

# La discursiva retórica de los “derechos humanos”<sup>1</sup>

## The rhetoric discourse of Human Rights

RAÚL ZAMORANO FARÍAS<sup>2</sup>

**Resumen.** Este trabajo problematiza la relación entre derechos fundamentales, en tanto un conjunto de garantías, deberes y normas, previstas e imputables, que dan fundamento a una particular forma de convivencia —reconocidos en las Constituciones— y la inflación discursiva de la retórica sobre los “derechos humanos” en la estructura actual de la sociedad moderna.

**Palabras clave:** derechos humanos, derechos fundamentales, democracia, constitución, demagogia.

**Abstract.** This work question the relationship between fundamental rights, understood as a collection of right, duties and norms, foreseen and attributable, that provide the basis to a particular form of coexistence that is recognized in the Constitutions. It also questions the discursive inflation of the rhetoric about “human rights” in the current structure of the modern society.

**Keywords:** Human rights, Fundamental rights, Democracy, Constitution, Demagogy.

### Introducción

Iniquius enim nihil est quam siquis secundum  
legem vivere debet, quam non intelligit.

Conring<sup>3</sup>

**E**l derecho positivo es, a un mismo tiempo, presupuesto y consecuencia de la sociedad moderna. Sin embargo, así como en el siglo xvii el derecho natural fue normalizado como derecho subjetivo, en la actualidad el derecho

<sup>1</sup> Trabajo presentado en el *1 Congreso Internacional Sobre Paz, Democracia y Desarrollo*, 11-13 de octubre de 2006, por la Universidad Autónoma del Estado de México.

<sup>2</sup> Profesor-Investigador de Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma del Estado de México. Professore e membro nel Collegio dei Docenti (Dipartimento di Studi Giuridicci-UNILE). Correo electrónico: *rzamorano@yahoo.it*.

<sup>3</sup> *No existe nada que sea más injusto que el hecho que uno deba vivir según leyes que no comprende* (1639).

positivo quiere ser “hipotizado” como derecho natural, pretensión que se apoya y apela a un confuso fundamento sobre el retorno de ciertos valores naturales (¡divinos!).

No olvidemos, como ha sostenido Hans Kelsen, que cualquier noción de derecho natural es incompatible con un Estado de derecho moderno y con la democracia; sobre todo si se asume que en la sociedad moderna el ciudadano, en tanto y cuanto sujeto de derecho, se transforma en la referencia empírica para el condicionamiento de procedimientos y de atribuciones, así como para la activación de programas condicionales en pos de prevenir a la ciudadanía, efectivizar el derecho y, consecuentemente, la democracia misma.

Recordemos también que, bajo la forma de garantías constitucionales, el Estado de derecho simbolizaba la auto-inmunización de la política, así como el Estado social simboliza la auto-inmunización frente a las lógicas del mercado. Estas adquisiciones evolutivas son una de las características del sistema político en la sociedad moderna, el cual tiene por función tomar decisiones vinculantes.<sup>4</sup> Decisiones colectivamente vinculantes cuya variabilidad deriva de la capacidad del sistema de politizar temas de la comunicación social en el ámbito político y generar consenso (irritación-decisión), estabilizando la frágil y lábil sensibilidad de la opinión pública. Ciertamente, en este proceso, todo el poder político viene sometido —operativamente— al sistema de derecho, el cual hace posible la universalización efectiva de las decisiones políticas (operativización), tal que, cualquier experiencia social puede ser codificada como experiencia jurídica, a condición también de que todo derecho se debe someter al propio derecho.

Por lo tanto, las constituciones sedimentan y cristalizan la experiencia social, estableciendo una clara diferencia entre política y derecho pero, también, generando un acoplamiento y prestaciones estructurales entre ambos sistemas (toda vez que el sistema de derecho tiene la función de operativizar y efectivizar las decisiones políticas). Lógicamente, la condición de una tal diferencia implica que cada uno de estos sistemas funcionales son autónomos y cerrados operativamente, y sólo a través de su apertura cognitiva se verifica una posible y recíproca irritabilidad (resonancia).

