigente

4.1. Normativa

Tras el fracaso del proyecto de Constitución Europea de 2004 a causa del resultado negativo en dos referendos celebrados en mayo y junio de 2005 en Francia y Países Bajos, el Consejo Europeo decidió iniciar un “periodo de reflexión” de dos años en el cual debatir y trabajar sobre el futuro de Europa. Finalmente se acabaría firmando el Tratado de Lisboa el 13 de septiembre de 2007, siendo sus normas principales el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, normas que finalmente entraron en vigor el 1 de diciembre de 2009 (Parlamento Europeo, 2019 a, p. 1).

Actualmente la regulación principal sobre la protección de los derechos humanos en la Unión Europea se encuentra en la siguiente normativa: el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Carta de Derechos Fundamentales, así como en el derecho derivado.

Tratado de la Unión Europea. En primer lugar, dentro del Tratado de la Unión Europea hemos de mencionar los siguientes artículos:

En el artículo segundo del Tratado de la Unión Europea se mencionan los valores en los que se fundamenta la Unión, entre los cuales se encuentran “...*la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres*”⁶.

6 Artículo 2 del Tratado de la Unión Europea.

Asimismo, en el apartado quinto del artículo tercero del Tratado de la Unión Europea se declara que *“en sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas”*⁷.

El apartado primero del artículo sexto del Tratado de la Unión Europea es relevante puesto que recoge que

*“La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”*⁸.

Asimismo, en el apartado segundo del mismo artículo se expone que

*“La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”*⁹. Por último, en el apartado tercero del citado precepto se plantea que *“Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones*

7 Artículo 3.5 del Tratado de la Unión Europea.

8 Artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea.

9 Artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea.

*constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*¹⁰.

Además, en relación con la acción exterior de la Unión Europea, en el apartado primero del artículo 21 del Tratado de la Unión Europea se declara lo siguiente:

*“La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional”*¹¹

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por otro lado, hemos de hacer una mención a la regulación existente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en cuyo artículo 205 se declara: *“La acción de la Unión en la escena internacional, en virtud de la presente parte, se basará en los principios, perseguirá los objetivos y se realizará de conformidad con las disposiciones generales contempladas en el capítulo 1 del título V del Tratado de la Unión Europea”*¹². Por lo tanto, en base a este artículo, la acción que la Unión Europea desarrolla en el ámbito internacional tendrá que fundamentarse en los principios planteados en el citado artículo 21 del Tratado de la Unión Europea.

Carta de Derechos Fundamentales. La Carta de los Derechos Fundamentales de diciembre del año 2000 supone otro

10 Artículo 6.3 del Tratado de la Unión Europea.

11 Artículo 21.1 del Tratado de la Unión Europea.

12 Artículo 205 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

hito histórico normativo en el proceso de integración europea que, además, supone un refuerzo del principio del respeto a los derechos humanos. En este sentido, la protección de estos derechos se reconoce en la Carta de los Derechos Fundamentales como un valor primordial que se debe respetar constituyéndose como un elemento jurídico básico con una dimensión interna muy significativa (Mangas Marín y Liñan Nogueras, 2016, pp. 53-54). Su importancia aumenta y se refuerza dentro de la Unión puesto que tras la aprobación del Tratado de Lisboa de 2007 y su posterior entrada en vigor en diciembre de 2009, como se comentó previamente, la Unión reconoce en el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea los derechos, libertades y principios de la Carta y, además, le concede el mismo valor jurídico que los Tratados.

En 2010 la Comisión Europea elaboró la comunicación titulada “Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea,” en donde se plantea que como el objetivo de esta estrategia consiste en garantizar la aplicación efectiva de los derechos fundamentales recogidos en la Carta, la Unión Europea debe ser ejemplar salvaguardando dichos derechos con el objeto de: facilitar que los ciudadanos de la Unión puedan disfrutar de los derechos que les reconoce la Carta; fomentar la confianza mutua entre los Estados miembros de la Unión así como la confianza de la ciudadanía en las políticas de la Unión; y consolidar la credibilidad de la acción externa de la Unión en materia de Derechos Humanos (Comisión Europea, 2010, pp. 4-15.)

