

¿Permite el “giro cultural” una re visualización del concepto de derechos humanos en Latinoamérica?

Como sucede casi con cualquier otra institución existente desde hace tiempo, el derecho está en camino de aprender a sobrevivir sin las certidumbres que lo fundaron.”

Geertz Clifford.

Jorge Ulloa Plaza¹

Durante las últimas décadas del Siglo XX irrumpe con extremada fuerza un díscolo y no necesariamente conexo enfoque filosófico y epistémico que realizando una crítica radical a los paradigmas de la modernidad logró, sin pretenderlo, generar un reenfoque a nivel de las ciencias y particularmente a nivel de lo que Dilthey llamó en su momento “las ciencias del espíritu”, dentro de las cuales, en esta tesis, se encuentra el derecho. Este enfoque, rotulado de “posmodernismo” -en la medida en que puso en cuestión- generó respuestas, dentro de las cuales una de las más novedosas e interesantes fue llamada por la comunidad científica: “el giro cultural”. Sobre esta respuesta, cabe preguntarse: ¿Qué es lo específico de este giro cultural? Sintéticamente, deberíamos entenderlo como: la oposición al naturalismo social, el reconocimiento y problematización del poder constitutivo de lo cultural, el reenfoque epistémico que pone la mirada en los agentes que interactúan dentro de los contextos culturales de poder y discurso, la especial atención a los sistemas de significado, el sinceramiento del carácter no representativo y sí de construcción de la historia bajo el modelo moderno y, consecuentemente, la imposibilidad para el conocimiento científica y de las humanidades en general de alcanzar “objetividad”. **“Sea lo que fuere lo que entendemos por conocimiento, ya no puede ser más la imagen o la representación de un**

¹ Bachiller en Ciencias Sociales y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de la Republica, Chile. Magíster en Filosofía mención Axiología y Filosofía Política, Universidad de Chile. Doctor © en Filosofía mención Filosofía Moral y Política, Universidad de Chile. Becario Conicyt 2013. Profesor Fundamentos Filosóficos Universidad Central de Chile. julloap@ucentral.cl

mundo independiente del hombre que hace la experiencia. Heinz von Foerster lo ha dicho con ejemplar concisión: “La objetividad es la ilusión de que las observaciones pueden hacerse sin un observador.”² Todo ello llevó a poner el acento sobre el rol que los lenguajes en su pluralidad jugaban en los modos de generar conocimiento. Así, estos vectores del giro se hicieron no sólo relevantes, sino también acuciantes, poniendo por tanto a estas llamadas ciencias del espíritu -según lo pretendo exponer- en necesidad de dar respuesta. El objetivo de esta comunicación es entonces mostrar, cómo esta puesta en cuestión implica una travesía o encrucijada que permite abrir horizontes de sentido, en la medida en que se acierta -a mi juicio- en algunas de sus respuestas epistémicas frente al desafío señalado. De ser ello posible entonces, estas aperturas de sentido permiten proveer de insumos al derecho, en tanto lugar privilegiado pero -como el mismo giro cultural nos enseña- no único, ni unívoco de discusión y ajuste del tema de los derechos humanos. Ahora bien, esta conexión impone la necesidad de encontrar un punto de unión, por ejemplo, entre lo historiográfico o lo antropológico y lo jurídico. Punto de conexión, que si bien siempre se ha encontrado presente -sea por medio de explicaciones referidas a un supuesto plan divino o un anhelado progreso histórico- claramente se ve trastocado en la posmodernidad, en la medida en que no es posible un mega relato como los señalados que cierre, y por tanto limite armónicamente, las fronteras entre las “*disciplinas*” científicas. No se debe olvidar, como nos advierte Lyotard que **“una frase que se eslabona y que ha de ser eslabonada es siempre un *pagus*, una zona de confines, fronteriza, donde los géneros de discurso entran en conflicto por el modo de eslabonamiento.”**³

Así entonces, para el objetivo de esta presentación, como apunta Burke, será necesario mentar esta frontera, en tanto “*zona de encuentro*” o como lo señala Geertz, a propósito de la antropología, se trata de **“establecer un ir y venir hermenéutico entre ambos campos, observando primero uno y**

² Von Glasersfeld Ernst “Despedida de la objetividad”. Pág. 19 en “El ojo del observador” Watzlawick y Krieg (Comps) Gedisa. Barcelona 1998.