El derecho reacciona entonces a la complejidad social, y en particular a aquélla del sistema político, reproduciendo su diferencia, es decir, manteniendo los límites de su operación. Por cierto, con lo anterior no pretendemos sostener

<sup>4</sup> Auto-inmunización cuya impronta orienta la Constitución de Weimar (1919), la cual da origen legal y operativo al estado de bienestar europeo. Con anterioridad es dable observar otro ejercicio legal al respecto, la Constitución mexicana de 1917, aun cuando se queda sólo en la retórica del “espíritu de la ley”.

que las estructuras y funciones de la actuación política deban ser *ahora* sustituidas por el derecho, sino más bien destacar el hecho de que sólo en el contexto de una sociedad diferenciada funcional y operativamente es dable observar las características típicas de la estructura de los sistemas jurídico y político modernos.

Como se ha indicado, en la modernidad de sociedad actual, los sistemas sociales (la política, el arte, la religión, la ciencia, el derecho, etc.) operan sobre la base de claras distinciones funcionales (*códigos*, en la semántica luhmanniana) y, aun cuando resulta del todo evidente la enorme relación entre estos subsistemas (prestaciones), operativamente ellos no pueden actuar como lógicas intercambiables a riesgo de corromper sus propios códigos funcionales.<sup>5</sup>

En consecuencia, el Estado Constitucional, legalmente instituido, no puede depender de la voluntad de algún grupo, del partido, de la iglesia, de los militares, de los empresarios o de poderes fácticos, sino de las normas legales específicamente estipuladas (derecho positivo) que previenen la colonización del aparato administrativo por parte de fuerzas políticas o sociales particulares.

No obstante, tampoco se trata de transferir el antiguo ideario de orden segmentario o estratificado de la *res publica* al moderno sistema decisional político-administrativo, pues esto constituiría no sólo un error de reflexión a-histórica sino y ante todo comportaría más bien peligrosas consecuencias, toda vez que la especialización del sistema político en la resolución de los problemas supone, por una parte la clara especificación funcional y, por otra, una consecuente pérdida de funciones en relación con un orden social más antiguo y menos diferenciado (hablamos de la lógica racional-legal, característica del *ethos* moderno).

Sabido es que sin autonomía funcional, la representación política y el derecho pierden toda capacidad de garantizar procedimientos que mantengan abiertas y acrecienten las posibilidades de elección, variación y construcción de alternativas sociales (vínculos con el futuro). Al contrario, las formas de auto-entendimiento profundizan el bajo nivel operativo en la construcción e institucionalización de las expectativas sociales, especialmente por la erosión de los acuerdos legales constitucionales. Por lo tanto, una excesiva integración tiene por único resultado la no-diferenciación funcional ni operativa de los sistemas sociales, es decir, la imposibilidad de un procesamiento de sentido diverso el cual oblitera la pluralidad de lenguajes (Fernandes, 2000, caps. I-II).

En el actual orden social diferenciado, característico de la sociedad moderna, las expectativas normativas funcionan como el presupuesto básico, como las reglas

<sup>5</sup> Precisamente, es en la periferia de la sociedad moderna donde el riesgo de *colonización* es más alto (Luhmann y De Giorgi, 1996, caps. I-IV; De Giorgi y Corsi, 1998).

de partida que, precisamente, supone y requiere este orden social, de lo contrario se puede seguir apelando a la metafísica de los valores, a los “derechos humanos”, a la impotencia del deber ser, al bien común y la justicia pero sin estructuras normativas disponibles y operativamente funcionales; dicha apelación, a lo más, termina siendo retórica, “oportuna”, cuando no demagógica.

Por lo tanto, civilizar las expectativas a través del derecho, y del Estado democrático de derecho, constituye mucho más que el reconocimiento de simples *garantías individuales*. Más bien éste es el marco que posibilita la moderna coordinación social al garantizar mecanismos de generalización de la auto-representación personal, de formación de expectativas atendibles a la satisfacción de las necesidades socioeconómicas y a la posibilidad de tomar decisiones vinculantes (*aprendizaje, confianza*), las cuales precisamente contrarrestan o dificultan la corrupción de los subsistemas (principalmente el sistema político y sistema de derecho).<sup>6</sup>

### ¿Derechos humanos o derechos fundamentales? That is the question

Estamos conscientes que el ideal es que ‘las instituciones funcionen’, pero esto es impracticable en un país en el que no existe igualdad de deberes. Ello pasa porque las elites, aprovechándose de la asimetría en el manejo de la información, sacan ventajas crecientes a costa de la debilidad de quienes administran [nuestros] caricaturescos países.