4.2. Construcción jurisprudencial sobre la protección de los derechos humanos

Una vez indicado que en el ámbito de la protección y salvaguarda de los derechos humanos en Europa participan tanto

el Consejo de Europa como la Unión Europea, dicha función protectora se ha llevado a cabo mediante la elaboración de abundante jurisprudencia procedente principalmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Es necesario resaltar el importante papel que ha llevado a cabo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos realizando una labor interpretativa que permita garantizar la aplicación eficaz de los instrumentos internacionales que regulan los derechos humanos. En este sentido, tal y como sostiene Martín Sánchez, la relevancia de su jurisprudencia a la hora de interpretar el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 se justifica con los siguientes motivos (Martín Sánchez, 2002, pp. 1-7):

En primer lugar, el Convenio Europeo de Derechos Humanos es el sistema más eficaz para proteger desde una perspectiva judicial los derechos humanos, creando un estándar mínimo en materia de derechos humanos que, mediante su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se impone a los Estados miembros del Consejo de Europa. Asimismo, es destacable la labor interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que “*considera al Convenio no como algo estático, sino como un texto vivo que debe ser interpretado de acuerdo con las concepciones dominantes actualmente en las sociedades democráticas*”.

En segundo lugar, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene una relevancia significativa en el ordenamiento jurídico español, puesto que en base al artículo 10.2 de la Constitución española, se otorga una gran importancia a los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades garantizadas en la Constitución.

En tercer lugar, la importancia para España de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es tan grande que el Tribunal Constitucional español utiliza habitualmente en sus sentencias la jurisprudencia de este tribunal.

Por tanto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido primordial en la creación del sistema jurisprudencial, puesto que desde la jurisprudencia del TEDH se ha construido un auténtico *“patrimonio común europeo sobre la interpretación de los derechos reconocidos por el convenio, pues la sentencias que ha dictado este tribunal no solo han tenido efectos sobre el caso concreto sino que han producido un efecto indirecto o interpretativo sobre los demás Estados signatarios que, progresivamente, van adaptando su derecho interno, tanto a nivel normativo como interpretativo, a la doctrina del tribunal de Estrasburgo”* (Freixes Sanjuán y Remotti Carbonell, 2002, p. 62).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin embargo, en nuestro estudio haremos más hincapié en la aportación jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Según los estudios realizados por Mangas y Liñán, ha sido muy importante la construcción jurisprudencial en la Unión Europea para proteger los derechos humanos, en base principalmente a una serie de fundamentos: en primer lugar, la importancia de construir una jurisprudencia europea para garantizar los derechos humanos reside en que los derechos fundamentales de las personas se encuentran incluidos dentro de los propios principios generales del derecho comunitario¹³; en segundo lugar, la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos se encuentra inspirada en los principios constitucionales comunes a los Estados miembros¹⁴; finalmente, las normas jurídicas

13 En este sentido se pronuncia la Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, 29/69, p. 419.

14 Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 17/70, p. 1135.

internacionales firmadas por los Estados miembros, entre las cuales se incluye el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que conforma una referencia a la hora de reconocer e interpretar los derechos humanos de los ciudadanos¹⁵ (Mangas Marín y Liñan Nogueras, 2016, pp. 124-125).

Durante los primeros años del proceso de integración europea, ante la inexistencia dentro de la Unión Europea de un verdadero catálogo de derechos fundamentales, desde un primer momento el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas asumió un papel activo en la creación de jurisprudencia y, como apuntan Alonso García y Sarmiento, “*progresivamente a golpe de sentencia, iría configurando los derechos fundamentales propios del ordenamiento jurídico comunitario, utilizando como fuente de inspiración, por un lado, los tratados internacionales sobre derechos humanos, en especial el CEDH, y por otro lado, las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros*” (Alonso García y Sarmiento, 2006, pp. 18-19).