³ Lyotard Jean- Francois, “La Diferencia”, Cap. “El signo de la historia”, Pág. 175. Gedisa. Barcelona. 1998

después el otro, con el fin de formular cuestiones, morales, políticas e intelectuales que nos informen de ambos.”⁴

1) El giro cultural y lo epistemológico:

Como se anticipó, el primer dilema está entonces dentro de las posibles respuestas que las ciencias del espíritu -principalmente de la escuela norteamericana- vienen a dar al desafío posmoderno; analizar el concepto de “giro lingüístico” y a modo de extensión de mismo, el concepto de “giro cultural”. Como apunta Iggers: **“el elemento central de este giro consiste en el reconocimiento de la importancia del lenguaje o discurso en la constitución de las sociedades. Las estructuras y procesos sociales, que eran vistas como determinantes de una sociedad y cultura, son cada vez más entendidas como productos de la cultura en tanto comunidad comunicativa.”⁵**

Se trataría del reconocimiento de la afectación de lo jurídico debido a la cuestión de lo cultural, lo que si bien parece una obviedad, sin embargo, no necesariamente implica que se haya asentado con anterioridad a las décadas finales del Siglo XX. ¿Cómo podría estarlo en la medida que “el giro cultural” precisamente rehúye de lo asentado? El giro cultural, al apuntar a los sedimentos, parece aspirar a moverse en una totalidad siempre inacabada, una dinámica de pliegues y despliegues que constituyen propiamente la aventura de lo humano: **“Esa compleja totalidad que incluye los conocimientos, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualesquiera otras capacidades y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de una sociedad.”⁶** Aventura epistemológica, ya que este enfoque, en un decir de Geertz, es esa **“refiguración del pensamiento social.”⁷** Entonces, respecto de lo jurídico, este giro que nos convoca exige un relato, requiere de una construcción que amalgame: la intuición improvisadora del jurista, la pesquisa de esquemas comunes -sea por vía del estudio de las prácticas o de las

⁴ Geertz. “Conocimiento local. Ensayo sobre la interpretación de las culturas”. Págs. 197-98. Paidós. Barcelona 1994.

⁵ Iggers Georg. “La historiografía del siglo XX”. Pág. 200. FCE. Chile 2012.

⁶ Tylor citado por Burke, “¿Qué es la historia cultural?” Pág. 45. Paidós. Barcelona 2006. La cursiva es mía.

⁷ Geertz Pág. 31

representaciones-, el ejercicio de la hermenéutica y la ponderación que la perspectiva abre y, sobre todo, un desafío de desafección. Así, este giro implica **“renunciar a un intento de explicación de los fenómenos sociales que los entrelace en grandes texturas de causas y efectos para optar por otra que trate de explicarlos situándolos en marcos locales de conocimiento significa sustituir una serie de dificultades bien definidas por otras mal entendidas.”**⁸

Desafección de los grandes relatos omnicomprensivos, exigencia de asumir un cambio de paradigma. De ser así, entonces el giro cultural debería aportar claves metodológicas que, haciéndose cargo de la crítica radical que a nivel del lenguaje realiza la filosofía postmoderna -sobre todo, al estatuto de la verdad- sean aptas para generar respuestas metodológicas racionales que, sin desbordar lo normativo, permitan ampliar los horizontes del derecho. Así, respecto de estas claves metodológicas, el camino parece ser el relevante interés que la nueva epistemología cultural muestra por las prácticas y las representaciones. Luego, afrontando y confrontando la explicación omnisciente de carácter científico, se asume que esta explicación es sólo una representación posible -referida a algún determinado acontecer humano- por lo cual acentúa y amplía la perspectiva visibilizando, en la representación científica, una práctica más, que responde a **“la improvisación prolongada dentro de un armazón de esquemas inculcados por la cultura lo mismo en la mente que en el cuerpo.”**⁹ A su vez, el giro cultural afirma que las representaciones, más allá de la estructura que a primera vista se devela, se muestran con **“la capacidad de modificar la realidad que parecen reflejar.”**¹⁰ Todo lo anterior, como apunta Burke, implica una agencia creativa de la labor investigadora, ¿Cómo juega el ojo del observador en lo observado? Entendiendo que la conjunción entre experiencia e intelección -esto es, la comprensión- requiere de un lenguaje desde y ante el cual ser dicha. Entonces, un enfoque cultural no describe, sino que *re-construye* lo acaecido, a partir de las significaciones que le otorga a las prácticas y representaciones que

⁸ Geertz. Pág. 14.

⁹ Bordieu citado por Burke. Pág.77.

¹⁰ Burke Pág. 84.

respecto de lo acaecido han realizado aquellos que actuaron o escenificaron dicho acaecer.