Martín Fierro

Resulta del todo claro que el funcionamiento del sistema de derecho, y su relación con el “problema de los derechos humanos” (y de la política), es un ámbito por excelencia en el cual se pone a prueba la epistemología de la modernidad y sus correspondientes discursos éticos y jurídicos, sobre todo si se asume que la función primordial del sistema de derecho es promover y concretizar la generalización

<sup>6</sup> Es indudable que en la periferia de la sociedad moderna los temas de la comunicación sobre el derecho y los mecanismos de generalización de expectativas no encuentran eco, porque aquí lo que prima generalmente son las corporaciones y no los individuos. Corporaciones clientelares plenas de ritualismos y de su propia “legislación” lo cual “posibilita” que el derecho del Estado se cumpla para/por unos (la inmensa mayoría) y se viole sólo para/por otros (esa selecta minoría corporativa). Incluso, en algunos casos, a los primeros se les abrumba con exigencias para que se encuadren en todas las regulaciones que el burócrata corporativo tiene a su disposición, mientras que a la selecta minoría, que considera que la ley es un mero instrumento indicativo, no se le molesta con *minucias normativas* que puedan entorpecer sus “quehaceres”.

congruente de las expectativas normativas e imponer límites a los sistemas de la política y de la economía, manteniendo su estructura y autonomía. Es decir, potenciar tanto la *ciudadanización* de la ciudadanía, cuanto la *constitucionalización* de la constitución.<sup>7</sup> De ahí que en la actualidad el problema de fondo que se debe acotar y discutir, precisamente, es el carácter y la forma de universalidad de tales derechos y garantías en el Estado moderno y en el sistema democrático de derecho.

Pero en realidad, abordando la cuestión particularmente relevante de los grados de diferenciación funcional y operativa de la sociedad (y de sus sistemas sociales), observamos que en la práctica existe más bien una alarmante y políticamente correcta *retórica inflacionaria* sobre los —así llamados— *derechos humanos*, pero nunca una preocupación suficiente por el tema de los derechos y garantías ciudadanas fundamentales, sea lo que sea que se entienda con esta palabra.<sup>8</sup> De ahí que resulta de todo interés preguntarse entonces ¿por qué hoy se pone tanto énfasis discursivo sobre el complejo semántico de los derechos humanos? ¿Acaso existe un derecho que no sea humano?

Parece ser que hoy frente a la ineficacia y al fracaso en la operatividad de las garantías o, de plano ante la obliteración de los derechos fundamentales (sobre todo en las sociedades periféricas), en general el discurso de —y sobre— los “derechos humanos” se ha orientado hacia el pasado, apelando a un supuesto fundamento de verdad y moralidad exterior al sistema social (una metafísica, podríamos decir, que reactivando el supuesto *estado de naturaleza* del buen salvaje rousseuniano apela a una naturaleza divina y trascendente); una suerte de retorno a la “igualdad” cuyo fundamento estaría dado por los “derechos naturales” (¿cuáles?).<sup>9</sup>

Sin embargo, lo único que parece estar claro en este discurso, aun cuando no venga declarado, es que al parecer con esta lógica se pretende repetir el modelo de imposición de pautas económicas, tecnológicas, culturales y hasta religiosas y morales al conjunto de la sociedad, pero esta vez bajo la trascendental consigna de “democracia y de los famosos derechos humanos”. Ciertamente, toda esta cha-

<sup>7</sup> Esto significa, fundamentalmente, que el derecho tiene por función operativizar (efectivizar), cautelar e imputar las decisiones que se han tomado en ámbito político de los Estados, es decir, en un territorio donde tenga vigencia y sea legítimo tal contrato.

