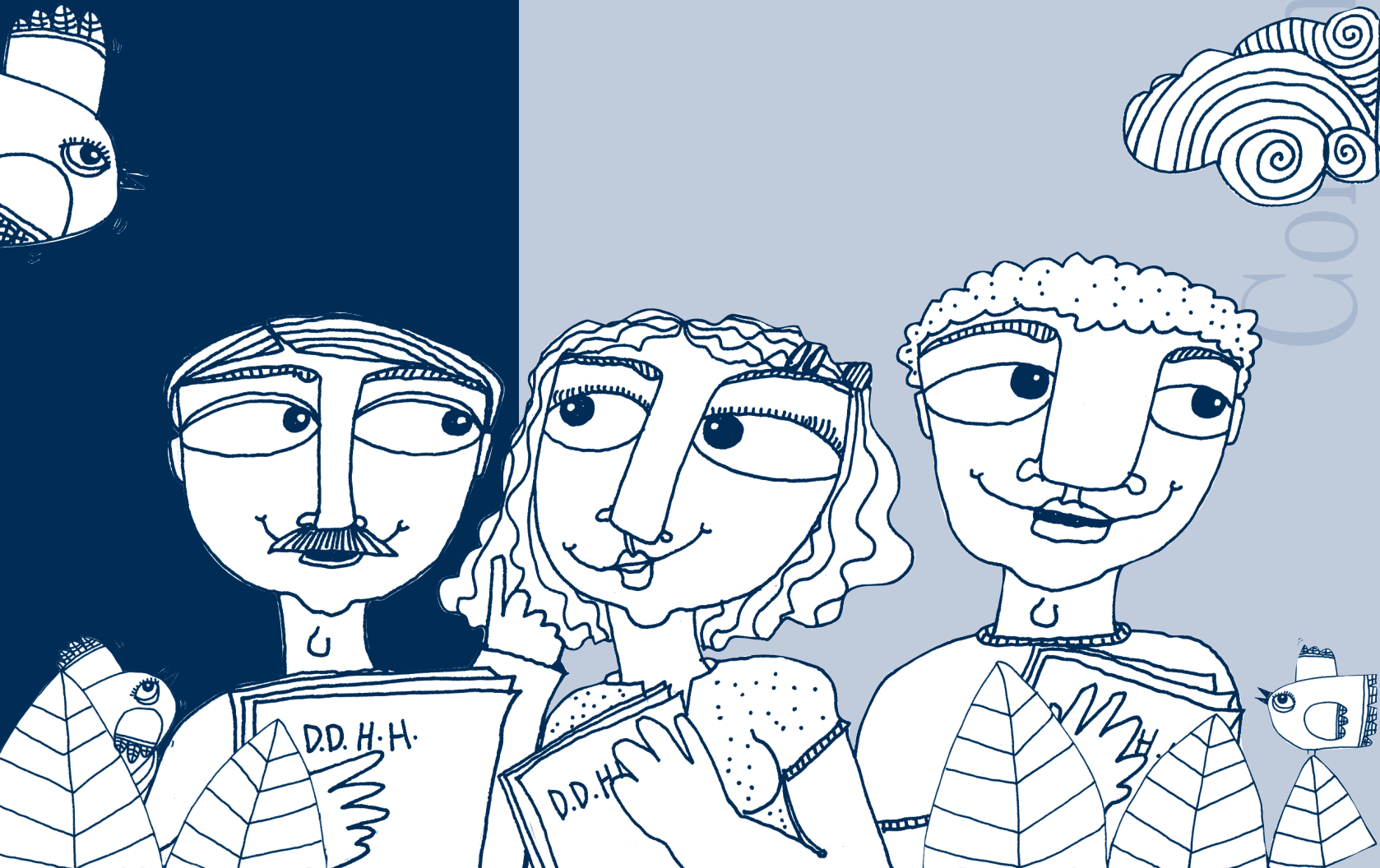




Red de Apoyo
por la Justicia y la Paz

El Uso Alternativo del Derecho

Derechos
Humanos
para



Curso de Formación en Derechos Humanos para Comunidades

Tercera Edición, Caracas Marzo 2012

ISBN 980-6638-12-3

Depósito Legal If9122006300746

Producción

Red de Apoyo por la Justicia y la Paz

Coordinación de edición

Katty Salerno

Diseño y diagramación

Hélena Maso

Ilustraciones

Mariana Sellanes

Impresión

Editorial Ignaka, C.A.

Red de Apoyo por la Justicia y la Paz

Parque Central, Edificio Caroata, Nivel Oficina 2, Ofic. 220

Caracas D.C., República Bolivariana de Venezuela

Apartado Postal 17.476, Parque Central, Caracas, 1015-A

Telefax: (58-212) 574.1949 / 574.8005

Correo electrónico: secretaria@redapoyo.org.ve

www.redapoyo.org.ve

 @redapoyo

 Red de Apoyo por la Justicia y la Paz

La Red de Apoyo por la Justicia y la Paz es una organización no gubernamental, sin fines de lucro, dedicada a la defensa y promoción de los Derechos Humanos.

Este material puede ser reproducido y distribuido gratuitamente citando la fuente original.

Esta publicación es posible gracias al apoyo solidario de UNICEF

 unicef

Manuel **Jacques**

La lucha por la democratización y por constituir a los Derechos Humanos como fundantes para la construcción de un nuevo diseño de sociedad que destierre de modo estable las pretensiones de reinsistir en amargas experiencias de regímenes militares autoritarios, marcará sin duda uno de los signos del desafío histórico más importante para América Latina al iniciarse el siglo XXI.