Ahora bien, lo que deja abierto esta última pregunta es que una posible respuesta sería una especie de *“check and balances”*, o de ajustes en la construcción del trabajo investigativo, lo que implica el trabajo de ponderación hermenéutica. Como señala Geertz, un estudio interpretativo de la cultura **“representa un intento de plantear unos términos que testimonien la diversidad de las vías que los seres humanos adoptan para construir sus vida por medio de su propia actividad.”**¹¹ Así, se puede desprender que el giro cultural es un giro interpretativo y, por tanto, un giro hermenéutico. Entonces, el giro implica que lo jurídico se presenta en clave de pluralidad de modos de hacer derecho (del cuerpo, de las emociones, de las percepciones, micropoderes, etc.), lo que supone que es posible mentar una pluralidad de métodos de asomarse al objeto de estudio. Derecho, **“acontecimiento en forma de lenguaje”**¹², susceptible de desplegar múltiples sentidos de significación. Derecho, que lanzado en el horizonte de significaciones que se abre en el espacio público a la palabra -las fronteras culturales de las que habla Burke-, aspira a dar testimonio de la pluralidad originaria del lenguaje. A mi juicio, quizás sea esto último el aporte clave que a la civilidad le presten los estudios culturales, en la medida en que más allá de lo estrictamente epistemológico, el desafío que -desde una perspectiva filosófica- tiene un contenido ético, muestra que se trata de intentos **“de plantear unos términos que testimonien la diversidad de las vías que los seres humanos adoptan para construir sus vidas por medio de su propia actividad.”**¹³ Ello, con la finalidad de acomodarnos de mejor modo a la hibridación cultural, **“a una situación a la vez fluida, plural, dispersa e inevitablemente caótica.”**¹⁴

Señalamos que el desafío es de carácter ético ya que implica tornar sujetos de narración histórica a aquellos Otros que -mediados por las prácticas- son normada y comúnmente obliterados por una política que acentuando lo

¹¹ Geertz. Pág. 26

¹² Ricoeur Paul, “Del Texto a la Acción”. Pág.170. FCE. Buenos Aires 2001.

¹³ Geertz Pág.26.

¹⁴ Geertz Pág. 33.

económico preterida lo cultural. Este desafío implica asumir un riesgo, ya que **“la inestabilidad que esto introduce en nuestras vidas morales nos incita, al fin y al cabo, a juzgar otras formas de vida con la doble intención de liberarnos de esa sensación de creer en demasiadas cosas a la vez que parece obsesionarnos y de nuestro excesivo interés por la posición que ocupamos, o por si algo puede llevarnos a una posición determinada.”**¹⁵

2) El giro cultural y el derecho:

Los aportes que éste le da a lo normativo, son enormes, en la medida en que se comprenda que epistemológicamente, en el derecho no existirían verdades absolutas o previamente dadas, sino que discursos contingentes a los cuales se les pueden atribuir múltiples sentidos. La cuestión es, por tanto, enfatizar lo jurídico en tanto *“experiencia del significado”*. Así, un análisis cultural del derecho tendría que avanzar **“desde una descripción densa hacia la elaboración interpretativa de cada una de estas estructuras de la imaginación, las cuales en conjunto hacen posible la experiencia del Estado de Derecho.”**¹⁶

El punto es, cuáles serían estas estructuras de la imaginación, o más claramente, ¿Dónde habría que rastrear para dar cuenta del derecho poniendo énfasis en cómo éste es imaginado y luego experimentado? Problema: la pregunta implica reformular el objeto de estudio, avanzar desde las normas analizadas como prescripciones de conducta con carácter lógico déontico a las normas analizadas como contenidos posibles de nuestra imaginación. ¿Dónde entonces está búsqueda? La respuesta es clara, hay que ir por el lenguaje. Sin embargo, previo a intentar desarrollar esta respuesta, se hace necesario, referirse al método adecuado para tal empresa: Sobre este punto, el enfoque cultural plantea que es necesario **“establecer un ir y venir hermenéutico.”**¹⁷

¹⁵ Geertz, Pág. 18.

¹⁶ Kahn Paul “El análisis cultural del derecho”, Pág. 10. Gedisa. Barcelona 2001.

¹⁷ Geertz Pág. 197.

Voy a dar al término hermenéutica, primariamente, la noción clásica de Dilthey de “*Aueslegung*”, en la medida en que con ello pretendo abarcar un determinado tipo de signos lingüísticos, esto es **“aquellos que quedan fijados por la escritura, incluyendo todo tipo de documentos y monumentos que suponen una fijación similar a la escritura.”**¹⁸

Sin embargo, si bien por ejemplo en términos estructuralistas podría llegarse rápidamente a la conclusión que lo que queda fijado en un texto jurídico formal son las normas en tanto significados y que el texto ocupa el rol de significante, ello a mi juicio, nos haría perder de vista “lo imaginable”, esto es, el carácter discursivo que envuelve el derecho. En efecto, el texto nos habla, algo debe ser declarado y alguien debe declararlo. Se trata de un acontecimiento, el cual remite en última instancia a entender la lengua como acción. Lo que en términos de Hannah Arendt importa la condición humana de la pluralidad sobre la que se sustenta todo discurso público, y esto último con mayor urgencia aún, en la medida que el derecho aspira a expresar un discurso público respecto de bienes valiosos particularmente empoderado, al llevar consigo el eventual uso del monopolio legítimo de la fuerza que reclama “para sí” el sistema normativo como característica distintiva. El giro cultural permite entonces comprender que el derecho es una práctica cultural **“el Estado de Derecho es una práctica social: es una forma de ser en el mundo. Vivir bajo el Estado de Derecho es mantener un conjunto de creencias sobre el yo y la comunidad, el tiempo y el espacio, la autoridad y la representación.”**¹⁹ De modo que aquí se abre el punto respecto de ¿cómo determinamos los significados de esta práctica que acontece? ¿Qué es lo que se dice? ¿Cuáles son los sentidos de la significación de estos actos de habla, fijados a través de la escritura? Es aquí donde el enfoque cultural y la historia nos permiten abrirnos -más allá de la explicación unívoca- a una multiplicidad de significados que los hermeneutas imaginan. Entonces, este discurso cristaliza en horizontes de significaciones que se abren en el espacio público a la palabra, atestiguando la pluralidad originaria del lenguaje. Alguien debe imaginar, algo se debe suscitar y, obviamente, alguien debe dejar testimonio de