<sup>8</sup> *Fundamentales*: en tanto derechos cristalizados y reconocidos en el pacto constitucional sean de primera, segunda, tercera o cuarta generación, pero y también en cuanto una expectativa cognitiva que se cristaliza en norma vía proceso evolutivo de la sociedad. Asumiendo que el fundamento de los derechos —*fundamentales*— está determinado históricamente por el contrato que establece la comunidad y, en ningún caso, como retórica apelación a míticos derechos naturales o al cielo.

<sup>9</sup> Como señala Castoriadis, el individuo presocial, al contrario de lo que pensaba Aristóteles, no es un dios ni una bestia, sino una pura y simple invención de la imaginación de los filósofos (Castoriadis, 1990; Bauman, 2002).

rada viene acompañada también por terribles discursos sobre la inseguridad y el riesgo que produce la introducción de la temporalidad en la construcción del orden social moderno (globalización, soberanía, crisis del Estado-nación, diversidad, etcétera, etcétera) (Comunicación personal con Raffaele de Giorgi en Lecce en 2002; De Giorgi, 1998). Pero es obvio que esta forma de concebir y abordar el problema oculta, dramática e ineficazmente, la observación y problematización de las muchas formas que asume el problema de los derechos y del Estado democrático de derecho en la modernidad la sociedad moderna (sea en su centro o en sus periferias).

Reconocer, por ejemplo, que hoy uno de los puntos centrales de referencia sobre el discurso en torno a los valores y a los derechos fundamentales (cuya base son los derechos individuales, creados para defender la individualidad frente al Estado), tendría que articularse en relación con el problema de la exclusión/inclusión social; asumiendo formas específicas tanto a través de leyes programáticas para avanzar en el proceso de constitucionalizar la Constitución, cuanto a través de programas operativos condicionales para el cautelar la ciudadanía (efectividad de la ley), y no “sólo” como retórica de los “derechos humanos” o de una supuesta más nunca aclarada “dignidad humana” (Corsi, 2001). Incluso, considerando aquellas ocasiones en las cuales nos encontramos frente a reivindicaciones que no puedan ser rápidamente traducidas en planificaciones generalizables y reproducibles (derechos de cuarta generación: Bobbio),<sup>10</sup> o en aquellos casos en los cuales debamos enfrentar la inevitable inconsistencia actual de la semántica política (libertad, igualdad, soberanía), que si en nada elimina la tragedia de la realidad que quisiera describir, al menos logra intervenir sobre ella al hacer plausible cuando menos alguna descripción reflexiva (Corsi, 2001).

Pero más bien al observar las dificultades reales de instrucción de los procesos y del intento por efectivizar las directrices jurídicas de imputación internacional, es patente la resistencia de la mayor parte de los gobiernos —sin distinción de ideologías— a ratificar los tratados que dan origen a la implementación de leyes programáticas del derecho (inter)nacional (garantías fundamentales, tribunales internacionales, cautela de la ciudadanía en el ámbito doméstico), y otros tantos casos como la manipulación política y mediática esgrimida para “defender” supuestamente la democracia y la libertad (se tortura y se hacen guerras “preventivas” para defender los derechos humanos obliterándolos, se viola la libertad, la democracia y los “derechos humanos” para defender los derechos humanos).

<sup>10</sup> Por ejemplo, reconocimiento jurídico y normativa sobre el matrimonio entre parejas homosexuales en España (2005).

Es claro y resulta evidente además que encontrar un sentido recurrente —reconocido— por los diferentes pueblos y naciones que permita realizar nuevas posibilidades de tutela de los llamados derechos humanos es, cuando menos, ilusorio, sobre todo si pensamos en este simple pero determinante gesto: todo derecho puede ser cautelado sólo y en tanto atribuible a un ciudadano perteneciente a la comunidad que lo establece (soberanía llamamos a esto). El problema, entonces, es que, más allá o más acá del discursos y las buenas intenciones, no existe una ciudadanía que pueda ser cautelada mundialmente, y mucho menos un legislador que la puede imputar en el contexto universal (al respecto piénsense mínimamente en la situación que afecta a los inmigrantes a nivel mundial).