El carácter de este reto no puede ser sólo orientado y entendido en la perspectiva restrictiva de una conquista del poder político. Más allá de ello y para lograr el objetivo último de su fundamentación humana, deberá colocarse en jaque las raíces mismas de las bases de sustentación de un modelo y de una razón social que han derivado en tales ordenaciones.

Desde esta perspectiva, el análisis que se haga de los diversos campos del conocimiento, de la forma como éste se produce y reproduce, de cuáles son los instrumentos y las técnicas que utiliza, de qué tipo son los mecanismos y dispositivos con los que logra su eficacia y control social, de cómo es la naturaleza y el carácter de las relaciones sociales establecidas a partir de ellas, etc., etc. y, en definitiva, de cuál es la lógica con la que establece su funcionamiento, resulta para esta tarea de desentrañamiento, ciertamente fundamental.

Desde el campo del Derecho y del conocimiento jurídico se nos plantean grandes desafíos, particularmente en lo tocante a la relación entre el poder y Derecho y en cuanto al rol que éste cumple en la mediación de los conflictos sociales y en la consolidación de un sistema de diseño social determinado.

No es solamente a partir de las experiencias prácticas y de dificultades de lograr defensas justas en que abogados y programas legales se han encontrado con la evidencia de un dique de resistencia legal que hace inviable conquistas humanas, sino también desde la reflexión teórica y del análisis de la teoría crítica que se concluye que es la idea misma del Derecho en su acepción dominante la que imposibilita dichas conquistas y por ende es ella la que debe ser sometida a severo cuestionamiento.

Este trabajo, inscrito en el esfuerzo mayor de avanzar en la construcción de una concepción de uso alternativo del Derecho se propone trazar algunas ideas bases en torno a un tema nuevo, que a nuestro juicio debe convocar a un debate profundo, como es el de la estructuración de los Derechos Humanos en el campo del Derecho tradicional vigente.

El legalismo un freno para el desarrollo humano

Si entendemos que la doctrina de los Derechos Humanos y los objetivos últimos sobre la cual descansa su inspiración y fundamento es el desarrollo pleno de los hombres en cuanto sujetos-persona individual, como en cuanto sujetos-miembros integrantes de una comunidad mayor, la consideración de la realidad legalista como un rasgo de determinación social debe incluir necesariamente estas dos facetas.

El primer aspecto de los Derechos Humanos referido al hombre como sujeto-persona, debe a nuestro juicio posibilitar a éste un desarrollo integral de sus propias capacidades y potencialidades y particularmente la realización libre de un espíritu crítico y creador. Desde esta dimensión, las estructuras de “acondicionamiento” y de “sumisión”, que impiden ese desarrollo libre, plantean un modo atentatorio específico de derecho humano y, por lo mismo, un eje principal de su tarea de defensa deberá situarse en desacondicionar al hombre de dichos sistemas de opresión, posibilitando un estado de creciente liberación.



Un segundo aspecto se refiere al hombre como sujeto-social, como miembro de una comunidad de la que forma parte, en la que el resultado pleno de ella es el resultado de la interacción igualitaria de cada uno de sus miembros. En tal sentido, la preocupación de la defensa de los Derechos Humanos deberá estar orientada como eje de sustentación principal en posibilitar al máximo un estado de desarrollo de efectiva participación.

Desde nuestro punto de vista, el enfoque del positivismo jurídico, como concepción dominante en la idea del Derecho en las sociedades latinoamericanas, lejos de satisfacer estas gruesas necesidades humanas, plantea a la inversa una racionalidad que obedece a una lógica normativa que precisamente constituye una traba central para el logro de este doble desarrollo individual colectivo.

Uno de los rasgos de la caracterización de la posición del positivismo jurídico de acuerdo a los planteamientos que formula Norberto Bobbio¹, es la dimensión de identificar el derecho positivo como una ideología de la justicia. El acto por el simple hecho de su positividad, es justo. Esto ha derivado en la ideología del legalismo. América Latina y Chile, en particular, son elocuentes ejemplos de cómo esta ideología se ha impregnado en cada una de nuestras conciencias y de cómo vive en el modo colectivo y cotidiano de la comunidad.

Para esta posición ideológica, lo justo sólo será aquello que se encuentre conforme a ley e injusto aquello que se aparte de ella². El Derecho y la Justicia encuentran su razón de ser en la forma y no en la realidad. Lo que importa para su determinación no es el mundo de la existencia, de lo que ocurre y de lo que es, sino el mundo que habita en las normas, en la lógica del deber-ser, ajenas y lejanas del sentir y de las necesidades reales y tangibles de los hombres.

El enfoque del positivismo normativo es expresión de una concepción formalista, la que en el campo del Derecho, siguiendo el planteamiento de Bobbio, se traduce en cuatro variantes: el legalismo, referido a la teoría de la justicia; el normativismo, concerniente a la teoría del Derecho; el dogmatismo, que expresa un modo de entender la ciencia del Derecho y el conceptualismo, que se manifiesta en teoría de la interpretación³.

Esta concepción del formalismo jurídico ha sido criticada en lo profundo por diversas corrientes iusnaturalistas, socioló-

gicas, historicistas, empiricistas, que con base ideológica y teórica distinta constatan su carencia esencial de respuesta a las exigencias humanas.⁴

El Derecho y lo jurídico quedan conforme a esta concepción, reducidos al reino supremo de las formas, en la que el legalismo, como expresión ideológica superior de justicia, cumple la triple propiedad de definir tanto el sistema de las ideas del Derecho, en cuanto a explicar cómo están y cómo han llegado a ser las relaciones humanas; la de constituirse en el sistema idílico, en el recipiente en el que deben modelarse dichas relaciones para alcanzar lo justo y en el vehículo válido y adecuado para acceder a dicho ser ideal.