¹⁸ Ricoeur Paul. Pág.169.

¹⁹ Khan Paul. Pág. 53.

lo imaginado. **“Las ficciones desempeñan un rol importante en dos campos de acción y en las ciencias del texto correspondiente: la justicia y la jurisprudencia, así como la literatura y la ciencia de la literatura. En ambos campos se entienden supuestos sobre cosas o procesos a los que no se atribuye ninguna realidad (en el sentido tradicional). Por lo tanto los participantes tienen en claro que por un tiempo deben hacer “como si” se diera la realidad correspondiente.”**²⁰

Luego, analizar el derecho desde esta perspectiva abre un mundo de referencias a las cuales el hermeneuta les da una orientación dentro de las formas institucionales de asociación, u órdenes de reconocimiento en los cuales se desenvuelven los sujetos en tanto que jurídicos. Así, el discurso jurídico en tanto práctica y fundamento de la comunicación -sobre todo en el caso de las normas jurídicas- está dirigido a aquellos a quienes el mismo discurso constituye y pretende regular. A su vez, se desenvuelve en el ámbito de una forma interpersonal de mediación de sujetos, llamada espacio público, en el cual las significaciones de los acontecimientos se muestran y demuestran abriéndose a una plurivocidad de sentidos posibles de develarse, a todos los destinatarios de la norma, sean o no operadores técnicos del derecho. **“Estas prácticas sociales son de alguna manera como juegos, en cuanto tienen reglas y formas de comportamiento esperadas que son el producto de *la historia de la comunidad.*”**²¹

Así, se puede inferir a partir de estas articulaciones, que la conexión entre enunciado normativo, hermeneuta y comunidad, entendida -reitero- como la articulación de sujetos destinatarios de las normas, en su diario vivir en sociedad, así como por aquellos sujetos que tienen un conocimiento privilegiado respecto del objeto cultural de comunicación llamado *derecho*, cumple una función pre formativa al interior de un campo discursivo, en este caso, el campo del saber jurídico. Si se autoriza la metáfora, el hermeneuta se encuentra así entre la espada y la pared, por un lado el enunciado normativo, por otro, el rostro del que reclama, siempre desmesuradamente, justicia. ¿Qué

²⁰ Hejl Meter. “Ficción y construcción de la realidad. La diferencia entre ficciones en el derecho y en la literatura” Pág. 97 en “El ojo del observador” Op. Cit nota 1.

²¹ Kahn.. Pág. 52. La cursiva es mía.

hacer? Es aquí donde el enfoque cultural muestra toda su utilidad. Por ejemplo Hunt y Geertz coinciden en que lo que se requiere es sensibilidad legal, entendida como un **“conjunto de caracterizaciones e imaginarios, relatos sobre los hechos proyectados en metáforas sobre los principios.”**²² Ello hace patente la actualidad de repensar el derecho en tanto fenómeno cultural desde la perspectiva del giro lingüístico, esto es, a partir de una perspectiva comunicacional, lo que implica pensar y desarrollar una hermenéutica de *con*-texto, en la cual se incorpora al proceso hermenéutico la comunidad y el análisis de las prácticas culturales, lo que permite poner especial énfasis en el prefijo *con* -de la palabra “contexto”- en la medida en que éste nos señala el aspecto comunitario del derecho, **“una suerte de hermenéutica cultural, una semántica de la acción.”**²³ En suma, un “entre nosotros”, en que el “entre” -la trama- es tan importante como el “nosotros”, esto es, la re-significación a partir del entramado. Pero, no se puede perder de vista que en el derecho, forma institucional de asociación, el *“entre nosotros”* que se constituye regula conductas con amenaza de fuerza, amenaza que se pretende justificar en la interpretación imaginativa a partir de un texto dado. Irrupción de lo político entendido como el horizonte de reclamos *desmesurados*, en el derecho mentado como un sistema normativo en que su fin preponderante es la *medida* respecto de las pretensiones discursivas justificadas por los sujetos de derecho. Ello, en la *medida* en que éste se anuncia y pronuncia ante la comunidad, pero ya no entendida en el sólo sentido de conjunto de sujetos destinatarios de normas, sino más bien como sujetos con vida política, esto es, conscientes **“del verdadero contenido de la vida política, de la alegría y la gratificación que nacen de estar en compañía de nuestros iguales, de actuar en conjunto y aparecer en público, de insertarnos en el mundo de la palabra y la obra, para adquirir y sustentar nuestra identidad personal y para empezar algo nuevo por completo.”**²⁴ No se puede olvidar, y el giro cultural nos permite recordarlo, que **“el derecho establecido, en cuanto sistema de reglas, no agota el derecho en cuanto empresa política.”**²⁵

²² Geertz. Pág. 242.