En los últimos tiempos la creación de jurisprudencia para garantizar y proteger los derechos fundamentales ha sido constante, de modo que la Unión Europea y sus instituciones, y concretamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a lo largo de los últimos años, han desarrollado una importante función “*creativa y complementiva del Derecho contenido en los Tratados constitutivos*”. En este sentido, deben mencionarse las siguientes sentencias del TJUE: *Stauder* de 12 de noviembre de 1969, *Internationale Handelsgesellschaft* de 17 de diciembre de 1970, y *Nold* de 14 de mayo de 1974 (Rodríguez Bereijo, 2004, pp. 11-12).

En definitiva, a pesar de la existencia desde el año 2000 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de su importancia a la hora de interpretar y proteger los de-

15 Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold*, 4/73, p. 491.

rechos de los ciudadanos, no podemos obviar, como se acaba de señalar, que desde los años 60 del siglo pasado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha desempeñado un papel clave en la consolidación de los derechos humanos en Europa, creando jurisprudencia determinante que favorece la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos (Pi Llorens, 2004, pp. 127-128).

4.3. Medidas orientadas al fomento y protección de los derechos humanos

En los últimos tiempos la Unión Europea ha ido implementando una serie de medidas orientadas a la protección de los derechos humanos. En este sentido, podemos reseñar el Marco estratégico sobre Derechos Humanos y Democracia elaborado en 2012 por el Consejo, que se encargaba de definir los principios, objetivos y prioridades con la determinación de aumentar la eficacia y la coherencia de la política de la Unión en la siguiente década. Se pretende incorporar los derechos humanos en todas las políticas comunitarias no solamente teniendo una implantación en las políticas internas sino también en las externas. Asimismo, junto a este marco se adoptó un plan de acción dirigido a facilitar su implementación, en el cual se planteaban una serie de medidas que debían ser aplicadas antes del 31 de diciembre de 2014 (Parlamento Europeo, 2019 b, p. 2).

La Comisión Europea elaboró en 2015 la comunicación “Plan de Acción sobre derechos humanos y democracia (2015-2019). Mantener los derechos humanos entre las prioridades de la agenda de la UE” con el objetivo de proponer un Plan de Acción sobre derechos humanos y democracia para el periodo 2015-2019, cuyos principios son los siguientes: capacitar a agentes en países de fuera de la Unión Europea, reforzar el poder judicial y apoyar a la sociedad civil; luchar contra la dis-

criminación y promover el respeto de la libertad de expresión de la igualdad de género; y garantizar un papel más visible de las actuaciones de la Unión en la protección de los derechos humanos. Además, el Plan de acción contempla cinco ámbitos estratégicos de actuación: en primer lugar, estimular el papel de los agentes locales; en segundo lugar, abordar los principales retos en materia de derechos humanos; en tercer lugar, garantizar la adopción de un enfoque general en materia de derechos humanos de los conflictos y las crisis; en cuarto lugar, fomentar una mayor coherencia y consistencia de las políticas para proteger los derechos humanos en las políticas de la Unión; en quinto lugar, profundizar en la cultura de eficacia y resultados en los ámbitos de los derechos humanos y la democracia (Comisión Europea, 2015).

Por último, la determinación de la Unión Europea en el reconocimiento y protección de los derechos humanos también se desarrolla fuera de las fronteras de la Unión. En las relaciones que la Unión tiene con otras organizaciones internacionales y terceros Estados a la hora de adoptar políticas tendentes a proteger los derechos humanos se tendrán en cuenta los siguientes aspectos: la lucha contra la pena de muerte; los diálogos sobre derechos humanos; los derechos de la infancia; la lucha contra la tortura; la protección de los niños en los conflictos armados; la protección de los defensores de los derechos humanos; el cumplimiento del derecho internacional humanitario; la lucha contra la violencia ejercida contra mujeres y niñas; la libertad de religión o creencias; la protección de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGTBI); el fomento de la libertad de expresión en Internet; y la no discriminación en la política exterior (Parlamento Europeo, 2019 b, p. 2).