Planteadas así las cosas; las disposiciones normativas del orden positivo reguladoras de conducta deben ser obedecidas por sí mismas, mas allá de su contenido material. El lema de “acatar la ley” como sea; se rige en el deber más alto y constituye un deber moral, un deber superior de conciencia, al que deben sujetarse todos los seres humanos. Este deber es el respeto a las leyes vigentes por el simple hecho de ser leyes. No se respetan por la causa que la fundamentan, ni por la sanción en que devienen, sino por cumplir el rito formal de ser norma legal y como tal encarnar lo justo.

El problema del acatamiento ciego a la ley, muchas veces tremendamente injusta y arbitraria —las leyes buenas y malas deben ser acatadas— determinan un condicionamiento de la conciencia y de la conducta en orden a creer que el valor de respetar la forma por la forma es superior al valor que ella lesiona. Esta ideología legalista conduce así en este plano a desarrollar dos fenómenos igualmente atentatorios para el desarrollo humano.

La sumisión y la sustitución de la verdad

En relación a la sumisión, lo grave consiste no en obedecer a una norma, sino en desarrollar un culto sacralizado de ella, en cuanto fin en sí mismo. Lo que se internaliza no es la obediencia al valor y al contenido de lo que la norma debe proteger, sino que hay una sumisión a la norma en cuanto tal, desprovista de valoraciones.

Esta conducta de sumisión sin valorar a lo que se somete constituye a nuestro juicio un evidente atropello a un derecho

humano esencial, cual es el de poder discernir libremente lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto. La posibilidad efectiva de desarrollar la potencialidad libre del ser humano se ve a partir de esta ideología legalista claramente amenazada.

Por su parte, esta ideología en cuanto a creencia de que la verdad se encuentra en la ley, plantea en el fondo un falso criterio de constrictión de verdades. No se requiere un gran análisis para descubrir que la sociedad legal dista mucho de ser representación verídica de lo que ocurre en la sociedad real. Lo que en ella prima es la verdad contenida en la armazón lógico-simbólica estructurada en codificaciones y en sistemas ordenados de normas, no importa cuánto representen a los hechos que ocurren en la realidad. El proceso de construcción de esta verdad lógica se preocupa más de guardar armonía con el conjunto de las otras normas que de guardar armonía con un criterio de realidad (más de alguien ha dicho que el Código Civil de Andrés Bello no debe ser modificado en ningún precepto de su articulado; hacerlo, sería quebrantar su armonía semejante a una sinfonía).

La comunidad como sujeto de construcción de verdad, a partir de sus propias prácticas y saberes, queda por una parte sustituida por este modelo de representación legal y, por la otra, desprovista de capacidad para reconocerle validez de verdad a sus propias realidades. El saber de la comunidad es arrebatado por el saber de la Ley. Esta la determina, la ajusta a su verdad y le ordena obediencia.

El culto al legalismo en la convicción ideológica de que la verdad se encuentra depositada en la Ley, lleva al contrasentido de que reclamando el derecho, esto es lo legal, se reclama finalmente lo falso. Se crea una sociedad esquizofrénica. La conducta humana es permanentemente provocada hacia un estado de desestructuración y disociación. Por un lado, mira, actúa y siente un determinado mundo que lo inspira y lo impulsa y por el otro se lo somete a obedecer otra verdad en la cual ni siquiera ha participado.

La ley como poder-saber. Un instrumento de disciplinamiento social

Como ya lo han dicho varios autores, entre ellos Foucault⁵, la sociedad contemporánea puede ser denominada sociedad disciplinaria. Su rasgo principal radica en que su objetivo no

se orienta hacia el estímulo de las potencialidades ilimitadas del ser humano, sino más bien a generar sistemas de control social, de vigilancia y de mecanismos de disciplinamientos individuales y colectivos.

Las técnicas de poder empleadas no se traducen sólo en mecanismos de violencia- represión, sino que utilizan procedimientos más sutiles, que organizan materialmente la sumisión de los dominados en virtud de disciplinas de normalización y de dispositivos disciplinarios. El poder resulta ser una combinación entre violencia física organizada y manipulación ideológica-simbólica.⁶

En esta edad del control social, llamada también por Foucault “la edad de la ortopedia social”, el poder no va de la mano del saber ni de la verdad; su interés tiene una triple dimensión: vigilar, controlar y corregir.

La idea de una sociedad de vigilancia, panóptica, programada por Jeremías Bentham, es para Foucault el esquema de una

sociedad y de un tipo de poder que es en el fondo la sociedad que conocemos y en la que vivimos. El panóptico, “era un sitio en forma de anillo en medio del cual había un patio con una torre en el centro. El anillo estaba dividido en pequeñas celdas, que daban al interior y al exterior, y en cada una de esas pequeñas celdas había, según los objetivos de la institución, un niño aprendiendo a escribir, un obrero trabajando, un prisionero expiando sus culpas, un loco actualizando su locura, etc. En la torre central había un vigilante y como cada celda daba al mismo tiempo al exterior y al interior, la mirada del vigilante podía atravesar toda la celda; en ella no había ningún punto de sombra y, por consiguiente, todo lo que el individuo hacía estaba expuesto a la mirada de un vigilante que observaba a través de persianas, postigos semi-cerrados, de tal modo que podía ver todo sin que nadie a su vez pudiera verlo”.⁷

Para este modo de concebir la sociedad, determinada la estructuración del poder y de su respaldo normativo, lo que



importa no es generar mecanismos que puedan revisarlo y mejorarlo en su calidad o bondad, sino más bien en establecer mecanismos de obediencia y modelos ideológicos que lo reproduzcan en un proceso de continuo auto resguardo.