²³ Geertz. Pág. 211

²⁴ Arendt Hannah. “Entre el pasado y el futuro”. Pág. 277. Península. Barcelona 1996.

²⁵ Ricoeur Paul, “Interpretación y argumentación” en “Lo Justo” Pág. 167. Jurídica. Santiago 1997.

Se hace necesario, se autoriza entonces, la posibilidad de un reenfoque epistémico, en que se pase del saber jurídico enciclopédico al saber jurídico como diálogo, a partir de este giro lingüístico. Así, el jurista al decir el dicho del derecho, a todo evento actúa **“la esencial condición humana de la pluralidad, el actuar y hablar juntos, que es la condición de todas las formas de organización política.”**²⁶ Por tanto, se puede concluir que en el espacio público, el contenido normativo de un lenguaje recorta un campo del saber al interior de la experiencia, define las condiciones en que puede sustentarse la interpretación o discurso en un sentido ideológico, define el modo de aparecer de los sujetos y los objetos en dicho campo, sin perjuicio de otorgar, por supuesto, poder teórico a la mirada.

3) El giro cultural, los derechos humanos y la historia:

Los derechos humanos se pueden definir como **“atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer.”**²⁷ Y en general la doctrina, como en casi todo lo que diga relación con lo jurídico, se divide en aquellos que señalan que su contenido viene dado por *“razones”* de naturaleza humana o divina, y aquellos que señalan que el contenido de los mismos es el resultado de conquistas históricas. En principio, esta diferenciación tiene su origen en la tendencia a justificar su existencia a partir de un mega relato, lo que a la luz de lo señalado anteriormente, resulta del todo pernicioso para el análisis de la categoría, ya que no se debe perder de vista que **“si toda realidad está en la historia, de la historia nace y con la historia cambia, la metarrealidad... se convierte en una entidad metahistórica y, lo que es más importante, se absolutiza, se convierte en objeto de creencia más que de conocimiento.”**²⁸ El objetivo de este acápite será, entonces, mostrar que si bien los derechos humanos claramente son rastreables en un determinado tiempo histórico, ello no autoriza a explicarlos omnicomprendivamente, ya que todo intento de darles sentido no agota la temporalidad de los mismos, y que

26 Arendt Hannah, “La condición humana”. Pág. 225. Paidós. Barcelona 1993.

27 Nikken Pedro, “El concepto de derechos humanos”, Pág. 11, en “Antología básica en Derechos humanos” IIDH. Costa Rica. 1994.

28 Grossi Paolo. “Mitología jurídica de la modernidad” Pág. 41. Trotta. Madrid 2003.

esto es posible de demostrar si el análisis que se tiene de ellos utiliza las claves del giro cultural. En suma, no es posible pensar los derechos humanos, en tanto categoría jurídica, si conjuntamente no se piensan estos profundamente imbricados con la historia. Como apunta Carbonell, **“la historia es algo más que una mera anécdota para el Derecho... No se trata de conocer la historia para recolectar datos y cifras que adornan de forma erudita la exposición... De lo que se trata es de encontrar en la historia las claves de lectura de nuestro presente constitucional.”**²⁹

Incorporar la dimensión histórica a la categoría implica primeramente, como se anticipó, que no pueden ser explicados sin recurrir a la historiografía: **“en todos los casos los derechos fundamentales corresponden a valores y necesidades vitales de la persona histórica y culturalmente determinados”**³⁰, pero y quizás más importante que lo anterior, al menos para los fines de este ensayo, pensarlos desde la historia importa imaginar dotada de dinamismo a una noción que se encuentra en permanente extensión, lo que implica un **“progresivo incremento del catálogo de los derechos humanos, lo cual ha ocurrido por medio de la incorporación a ese catálogo de nuevos derechos, o de nuevas generaciones de derechos del hombre, que pasan a ser reconocidos y protegidos en el carácter de tales.”**³¹ De simples limitaciones a la autoridad pública, o derechos de protección de libertades de carácter negativo o de no interferencia, denominados derechos de primera generación o derechos civiles, se avanza a derechos de participación y reconocimiento, llamados derechos políticos, no destinados a limitar el poder sino a concurrir a la gestación del poder, para también incorporar, en un tercer tiempo, la categoría de derechos económicos, sociales y culturales, cuyo objetivo es respeto y promoción de trato igualitario. Sin embargo, este fenómeno no es posible de explicar desde una base estrictamente jurídica o política, requiere del auxilio de la historia, exige de un trabajo de testimoniar la *in-disciplina* de la historia, en tanto relación de la aventura de lo humano: **“ la historicidad nos permite comprender, desde el punto de vista de su desarrollo, que los derechos han -tradicionalmente- surgido de luchas**

²⁹ Carbonell Miguel. “Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos claves” Pág. 16. Palestra. Lima 2010.