5. Conclusiones

La protección de los derechos humanos se ha convertido en una constante en los últimos tiempos, puesto que tanto algunos Estados como diferentes organizaciones internacionales se han percatado de la importancia y necesidad de preservar tales derechos y libertades. En el ámbito internacional es significativa la función desempeñada por organizaciones internacionales de corte universal como la organización de Naciones Unidas, así como la de organizaciones internacionales de carácter regional como son el Consejo de Europa y la Unión Europea.

El camino realizado hasta el momento actual, en lo que se refiere a la conquista de derechos y posterior protección de los derechos humanos, no ha sido sencillo. La paulatina adquisición de derechos y libertades ha sido lenta y tediosa, puesto que la situación de protección que tienen los ciudadanos actualmente no tiene nada que ver con la que tenían las personas desde la Edad Media. Fue en esta época cuando se empezaron a adquirir algunos derechos, y con el paso de los siglos se han ido adquiriendo más hasta llegar a proclamarse algunos catálogos de derechos como fueron la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 o la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia de 1789.

Iniciada la Edad Contemporánea, poco a poco, los Estados fueron recogiendo en sus constituciones nacionales algunos catálogos de derechos y libertades. Sin embargo, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, esta práctica se extendió también a las organizaciones internacionales, y en el seno de Naciones Unidas se redactó la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, documento que se convirtió en un hito fundamental en la historia de los derechos humanos, puesto que estableció, por primera vez,

los derechos humanos fundamentales que se debían proteger en el mundo entero.

Asimismo, en el continente europeo esta función de reconocimiento y salvaguarda de los derechos humanos ha sido desempeñada, por un lado, por el Consejo de Europa a través del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y, por otro lado, por la Unión Europea, sus instituciones y concretamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Si bien el reconocimiento y protección de los derechos humanos en los inicios del proceso de integración europea fue menos explícito, con el paso de los años se fueron logrando avances más sólidos que se consagraron con la redacción de la Carta de Derechos Fundamentales y la aprobación y posterior entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

La consolidación de los derechos humanos se ha producido de una forma desigual y a diferentes ritmos en función de la región del planeta en la que nos encontremos. En los países más desarrollados y avanzados, con carácter general, la consolidación de los derechos humanos está más arraigada, puesto que sus propios gobiernos y las organizaciones internacionales a las que pertenecen han adoptado medidas y políticas para salvaguardar los derechos humanos en sus propios territorios. Desafortunadamente, esta cultura de protección de los derechos humanos no se ha extendido por otros Estados y regiones más desfavorecidos, en los que no cuentan con instituciones democráticas, adecuados Estados de Derecho, y en los que, en definitiva, el reconocimiento y protección de los derechos humanos es mínimo o inexistente.

No obstante, para tratar de remediar esta situación de vulneración de los derechos humanos, tanto algunos Estados a nivel individual como algunas organizaciones internacionales como el Consejo de Europa o la Unión Europea, han ido implementando medidas y acciones para remediar esta constante

vulneración de derechos humanos en estos terceros Estados y, en definitiva, para luchar contra la pena de muerte, la discriminación de la mujer, la vulneración de los derechos de la infancia, garantizar la aplicación del derecho internacional, y centrarse en la lucha contra cualquier tipo de discriminación por razón de edad, sexo, raza o ideología.