¿Por qué entonces esta neurótica necesidad de “establecer” derechos humanos y tan poco interés por operativizar las garantías constitucionales que tutelan la ciudadanía?<sup>11</sup>

Antes bien, si el contractualismo moderno tiene su origen en una concepción holista y en una sólida y antigua justificación orgánica de la sociedad (la sociedad es un todo y el todo está por encima de las partes), éste nace precisamente del hecho de que el punto de vista de partida de cualquier proyecto social de liberación es el individuo singular con sus pasiones, intereses y necesidades y, en ese contexto, no se puede soslayar el hecho de que tanto la libertad cuanto el poder derivan siempre del reconocimiento y establecimiento práctico de “unos” derechos fundamentales, inalienables e inviolables al interior de la comunidad que establece el pacto (constituyente). Reconocimiento que por cierto va más allá de la simple esfera de las relaciones económicas interpersonales o, “del derecho a morir de hambre” (Bobbio, 1992: 61).<sup>12</sup>

Lógicamente, lo anterior presupone una clara conceptualización de la función del derecho y del constitucionalismo (del Estado) en la política de consolidación democrática, para que los derechos fundamentales no sólo protejan al individuo del Estado si no que también posibiliten estructurar el ambiente de la burocracia, en modo de consolidar al Estado como un subsistema de la sociedad y hacer complexivamente plausible una actividad de comunicación más eficaz e

<sup>11</sup> Sin detenernos todavía en el problema empírico de cómo estas garantías son cada vez más recortadas o pisoteadas. Al respecto recordemos que el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica se ha negado rotunda y sistemáticamente a firmar los tratados internacionales del Tribunal de Roma, no obstante, su presidente, George Bush, invade, tortura y mata para ¡¡¡“defender los derechos humanos”!!!, por no mencionar las vergonzosas consecuencias de la *Patriot Law*.

<sup>12</sup> Reconocimiento de los derechos subjetivos, característica de Estado democrático de derecho=Estado de los ciudadanos.

influyente y en cuya implementación la institucionalidad cognitiva-normativa constituya el vínculo más importante del tejido democrático. Dicho en otras palabras, la institucionalidad referida a la estructura de los derechos, a las operaciones (efectividad) del sistema jurídico y a los aparatos y estructuras que garantizan la reproducción sociocultural de la sociedad.<sup>13</sup>

Lo anterior nos obliga a tener presente entonces que el Estado constitucional —o toda forma social orgánica—, se caracteriza porque genera reglas y normas para un determinado conjunto social. Tal que el moderno estado constitucional genera derecho para organizar, orientar y resolver la conflictualidad en el funcionamiento del sistema social. Además se debe también considerar que no todo Estado es Estado de derecho así como tampoco Estado de derecho no significa mecánicamente Estado democrático de derecho (quizás si esta observación se considerara seriamente sería más fructífera la observación sobre el problema de la efectividad/no efectividad del derecho o, al menos, más realista).<sup>14</sup>

Aun cuando es frecuente que se confunda el Estado de derecho (como cualquier forma superior al estado de naturaleza hobbesiano) con el Estado democrático de derecho, teórica ni empíricamente son lo mismo.<sup>15</sup> Porque, por un lado, Estado democrático de derecho significa —precisamente— el sometimiento del Estado a su propio derecho (imperio de las leyes y garantías fundamentales, separación y contra balances de poder creados a través de procedimientos legítimos, acordes con la particularidad de la organización socio-institucional, protección fáctica de los derechos y libertades); y, por otro, porque en la concepción intrínseca del Estado de derecho, prácticamente lo que existe son “interpretaciones” de la ley

<sup>13</sup> Bobbio retoma el pensamiento del *jus cosmopolitanum* (derecho cosmopolita) de Kant, toda vez que con la constitución de los tribunales por crímenes de guerra, los derechos humanos son reconocidos por primera vez en la historia en el sentido de *jus causae*: como derecho para la apertura de un proceso, para la protección de un individuo, pero de modo totalmente independiente del Estado al que pertenezca. Así pues, por primera vez, estos derechos se consideran derechos de vigencia universal, por lo que incluso prevalecen ante el Estado. Por cierto, ésta es con certeza sólo una posible tendencia de evolución de las relaciones jurídicas internacionales, pero sea cual sea el caso, éstas son efectivas sólo si están reglamentadas y reconocidas como tales por los Estados de la comunidad mundial (Bobbio, 1992).