³⁰ Ferrajoli Luigi. “Derecho y razón”. Pág. 916. Trotta. Madrid 2004.

³¹ Squella Agustín. “Introducción al derecho”. Pág. 247. Jurídica. Santiago.2000.

para tutelar a los sujetos más débiles de la sociedad.”³² Entonces es, a mi juicio, a partir de la historia cultural como mejor se puede comprender este fenómeno expansivo, en la medida en que debemos reconocer, allí donde se declaran los derechos, una determinada “sensibilidad legal” en los términos de Geertz, o inclusive una base emocional: “los derechos no pueden definirse de una vez por todas, porque su base emocional no deja de cambiar, en parte como reacción a las declaraciones de derechos... La revolución de los derechos es, por definición, continua.”³³

Los derechos humanos, entonces, deben ser pensados como fruto de un tiempo histórico preciso, pero a su vez han de ser *imaginados* como anteriores al poder político, en tanto limitaciones al poder, reclamos de participación en el poder y de promoción del poder. Estas modalidades implican aperturas de horizontes de sentidos, implican *imaginar* tanto que se originan en axiomas autoevidentes de la razón, en un pasado inmemorial del que no se tiene registro, o sea, surgen “naturalmente”. Pero, y no obstante ello, a su vez testimoniar que se transforman en la medida de toda legalidad, en tanto construcciones culturales. Lo que abre una dimensión de temporalidad muy particular, que no tiene carácter de sucesiva ya que **“para el derecho, el pasado es todavía el presente.”³⁴** Así, los derechos humanos serían una posesión común a los humanos, un “entre nosotros”, donde se comparte una imaginación de autoidentidad colectiva: **“podría parecer exagerado asociar el hecho de sonarse la nariz con un pañuelo, encargar un retrato, escuchar música o leer una novela a la abolición de la tortura y la moderación del castigo cruel. Sin embargo, la tortura legalizada no desapareció simplemente por que los jueces renunciaran a ella o los escritores de la Ilustración se posicionasen en contra. La tortura desapareció porque el marco tradicional del dolor y la individualidad se deshizo y, poco a poco, dio paso a un nuevo marco en el que los individuos eran dueños de sus cuerpos, tenían derecho a su independencia y a la inviolabilidad corporal, y reconocían en otras personas las mismas pasiones, sentimientos y**

³² Carbonell. Pág. 29.

³³ Hunt Lynn. “La invención de los derechos humanos”. Pág. 28. Tusquets. Barcelona 2009.

³⁴ Khan Paul. Pág. 73.

compasión que ellos mismos albergaban.”³⁵ Portan sobre sí un pasado y nos proyectan hacia un presente en su imaginario, único modo de enfrentar una ruptura “que se traduce en un hiato entre el pasado y el futuro, causado por el desmoronamiento de los patrones y categorías que componen el repertorio de la tradición occidental”³⁶. Así, el giro nos permite reconocer que estos derechos contienen una demanda de humanidad significativa que tiene por contenido imaginable salvar la integridad del hombre ante lo imprevisible de la naturaleza o lo impredecible de la sociedad. A esto último, siguiendo en este punto a Lefort, lo llamaré la dimensión simbólica del derecho, la que se manifiesta “a la vez en la irreductibilidad de la conciencia del derecho a cualquier objetivación jurídica, que significaría su petrificación en un cuerpo de leyes, y en la instauración de un registro público donde la escritura de las leyes -como escritura sin autor- no tiene más guía que el imperativo continuo de un desciframiento de la sociedad por ella misma.”³⁷

Dimensión simbólica que supone temporalizar los derechos, sin por ello perder de vista que es necesario conectarlos con una conciencia del pasado, en tanto ese pasado nos aporta luces para descifrarnos como humanidad. Así, por ejemplo, sólo si se tiene presente esta dimensión, es posible salvar la crítica marxista sobre el concepto de derechos humanos, a la que hace referencia Hunt: **“¿podía el derecho del individuo a proteger la propiedad privada coexistir con la necesidad de la sociedad de fomentar el bienestar de sus miembros menos afortunados?”³⁸** O mejor dicho por el propio Marx: **“los derechos del hombre, derechos del miembro de la sociedad burguesa, no son otra cosa que los del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la colectividad.”³⁹** Creo que esta crítica demoledora se disuelve si se tiene a la vista cómo las cortes parecen recoger los postulados del giro cultural, y de ese modo resolver aquellos casos en que justamente entran en pugna los derechos propios de la modernidad, egóticos e

³⁵ Hunt Lynn. Pág. 113.