Bibliografía

- ABELLÁN Honrubia, V. (2002). La perspectiva histórica y ius-publicista de los Derechos Humanos en la Unión Europea: Contraponencia. En A. Marzal. *Los Derechos Humanos en la Unión Europea* (págs. 35-55). Barcelona: Bosch.
- ALONSO García, R. & Sarmiento, D. (2006). *La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*. Navarra: Aranzadi.
- COMISIÓN Europea (2010). *Comunicación de la Comisión “Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea”*. Bruselas, 19.10.2010 COM (2010) 573 final
- COMISIÓN Europea (2015). *Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo “Plan de Acción sobre derechos humanos y democracia (2015-2019). Mantener los derechos humanos entre las prioridades de la agenda de la UE”*. Bruselas, 28.4.2015 JOIN (2015) 16 final.
- FREIXES Sanjuán, T. & Remotti Carbonell, J. C. (2002). La perspectiva constitucionalista de los Derechos Humanos en la Unión Europea: Ponencia. En A. Marzal. *Los Derechos Humanos en la Unión Europea* (págs. 57-106). Barcelona: Bosch.
- HUNT L. (2009). *La invención de los derechos humanos*. Barcelona: Tusquets Editores.

- LABRADA Rubio, V. (1998). *Introducción a la teoría de los derechos humanos: fundamento. Historia. Declaración universal del 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Editorial Civitas.
- MANGAS Martín, A. & Liñán Noguerras, D. J. (2016). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos.
- MARTÍN Sánchez, I. (2002). *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Granada: Editorial Comares.
- MENÉNDEZ, A. J. (2004). Fundamentando Europa el impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En N. Fernández Sola, *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional* (págs. 93-126). Madrid: Dyckinson.
- OSUNA Fernández-Largo, A. (2001). *Teoría de los derechos humanos. Conocer para practicar*. Madrid: EDIBESA.
- PARLAMENTO Europeo (2019 a). *El Tratado de Lisboa. Fichas técnicas sobre la Unión Europea 2019*. Bruselas.
- PARLAMENTO Europeo (2019 b). *Los Derechos Humanos. Fichas técnicas sobre la Unión Europea 2019*. Bruselas.
- PARDÓ Núñez, C. (2002). La perspectiva histórica y iuspublicista de los Derechos Humanos en la Unión Europea: Ponencia. En A. Marzal. *Los Derechos Humanos en la Unión Europea* (págs. 19-33). Barcelona: Bosch.
- PI Llorens, M. (2004). El ámbito de aplicación de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del TJCE: balance y perspectivas. En N. Fernández Sola, *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional* (págs. 127-151). Madrid: Dyckinson.
- RODRÍGUEZ Bereijo, A. (2004). La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la protección de los Derechos Humanos. En N. Fernández Sola, *Unión Euro-*

pea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional (págs. 11-36). Madrid: Dyckinson.

CHUECA Sancho, A. G. (2004). Por una Europa de los Derechos Humanos: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En N. Fernández Sola, *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional* (págs. 37-58). Madrid: Dyckinson.

Webgrafía

MINISTERIO de Asuntos exteriores de España, <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Paginas/Inicio.aspx> (fecha de consulta: 5.12.2019).

Legislación

ACTA Única Europea, DOCE 29.6.1987 L 169/I.

CARTA de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOCE 18.12.2000 C 364/I.

ESTATUTO del Consejo de Europa, 5.5.1949.

TRATADO de la Unión Europea, DOUE 30.3.2010 C 83/13.

TRATADO de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE 30.3.2010 C 83/47.

Biodata

Víctor González Osorno

Licenciado y Maestro en Filosofía por la Universidad Veracruzana, profesor de asignatura por la misma institución y se interesa por temas relacionados con la otredad, especialmente en la obra de Emmanuel Levinas.

Marcelino Arias Sandí

Doctor en Filosofía por la UNAM, profesor de tiempo completo titular C, adscrito a la Facultad de Filosofía de la Universidad Veracruzana, especialista en hermenéutica filosófica. Fue nombrado Decano del Área de Humanidades de la Universidad Veracruzana en mayo de 2019.

Luis Antonio Romero García

Maestro y Doctor en Filosofía, profesor de la Facultad de Filosofía de la Universidad Veracruzana desde 2010, en la que actualmente ocupa el cargo de Director. Se especializa en temas de Filosofía de derecho, Ética, y la relación entre filosofía y derechos humanos.