En el ideal panóptico, el saber deja de lado el problema de la verdad, edificándose sólo a partir de las reglas que modelan el sistema. “Es este un saber que no se caracteriza ya por determinar si algo ocurrió o no, sino que ahora trata de verificar si un individuo se conduce o no como debe, si cumple con las reglas, si progresa o no, etc., etc. Este nuevo saber no se organiza en torno a cuestiones tales como ¿se hizo esto?, ¿quién lo hizo?, no se ordena en términos de presencia o ausencia, existencia o no-existencia, se organiza alrededor de la norma, establece qué es normal y qué no lo es, qué cosa es incorrecta y qué otra cosa es correcta, qué se debe o no hacer”.⁸

De esta suerte, en este modelo de sociedad, la ciencia de la ley es colocada en la cima de la producción de la verdad y se convierte en el oráculo del poder. Es el lugar mítico, de donde arrancan, mediante un universo de ficciones, los saberes que otorgan el poder absoluto dotado de la capacidad sobrehumana de decir indefinidamente la verdad⁹. Además, la Ley moderna no sólo fabrica saberes, sino que se eleva en secreto de Estado; su saber es acaparado por la razón de Estado, ajeno a las realidades de las comunidades y a la decisión de éstas en ellas.¹⁰

La historia reciente de muchos pueblos de América Latina gobernados por dictaduras militares, es gráfica en mostrar cómo dichos gobiernos no solamente han propagado variados y crueles sistemas de control-vigilancia a través de organismos secretos de inteligencia, sino también de cómo tales dictaduras han querido exhibir de un comienzo el apego a su arbitraria legalidad como un modo de justificar la imposición de un poder, fundado en el saber de las leyes.

Es el caso de Chile en que el mismo día del golpe de Estado, por virtud del propio decreto de constitución de la Junta Militar de Gobierno, se aseguró el respeto a la Constitución y las leyes de la República, violadas por este mismo golpe de usurpación de soberanía¹¹. Lo es también el caso del connotado art. 8° de la Constitución de 1980, a través del cual, el

propio poder dictatorial excluye de la vida política del país a quienes estime, declara cuál es la doctrina lícita y determina cuáles son las organizaciones, movimientos y partidos políticos que deben considerarse inconstitucionales.

La lucha por los Derechos Humanos

Creemos, como muchos, que la lucha por los Derechos Humanos debe estar orientada a posibilitar el desarrollo del hombre desde una perspectiva integral, tanto en relación con sus necesidades y capacidades, como también en sus potencialidades para realizarse como persona humana. Compartimos la idea central de que los Derechos Humanos se fundamentan esencialmente en la igualdad y la libertad¹². Sin embargo, consideramos que su logro requiere una “ruptura con el discurso formal”, pues la riqueza de sus conceptos no puede quedar relegada al mundo de la abstracción lógica. De allí que la crítica a la ideológica legalista y a su acción perniciosa debe ser planteada en profundidad en todas sus dimensiones. Sería un contrasentido apoyar sólo la crítica al condicionamiento legal como obstáculo al desarrollo humano, en cuanto induce a obedecer por la vía del apego a lo formal, a ley injusta, y no otorga importancia a la dimensión de participación de la comunidad en la producción y elaboración de las normas a la que debe someterse. Ambos son procesos interdependientes y la lucha para satisfacer lo uno, debe estar acompañada de la lucha para satisfacer lo otro. No puede exhortarse la obediencia legalista a una norma que lesione el derecho humano de la participación y a su vez resulta imposible concebir la participación, si no es en virtud de un proceso construido a partir de libertades y de decisiones colectivas.

Dos ejemplos de la aludida Constitución del año 1980 en Chile son ilustrativos. Uno es el Art. 80 que consagra una figura jurídica sui generis en el derecho de representación de la ciudadanía, la de senadores designados por el propio poder en ejercicio y que constituyen casi un tercio del total de senadores (10 de 36). El poder se auto designaría representación popular, nombrando a senadores que carecerán de título del electorado nacional y que serán absolutamente ajenos al sentir y a la voluntad mayoritaria. El resultado del reciente Plebiscito del 88 en que la oposición obtuvo más del 54% de los votos, rechazando a Pinochet y su institucionalidad, ha

demostrado que no puede haber algo más ilegítimo que auto-atribuirse la voluntad de un pueblo contra su propia voluntad. El otro ejemplo lo encontramos en los art.100 y siguientes, referidos a la administración regional y comunal (COREDES y CODECOS)¹³. En virtud de ellas se designa una integración militar-privada, como modelo de representación local, excluyéndose a las organizaciones de naturaleza gremial o sindical y otorgándosele al sector privado representación mayoritaria en el consejo regional, el cual a su vez tiene la facultad de designar al alcalde, autoridad máxima municipal.

Si nos atenemos a una lógica legalista, habría que obedecer la imposición de estos modelos y dentro de ellos supuestamente participar lesionando el propio derecho a la participación. Por eso desde la óptica de ruptura a la lógica legal-formal, la lucha por los Derechos Humanos no puede limitarse tan sólo a la consagración formal. Debe desbordarla.

Por cierto, si reducimos el concepto del derecho a lo legal y, por ende entendemos la defensa jurídica restrictiva a la defensa legal¹⁴, la lucha por los Derechos Humanos será la lucha legal de los Derechos Humanos. Primero para su consagración, luego para su aplicación. Si así es, el problema de los Derechos Humanos se agotará en listar un conjunto de derechos en declaraciones y constituciones y su trascendente naturaleza quedará contenida en el discurso-formal. A juicio nuestro, éstos no quedan limitados a la estructura legal, y sus criterios de exigibilidad sobrepasarán permanentemente su consagración formal.