³⁶ Lafer Celso. “La reconstrucción de los derechos humanos”. Pág. 92. FCE. México. 1994.

³⁷ Lefort Claude, “La incertidumbre democrática”. Pág. 205. Antrophos. Barcelona. 2004.

³⁸ Hunt. Op. Cit. Pág. 202.

³⁹ Marx Karl en “La Cuestión judía”, en Lefort Claude, Op. Cit nota 35, Pág. 188.

individuales (derechos de primera generación) con los derechos de carácter cultural, (derechos de tercera generación) propios de los reclamos de la posmodernidad. Ya que sólo es posible salvar esta colisión de derechos si se comprende que **“el derecho, aquí, allá o en cualquier otro lugar, forma parte de una manera característica de imaginar lo real”**⁴⁰, voy a ejemplificar con fallos de la Corte Interamericana de Justicia. Léase, por ejemplo, el siguiente párrafo respecto de un caso en que, en los hechos, existía una colisión entre el derecho de propiedad clásico de nuestras legislaciones romano continentales (hacendados paraguayos y el Estado) y el reclamo concreto de una tribu amerindia (comunidad Yake Axa) que reclama sobre esas mismas tierras derechos ancestrales y, sin embargo, no reconocidos formalmente por el Estado paraguayo: **“La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas.”**⁴¹

Como se ve, no existe ninguna posibilidad de explicar este fallo si no es a partir de la comprensión desde una determinada sensibilidad legal, el reconocimiento y validación de sus tradiciones, su historia o su patrimonio cultural inmaterial, acaso no supone -lo que Geertz llamaría- una descripción densa. Descripción que implica entender por un lado simbólicamente los derechos humanos en tanto prácticas constitutivas de nuestra humanidad. **“El concepto de “los derechos del hombre”, como la revolución misma, abrió un espacio impredecible para el debate, el conflicto y el cambio. La promesa de esos derechos puede negarse, suprimirse o simplemente**

⁴⁰ Geertz. Pág. 213.

⁴¹ Corte IDH. Caso comunidad indígena Yakye Axa contra el Estado de Paraguay. Sentencia 17 de Junio de 2005, Párrafo 154. En http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf
La cursiva es mía.

continuar sin cumplirse, pero no muere.”⁴² Pero a su vez, por otro lado, observar que los tratados de derechos humanos están siendo aplicados desde una perspectiva que lleva a pensar el tiempo como imaginado, tiempo de una ficción que permite conectar simbólicamente a todo aquel que haya vivido, viva o vivirá. Véase el siguiente fallo, en que conjuntamente con una determinada sensibilidad legal, se hace una referencia expresa a la necesidad de la historia, al recurso de la temporalidad de la historia: **“Me atrevería a conceptualizarlo como un *daño espiritual*, como una forma agravada del daño moral que tiene una implicancia directa en la parte más íntima del género humano, a saber, su ser interior, sus creencias en el destino de la humanidad y sus relaciones con los muertos. El *daño espiritual* no es susceptible, por supuesto, de indemnización material sino que existen otras formas de compensación. Aquí es donde se presenta la idea, *por primera vez en la historia*, a mi leal entender. Esta nueva categoría de daño -como lo percibo- comprende el principio de *la humanidad en una dimensión temporal*, e incluye a los vivos en sus relaciones con los muertos y a los aún no nacidos, de las futuras generaciones. Este es mi razonamiento. El principio de *humanitas* tiene, de hecho, *una proyección histórica de larga data* y se debe, principalmente, a las culturas antiguas (en especial, a la de Grecia) ya que se ha asociado, en el tiempo, con la formación moral y espiritual de los seres humanos”.**⁴³ Como se puede ver, toda la humanidad ligada por una temporalidad sólo posible de ser pensada desde una perspectiva histórico cultural, que imagina pensar como antepasados comunes de una tribu precolombina afectada por la modernidad, aún a los griegos. Ello, sólo es posible si se tiene una dimensión histórica no lineal, no objetual, sino cultural, a partir de la cual se *inventa* un proceso de conexión entre dos comunidades, y la conexión se re significa en una comunidad transhistórica -la humanidad misma- que exige, que habla. Nótese, por ejemplo, desde dónde sitúa sus razonamientos el juez que redacta este fallo: **“Soy totalmente libre, aunque me sienta obligado, de expresar mis pensamientos sobre los**

⁴² Hunt. Lynn. Pág. 179.

⁴³ Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Estado de Suriname.