María Lilia Viveros Ramírez

Doctora en Derecho Público por la Universidad Veracruzana, profesora de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Especialista en temas de género, argumentación jurídica, derechos humanos y filosofía del derecho. Ha fungido como conferencista, capacitadora y tallerista en temas de derechos humanos, género, derechos de las mujeres, entre otros, y ha sido asesora de diversas instituciones. Actualmente es Magistrada del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, México

Ignacio Quepons

Doctor en filosofía por la UNAM con estancia posdoctoral en la Universidad de Seattle. Es investigador Titular C adscrito al Instituto de Filosofía de la Universidad Veracruzana, miembro del Sistema Nacional de Investigadores, SIN, nivel I y profesor con perfil del Programa para el Desarrollo Profesional Docente para el Tipo Superior, PRODEP.

Adriana Menassé

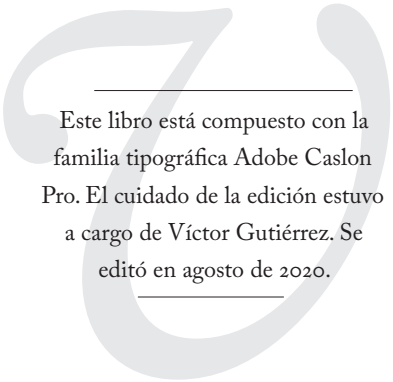
Maestra en Filosofía por la New School for Social Research de Nueva York y Doctora en Filosofía por la UNAM, especialista temas de ética, filosofía del derecho y en la obra de Emmanuel Levinas. Es investigadora de tiempo completo adscrita al instituto de Filosofía de la Universidad Veracruzana, del cual es Directora actualmente. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores, SNI, y profesora con perfil del Programa para el Desarrollo Profesional Docente para el Tipo Superior, PRODEP.

Fernando Santiago

Originario de Juchitán, Oaxaca, México. Indígena zapoteca, licenciado en derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana y otras universidades, decidor de poesía indígena, se ha dedicado, también, a la traducción y enseñanza del idioma zapoteco. Radica en Xalapa, Veracruz, México desde 1980. Ha sido asesor de grupos étnicos marginados del norte de Veracruz (náhuatl, otomí y tepehua) y visitador general de asuntos indígenas de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Veracruz.

José Enrique Anguita Osuna

Licenciado en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos, obtuvo tanto el Máster de Derecho Público en el Estado Autónomo en la Universidad Rey Juan Carlos como el Máster de Derecho Privado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Asimismo, es Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos siendo el título de la tesis doctoral *La Seguridad Interior en la Unión Europea*, y acreditado a la figura contractual de profesor contratado doctor por ANECA.



Este libro está compuesto con la familia tipográfica Adobe Caslon Pro. El cuidado de la edición estuvo a cargo de Víctor Gutiérrez. Se editó en agosto de 2020.

Los derechos humanos se han convertido en un tópico de vital importancia en la agenda internacional, sobre todo después de las atrocidades cometidas contra los seres humanos en la Segunda Guerra Mundial.

El presente libro recoge reflexiones fenomenológicas, hermenéuticas, jurídicas e históricas sobre este fenómeno. Los artículos que lo conforman no se limitan a celebrar la importancia y necesidad de los mismos en el mundo contemporáneo, sino que los analizan desde una perspectiva crítica, haciendo hincapié en algunos de los problemas teóricos que suelen pasarse por alto en la práctica jurídica cotidiana, pero que sin duda la afectan.

En los textos que componen esta obra se confronta a los derechos humanos con problemas como: el carácter de su pretendida universalidad, la ausencia de definiciones certeras de conceptos nodales que redundan en conflictos prácticos y cómo un discurso que pretende ser universal puede hacer frente a la pluralidad cultural, tanto en el contexto nacional mexicano como en el contexto internacional. Al mismo tiempo, se proponen algunas perspectivas, enfoques y categorías de análisis para una reconceptualización de los derechos humanos, con el fin de afrontar dichas situaciones.



 NOSÓTRICA
EDICIONES