Estamos claros que los Derechos Humanos no pueden ser tan vagos y amplios que se les asemeje a un saco roto o a un bolsillo de payaso, en que cualquier situación o conducta sea atribuible a ellos. Pero también estamos claros que no pueden quedar circunscritos a ser meras expresiones de listados legales.

Creemos que tomando como sus fundamentos la igualdad y la libertad en la dimensión de las necesidades humanas,¹⁵ podremos construir bases reales que permitan configurarlos efectivamente en la sociedad.

Desde este punto de vista y proyectando posibilidades para su efectivo desarrollo, estimamos que la lucha de los Derechos Humanos debe dirigirse también al modelo social de modo de permitir su real satisfacción. Particularmente, la

lucha deberá orientarse al derecho a la participación, esto es, al derecho de la comunidad de decidir la asignación de recursos para la satisfacción de sus necesidades, determinando los criterios y los grados progresivos de cómo estos deberán irse satisfaciendo.¹⁶

Esta línea de aproximación para concebir la lucha por los Derechos Humanos nos conduce al problema de cómo entendemos la relación Estado-sociedad civil. Si entendemos que existe una clara separación entre ambos, correspondiéndole a la esfera del Estado la definición del poder y del Derecho, habrá un Estado formal y la lucha de los Derechos Humanos deberá ser entendida como lucha para colocar cotos a la arbitrariedad de un régimen, como freno y límite al poder del Estado. Desde este punto de vista, la lucha cumplirá una función predominantemente reactiva. Reacción frente al abuso. La reciente historia represiva de los países latinoamericanos ha llevado a los juristas defensores de los Derechos Humanos a perfilar como concepción dominante, esta idea de “límites a la arbitrariedad del Estado”. Si, en cambio asumimos como posición la opinión de que debe avanzarse hacia el término de la dualidad Estado-sociedad civil, debiendo el Estado ser resultado del creciente fortalecimiento de la sociedad civil, la lucha por los Derechos Humanos tendrá un horizonte más amplio. Será la lucha no al límite al abuso, sino la lucha por otorgar a la persona su real capacidad, posibilitando su desarrollo como individuo y como miembro de una comunidad. La lucha de los Derechos Humanos no se restringirá a ser un freno sino a posibilitar un desarrollo de.

Las estrategias de defensa. La lucha por la legitimidad

Para hacer posible la concreción del enfoque que estamos trabajando –la idea de la lucha por los Derechos Humanos desbordando la estructura legal– estimamos que el diseño de estrategias de defensa deberá ser concebido de un modo tal que permita establecer avances progresivos de conquistas que vayan arraigándose en el alma, en el modo de ser, en la cultura de la comunidad, a fin de tornarlas como principios permanentes y sólidos para su futuro destino y desarrollo.

Creemos que un punto de sustento clave a un planteamiento de esta naturaleza y que debe estar en la consideración de

estas reflexiones, es el tema referido a la noción de lo jurídico. Si reducimos este concepto a lo legal se nos cerrarán las puertas y no podremos vislumbrar sino tan solo el camino de lo formal. En cambio, si ligamos este concepto, en la plenitud del mismo, desde la perspectiva de la validez y de la fuerza de los derechos legítimos que de él arrancan, en la idea de la satisfacción de las necesidades fundamentales del hombre, entendiendo que hay conflicto de rango jurídico cada vez que hay un estado de insatisfacción de necesidades esenciales, abriremos las puertas a un horizonte profundamente humano y de enormes perspectivas para el desarrollo libre y creativo de la comunidad.¹⁷

Recogiendo las ideas centrales de lo que ya en los puntos anteriores hemos afirmado y desde esa perspectiva, consideramos que la dimensión de defensa de los Derechos Humanos debe formularse, a lo menos, desde dos aspectos ejes. El primero,

consistente en lograr el des-consentimiento con un sistema que reproduce la represión de los Derechos Humanos. El segundo consistente en avanzar hacia un estado de consenso legítimo que asegure bases estables para su desarrollo y cumplimiento efectivo.

Para el primer aspecto, los esfuerzos deben estar orientados en un doble proceso. Por una parte hacia una labor de des-educar a la comunidad frente al concepto legalista¹⁸. Por la otra, hacia una tarea de des-condicionar a los hombres como sujetos-persona en su conducta de sumisión ciega a ella. Aprender educativamente cómo ser libre parece fácil. Pero aprender a vivir no siendo sumiso parece tremendamente difícil y, desgraciadamente, es condición de desarrollo para la primera.