<sup>14</sup> En términos generales, el constitucionalismo puede ser entendido como la acción de convertir en norma fundamental una convicción social (una expectativa cognitiva). Es decir, elevar a rango de ley máxima los valores políticos y sociales compartidos y consensuados por un grupo social (*imperativo categórico*). Las elecciones, regularidad, reglamentación, proceso y la forma general que asumen tales aspectos cognitivos, en clave de juridificación, hacen posible y definen el carácter orgánico y la naturaleza socio-jurídica de los sistemas políticos y de los Estados.

<sup>15</sup> Estado de derecho concebido como una estructura formal donde no se cuestiona el momento constituyente y sólo se privilegia la existencia de normas como un bien en sí mismo (la ley por



pero jamás el imperio de la ley, toda vez que ésta viene aplicada/manipulada por lo general como voluntad de un grupo dominante mas no como posibilidad abierta al debate y la construcción de coordinaciones y alternativas vinculantes hacia el futuro (dejando la puerta abierta para la especulación discursiva y la retórica sobre la “ingobernabilidad”, el “fundamentalismo” o los “derechos humanos”).

Además, en el Estado democrático de derecho, la ciudadanía existe en tanto hay una asignación y un reconocimiento universal empírico de la *razón práctica*, pero siempre como expectativa estructurada legalmente (derecho operativo: efectividad y cautela). Dicho en otras palabras, en el Estado democrático de derecho la cautela de los bienes y garantías civiles básicas: *derechos fundamentales* (cuya función equivale al Sistema Nervioso Central en la sociedad), presupone que todos están sometidos a la ley (no se puede disponer arbitrariamente de la ley) y que existen también estructuras sociales disponibles para la operatividad de tales garantías y derechos (programas condicionales, leyes programáticas, redes de *accountability*).<sup>16</sup>

Pero también y, consecuentemente, supone que para la estructuración normativa de cualquier otro derecho se requiere la implementación de esta plataforma básica de derechos, en tanto adquisiciones evolutivas de la sociedad (derechos civiles, políticos y sociales).

El resultado de todo esto es que el Estado de derecho, así concebido, es un tipo específico de Estado, un modelo organizativo que ha ido surgiendo y construyéndose en las condiciones históricas puestas por el proceso evolutivo de la sociedad moderna (*iluminismo ilustrado, diferenciación funcional*), en tanto respuesta a expectativas, experiencias y exigencias específicas, demandas y reales necesidades de certeza y confianza social, cuanto a garantías de carácter socioeconómico, cultural y político (protección del sujeto, reconocimiento de ciertas libertades, así también como el paradójico apelo a una genérica idea de igualdad).<sup>17</sup>

En este contexto, y en función del desarrollo de la lógica interna propia de la razón ilustrada (igualdad, fraternidad y libertad), es que encuentran su fundamentación los llamados derechos humanos (vistos en un primer momento como derechos naturales), desde una perspectiva donde se asume el supuesto de su validez (universal) y de su posición racional: lógica, buena, verdadera, única y, por lo tanto, ¡eterna!

la ley). Al respecto no olvidemos que la idea del Estado de derecho tiene una matriz abiertamente prusiana: *Reschsstaat*.

<sup>16</sup> Las garantías individuales son una suerte de institución que garantiza la civilización de las expectativas y la indisponibilidad de la ley. La institución opera como una semántica comunicativa; el derecho admite, por ejemplo, un solo tipo de comunicación: legal/ilegal.

<sup>17</sup> Tal y como señal, entre otros, el jurista alemán Peter Häberle (2002).