Sentencia de 15 de junio de 2005. Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade. Párrafos 71 y 72. En http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf. La primera cursiva es del autor, las demás son mías.

puntos recién mencionados, dado que vivo, *in extremis*, en la ciudad surrealista de Brasilia, en el medio de la nada, donde los amaneceres convincentes y la luz de luna penetrante lejanamente superan el furor arquitectónico “ultra-moderno”. Sin estar, en absoluto, impresionado ni limitado por el “postmodernismo”, siento que *puedo valorar la pena que atraviesan los N’djukas Maroon de Moiwana, en el presente caso contra el Estado de Surinam.*⁴⁴ El giro permite entonces pensar los derechos desde una sensibilidad, lo que le otorga dinámica a los derechos. “Derechos en cascada”, esto es, del reconocimiento formal, proyección hacia el efectivo clamor de la justicia de esos derechos, a la exigencia de ellos, sabiendo que en la exigencia de un derecho humano se juega la exigencia de la humanidad toda hacia aperturas de dimensiones de temporalidad que nos conecten con nuestro pasado y nos proyecten en nuestro presente. **“En otras oportunidades, tanto este Tribunal como la Corte Europea de Derechos Humanos han señalado que los tratados de derechos humanos son *instrumentos vivos*, cuya interpretación tiene que acompañar *la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.*”⁴⁵ .**

CONCLUSIONES.

- 1) El giro cultural es una respuesta posible a la crítica de las ciencias generada por la postmodernidad y su objetivo es principalmente enfatizar el análisis desde los agentes que interactúan los contextos culturales.
- 2) Lo anterior implica el análisis de los lenguajes en los cuales se dan las prácticas sociales y las representaciones que constituyen esos contextos culturales.
- 3) Si el énfasis viene dado por los lenguajes, toma relevancia el intento de conexión entre el trabajo historiográfico y el derecho, en la medida en que ambas son prácticas comunicacionales de situación.
- 4) No es posible reducir esa conexión a un megarelató sobre historia y derecho, sino que se deben pesquisar las zonas de encuentro.

⁴⁴ Párrafo 4°. Fallo citado nota 41. Salvo la primera, las cursivas son mías.

⁴⁵ Párrafo 125. Fallo citado en nota 39. La cursiva es mía.

- 5) Esta pesquisa requiere de una labor constructiva de relatos, el historiador no describe sino que construye el pasado.
- 6) Para desarrollar esta labor de construcción, se requiere de un método hermenéutico que le otorgue significaciones a esas prácticas y representaciones pasadas.
- 7) Si el método es hermenéutico, entonces la historia se da de modo plural y testimonia la pluralidad originaria del lenguaje.
- 8) Este testimonio que se le exige a la historia, no es sólo epistémico, sino que principalmente ético, ya que implica hacer visible el relato de los “que no cuentan” o que tal vez “sólo se cuentan”, pero no se escuchan.
- 9) El giro cultural le permite al derecho, enfatizando lo comunicacional, analizar las normas como contenidos posibles de nuestra imaginación común.
- 10) Por lo tanto, el derecho y los derechos humanos pueden ser entendidos como prácticas culturales plurales dentro del espacio público, que cumplen funciones -en lenguaje de Austin- performativas al interior de una práctica, en el entendido que no sólo describe hechos sino que por el hecho de declararlos los realiza. **“en el presente caso no se discute la existencia del derecho de los miembros de las comunidades indígenas, específicamente de la Comunidad Yakye Axa, a sus territorios. Lo que está en discusión es la realización efectiva de esos derechos.”**⁴⁶
- 11) Este tipo de análisis de lo jurídico requiere de una determinada sensibilidad legal, que supone desarrollar una hermenéutica de contexto.
- 12) El derecho en tanto sistema de reglas no agota el derecho en tanto aventura de lo político.
- 13) Que los derechos humanos sean explicados por medio de conquistas históricas o razones divinas o humanas, no justifica que ello sea a partir de un megarelato, ya que esto último privaría a la categoría de su dinamismo al tender a transformarla en un dogma.
- 14) La historia cultural es esencial para comprender que los derechos humanos tendrían una dinámica temporal que conecta un pasado

⁴⁶ Párrafo 141, Fallo nota 39.

inmemorial, un presente siempre en fuga y un porvenir en extensión, y a su vez conecta a la humanidad toda, en tanto comunidad transhistórica.

- 15) Lo anterior implica conectar hechos y derechos a partir de la imaginación que conecta las razones autoevidentes con reclamos concretos acaecidos en la historia.
- 16) Esta conexión supone reconocer en los derechos humanos una dimensión simbólica irreductible a todo intento de cerrarlos en una explicación o aplicación omnisciente de los mismos.
- 17) El giro cultural permite disolver la crítica marxista que señala que los derechos humanos son sólo conquistas históricas de la burguesía moderna y presuponen individuos atomizados. Ello a partir de la jurisprudencia internacional, que hoy día privilegia los derechos sociales económicos y culturales por sobre los derechos de propiedad individual, según se pudo apreciar.
- 18) Esto último sólo es posible de justificar desde una determinada sensibilidad legal que tiene en vistas el giro cultural. Y que dinamiza la categoría, al pensar los derechos en permanente extensión y los instrumentos que los declaran como instrumentos vivos.