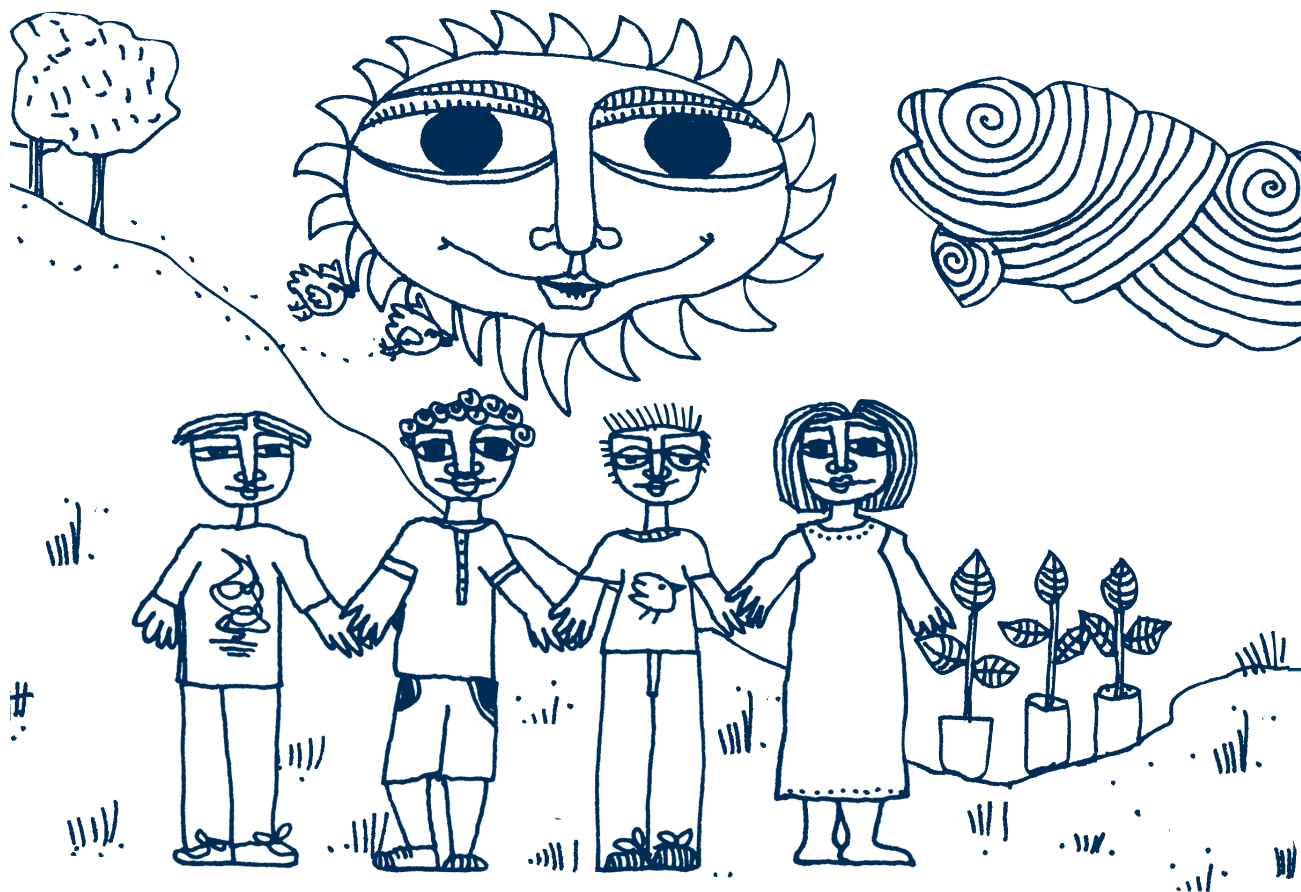
Para el segundo aspecto, lograr el consenso legítimo, creemos que la iniciativa central debe estar encaminada a resolver la tensión entre legitimidad y legalidad.



Tal como se concibe hoy el Derecho en su enfoque legalista, el principio de legalidad contiene al principio de legitimidad o, dicho de otra manera, la idea de legitimidad se encuentra contenida en la idea de legalidad. Tratando de aclarar la relación entre ambos conceptos en el trasfondo de las ideas de poder y Derecho, Norberto Bobbio, partiendo del análisis weberiano y kelseniano —uno en su contribución a la teoría política y el otro a la teoría jurídica— arriba, a partir de la lectura de ambos a una conclusión común —y que precisa, no es la de él— cuál es que la noción de legitimidad se resuelve o se disuelve siempre en la de efectividad y de legalidad. Para él, el hecho de que el principio de legitimidad se resuelva en el principio de legalidad significa que no se ha tomado en cuenta los diferentes niveles en que se ha de colocar la relación entre poder y Derecho, entre título justo del poder y el carácter de su ejercicio correcto. Estos niveles marcan la diferencia entre el poder legítimo; esto es, que quien lo detenta ten-

ga derecho a tenerlo y no sea un usurpador y legalidad del poder, en que se pide que quien lo detente lo ejerza no con base a su propio capricho, sino de conformidad con reglas establecidas (que no sea un tirano).¹⁹

Estas apreciaciones tienen una enorme importancia en la observación de los contextos históricos latinoamericanos y, en particular, de los procesos políticos de transición. La idea de que el proceso de legitimación del poder estatal se ha venido identificando con el proceso de legalización del ejercicio del poder en todos los niveles, hasta el último nivel que es el poder constituyente²⁰, parece ser la bandera que han levantado algunas dictaduras latinoamericanas, especialmente la chilena, en el esfuerzo de institucionalizar legalmente un orden y un modelo claramente ilegítimo. La Constitución de 1980 y el proceso institucional-legal de las modernizaciones, constituyen en Chile los esfuerzos mayores de la actual dic-



tadura militar para disolver la voluntad legítima de la nación con golpes de poder legal.

Desde esta perspectiva, la lucha por la legitimidad consiste en desplazar la lógica que sostiene su relación con el principio de legalidad, determinando que es ella, la legitimidad, la que en definitiva fundamenta a la legalidad. De suerte que el poder legal sin base de poder legítimo no se constituye en relación vinculante con la comunidad, al carecer de título justo de poder, y como tal puede ser desobedecida legítimamente por ella.

De esta manera, el efecto de vinculación con la comunidad o su poder de obligatoriedad se origina en el consenso legítimo de ella como base de título justo. El campo de concertación fundante radica sobre lo legítimo y sus límites y no sobre la legalidad y su efectividad; ésta queda determinada por aquélla. De no ser así podría ocurrir —lo que ya pasa— que el poder legal determina lo legítimo y obliga con sanciones a su cumplimiento, produciendo un espiral social de creación de leyes injustas que regulan la vida común, imponiendo su propia lógica de interés disciplinario. Construir el consenso en relación al Derecho consistirá, de esta manera, en torcer la ideología jurídica del legalismo dominante, desmantelando la trampa jurídica que quiere por la vía legal legitimar lo ilegítimo.²¹

Las estrategias de defensa de Derechos Humanos deben esgrimirse orientadas a posibilitar la expresión de voluntad legítima de la comunidad. En tal sentido, la lucha por el derecho a la participación real debe asumirse como un eje-central. La participación constituida como base de poder legítimo no puede en su ejercicio estar contenida en mecanismos de representaciones indirectas, sino que tiene que manifestarse de modo directo y efectivo. Para ello, un concepto de Estado centralizado es claramente un serio obstáculo. Habrá que pugnar por un Estado descentralizado y por la creación de poderes locales que permitan garantizar que realmente la comunidad participa en las determinaciones de los criterios sobre los cuales se establecerán las políticas de asignación de recursos, y en general sobre la amplia temática del desarrollo local, en que la dimensión de lo jurídico, como expresión de muchas de las necesidades de la comunidad y en la regulación normativa de la misma, es parte decisiva. Se trata de orientar la

defensa en la tarea del generar bases para la construcción de un nuevo Estado, levantado sobre el desarrollo de una nueva legitimidad que fortalezca una nueva institucionalidad como expresión de un nuevo poder social.

Dado el carácter global e interdependiente de los Derechos Humanos, el diseño de su estrategia de defensa no debe establecerse en una perspectiva de etapas o de cumplimiento en fases. Ciertamente habrá que establecer una adecuada relación entre contexto histórico y criterios de exigibilidad. Lo importante es que ello sea determinado colectiva y legítimamente. En todo caso, no hay que separar la dimensión de la denuncia con la dimensión de orden más propositiva-constructiva para su realización. Ellas no son excluyentes. Si se actúa sólo en razón de lo denunciativo, tenderá a reducirse los Derechos Humanos al campo consagrativo-formal y a radicar en el Estado su garantía, restringiendo su lucha a una visión estática-reactiva contra el Estado; cosa que no ocurrirá si en conjunto se levanta una defensa para lograr su ejercicio real y creciente, en una perspectiva de construcción social, en la cual su garantía radique en la comunidad misma, en el proceso de evaluación que haga del cumplimiento activo de los derechos, otorgándosele una visión dinámica a la defensa, en la medida que activa la transformación del orden en función de la afirmación real de los Derechos Humanos.

Nos parece importante en esta tarea de levantar consenso legítimo por la participación de la comunidad, considerar el valor de las prácticas sociales. Ya hemos señalado la crítica a la construcción de verdad y a las formas del saber. Estimamos que la comunidad, siendo un sujeto histórico en construcción, no está determinada por una verdad preestablecida ni menos por una verdad legal, que le fija un molde para que dentro de éste, ella se construya, sino que es capaz de gestar nuevas formas de interacción, de prácticas sociales y de nuevos dominios de saberes, que edifiquen nuevos criterios de verdad, estableciendo nuevas reglas del juego social.

Concebidas las estrategias de defensa en esta perspectiva de lucha por la legitimidad, la acción de los Derechos Humanos se liga a una acción estratégica de cambio social en que se cuestiona el orden y la estructura sobre la cual se fundamenta. La lucha no se reduce al cambio legal o a las reformas legales; éstas sólo son parte de la lucha mayor por el cambio

del sistema. La variación de las leyes no es la medida de la variación del Derecho, no nos da cuenta de su origen legítimo y no nos asegura bases estables para el desarrollo de los Derechos Humanos, ni tampoco para la realización de los hombres ni del porvenir de la comunidad.

Notas

1. Bobbio distingue tres aspectos en la presentación histórica de tal postura: 1: El positivismo jurídico es, en primer término, una manera especial de abocarse al estudio del Derecho. 2: En segundo lugar, representa una concepción o teoría específica del Derecho. (El principio de Estatalidad del Derecho). 3: Constituye una ideología sui-generis de la justicia. Para Bobbio estos tres aspectos no se implican necesariamente y señala los matices de diferenciación; Véase al respecto, Eduardo García Maynez, "*Positivismo jurídico, realismo sociológico e iusnaturalismo*". Ediciones Filosofía y Letras UNAM, Facultad de Filosofía y Letras. Primera Edición 1968, Pág. 9 y sgtes. y Antonio Hernández Gil "Metodología de la Ciencia del Derecho", tomo III Pág. 73 y sgtes.
2. Véase Eduardo García Maynez, op. cit. Pág. 27.
3. Antonio Hernández Gil, op. cit., Pág. 21.
4. García Maynez, formulando un comentario del planteamiento de Bobbio, señala que "la polémica contra la concepción formal de la justicia es principalmente sostenida por los partidarios del Derecho natural y constituye un episodio; acaso el más importante del llamado renacimiento de las concepciones iusnaturalistas; contra la concepción del Derecho; como forma, se levantan las gentes sociológicas e historicistas (con inclusión del marxismo); a la consideración de la ciencia del Derecho, como dogmática, se contraponen la de la ciencia del Derecho como disciplina empírica y la teoría de la interpretación conceptual tiene que vérselas con una más profunda toma de conciencia de los presupuestos ideológicos de la decisión judicial y de las teorías que separan de modo más o menos tajante la esfera de los hechos de los valores. García Maynez, op. cit., pág. 35 y 36.
5. Michel Foucault, "*La verdad y las Formas Jurídicas*" Ed. Gedisa. Colección Sombra y Sociedad 2. Ed. 1886.
6. Al respecto de estas teorías, ver entre otros a Foucault a Legendre Pierre: "*Amor del Censo*" (Editorial Anagrama, Barcelona, 1979) y los análisis de la Escuela de Francfort, particularmente a Marcuse.
7. Foucault op. cit., Pág. 99.
8. Foucault op. cit., Pág. 100.
9. Enrique Kozicki. "*Poder y Derecho. La dimensión jurídica de la vida*". Trabajo a mimeo que forma parte de otro titulado "*De la desesperada interrogación sobre el poder*".
10. Nikos Poulantzas. "*Estado, poder y socialismo*". Ed. Siglo XXI, 3ª. Edición, pág. 87 y sgtes.
11. Eduardo Novoa Monreal. "*Derecho política y democracia*". Ed. Temis, 1983, Pág. 196. El profesor Novoa, relatando los sucesos que rodearon el golpe militar, llama la atención sobre la enfermiza manía chilena por la juridicidad. El acto más vil y atroz busca siempre una justificación legal.
12. Mera, Jorge. "*Surgimiento y evolución de los derechos económicos y sociales y culturales en la doctrina de Derechos Humanos*". En primer Seminario "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Desafío para la Democracia". Programa de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Comisión Chilena de Derechos Humanos. 1988.
13. COREDES. Consejo Regional de Desarrollo. Según el artículo de la Constitución Política de 1980: "En cada región habrá un Consejo Regional de Desarrollo, presidido por el Intendente e integrado por los gobernadores de las provincias respectivas. por un representante de cada una de las instituciones de las Fuerzas Armadas y de Carabineros que tengan asiento en la respectiva región, y por miembros designados por los principales organismos públicos y privados que ejerzan actividades en el área territorial de la región. El sector privado tendrá representación mayoritaria en dicho consejo."
- CODECOS. Consejo de Desarrollo Comunal. "Está presidido por el Alcalde e integrado por representantes de las organizaciones comunitarias de carácter territorial y funcional y de las actividades relevantes dentro de la comuna con excepción de aquellas de naturaleza gremial o sindical y de la administración pública" art. 109.
14. En otros documentos desarrollamos algunos planteamientos en relación a defensa legal y defensa jurídica. Véase "*Hacia una concepción metodológica del uso alternativo del Derecho*" y "*Educación para un uso alternativo del Derecho*" Documentos de Debate, Centro de Reflexión y Acción para el Cambio, QUERCUM, N° 1 y 3, respectivamente.
15. En relación a la noción de necesidades humanas, seguimos los planteamientos que ha formulado Manfred Max Neff el equipo del Centro de Alternativas de Desarrollo, CEPAUR. Véase "*Desarrollo a escala humana. Una opción para el futuro*" Development Dialogue, número especial 1986. CEPAUR, Fundación Dag Hammarskjöld.
16. Respecto a la fundamentación de los Derechos Humanos y su relación con las necesidades y la capacidad de la comunidad a decidir, el profesor Novoa en Ob. Cit. "Derecho, política y democracia", pág. 42, ha señalado que "Los Derechos Humanos se fundan, en verdad, en las necesidades de las comunidades humanas, tal como son apreciadas en un momento dado por los miembros de ellas que logran difundir sus ideas y hacerlas admisibles por aquellos que tienen la posibilidad de imponerlas de hecho. Su desarrollo ha corrido paralelo al progreso de las concepciones sobre lo que debe ser una organización social más satisfactoria para el hombre. Sin duda, ellos serán perfeccionados en el futuro, en la medida en que ese progreso avance".
17. En relación a un comentario más amplio sobre la idea de lo legal y lo jurídico y en particular sobre la noción de conflicto jurídico, véase mis documentos de debate "*Una concepción metodológica del uso alternativo del Derecho*" y "*El conflicto jurídico en la concepción alternativa del Derecho*" Documentos de Debate N 1 y 4, Quercum. En ellos se postula en lo esencial una crítica al reduccionismo del Derecho a lo legal, afirmándose que la insatisfacción de las necesidades humanas fundamentales constituyen una negación de derecho y como tal tienen expresión como conflicto jurídico.
- Desde este punto de vista, la idea del conflicto jurídico rompe con la noción de conflicto legal-formal, abriendo la sociedad a sus contradicciones y conflictos reales, ocultadas por este concepto tradicional legalista de concebir al Derecho.
18. Creemos que en la tarea de defensa de los Derechos Humanos va implícita la idea de lo educativo en cuanto proceso de conciencia, construcción de valores y opciones de vida. Así lo señalamos en documento "*Educar para los Derechos Humanos y las estrategias de defensa jurídica desde la sociedad civil*" presentado al Taller Sub-regional Cono Sur de Educación para la Paz y Derechos Humanos en América Latina. Jorge Osorio y Germán Molina, Editores, Consejo de Educación de Adultos de América Latina CEAAL.
19. Bobbio N. "El poder y el Derecho" en "*Origen y fundamentos del poder político*". Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero. Ed. Grijalbo. Colección Enlace. 1986. Pág. 30.
20. Bobbio N. op. cit., pág. 35.
21. Véase respecto a estas ideas y en particular sobre licitud e ilegitimidad de la apropiación capitalista a Oscar Correas. "*Introducción a la crítica del Derecho moderno (ESBOZO)*". Ed. Universidad Autónoma de Puebla, México, 2ª Ed. 1986.