Sin embargo, históricamente la producción de derechos ha seguido un proceso de diferenciación semejante a la diferenciación y especialización operativa de la sociedad, generándose con ello una inevitable paradoja en los sistemas policontextuales: la igualdad de los seres humanos producida por el reconocimiento de sus diferencias. Pero de una diferencia como consecuencia de la igualdad de los individuos ante la ley. Tal que dicha igualación —de los individuos— se ha entendido, en general, como supresión de las diferencias, como “nivelación” sin más, y donde corresponde al Estado además asumir y encargarse de tal función niveladora.<sup>18</sup>

En perspectiva histórica tampoco podemos olvidar que en la lógica constitutiva, que prima en la generación del derecho, en la más antigua codificación de las costumbres y usos se estipula que los derechos de los individuos sólo pueden tener validez en tanto miembros de una comunidad de diferentes, por tanto, el modo de hacer efectivas las diferencias es mediante las irritaciones que los grupos e individuos van produciendo en una específica organización social, así como de los rendimientos colectivos que tales reclamos puedan allí alcanzar para su protección. Sin duda, los comienzos del derecho tienen que ver entonces tanto con la necesidad de nivelar las diferencias y la necesidad de limitación y protección coactiva de la comunidad, cuanto con los escándalos y reclamos de reconocimiento, en un contexto en donde al no existir el derecho se hace necesario establecer el derecho. Al respecto Niklas Luhmann ha hablado del *escándalo* como generador de normas.<sup>19</sup>

En el largo proceso evolutivo de este ideario en la modernidad, tanto en el pensamiento jurídico cuanto en la teoría política clásica, se articulan dos distintos enfoques que se han hecho fuertes y se imponen a la hora de problematizar el problema de los derechos fundamentales: a) la afirmación de los derechos individuales sin ninguna contrapartida de obligaciones comunitarias (enfoque liberal dogmático: derechos humanos) y b) la afirmación de derechos (y deberes) de los

<sup>18</sup> Proceso que es relativamente válido y reconocido en función de salvaguardar las históricas conquistas sociales de la *ciudadanía*.

<sup>19</sup> El Código del Rey Hammurabi (1792-1750 a. n. e) constituye la primera realización histórica de codificación de derechos (282 artículos), que, si bien no distingue entre derecho civil y penal, es un corpus que tiene por objetivo regular los asuntos de la vida cotidiana. Por ejemplo, regular el comercio, el trabajo asalariado, los préstamos, los alquileres, las herencias, los divorcios, la propiedad, las penas por delitos de robo, el asesinato. Como sea, el Código representa el primer esfuerzo por implementar algunos preceptos jurídicos tan fundamentales que ni el Rey tiene la capacidad de cambiarlos. Por lo tanto, el Código representa y posibilita la certeza de ciertas expectativas/esperanzas sociales (confianza social) y también un importante reconocimiento que incorpora en este proceso sea al hombre libre (primer estrato), al esclavo (segundo estrato)

individuos en cuanto pertenecientes a algún tipo de comunidad que garantiza el ejercicio de tales derechos y deberes (enfoque liberal comunitario: derechos fundamentales).

Así, tanto el enfoque liberal cuanto el enfoque comunitario se postulan como diferentes formas de explicar la fundación y, por tanto, también el fundamento del orden político y jurídico. Genéricamente, Liberalismo y Republicanismo son los nombres dados a estas dos tradiciones divergentes que, en el contexto del surgimiento de las modernas constituciones, aparentemente habrían sido conciliadas a través del reconocimiento de los derechos humanos (*iusnaturalismo*) en tanto derechos fundamentales positivados en las Cartas Constitucionales. Un conjunto de derechos que ya no derivan de la calidad humana o divina del hombre, sino que constituyen un producto social en el despliegue y lucha por la ciudadanización de la ciudadanía (derechos de pertenencia, de decisión y de bienestar en una comunidad política soberana).

La semántica de los derechos humanos se fue desplazando entonces desde una visión naturalista (siglos xvii y xviii) hacia una visión política de derechos ligados al *ius gentium*, tal que la democracia moderna será —en esta operación— confinada a los límites que la noción clásica de soberanía impone a la efectividad de los derechos. Y esto porque en la tradición jurídico-política, la soberanía fue siempre concebida como un elemento central para cautelar los derechos; sea esto en el contexto de una “soberanía absoluta” (en la tradición liberal-individualista: Hobbes, el *monarca*), o en la tradición republicana-comunitarista (Rousseau, el *pueblo*).

Por lo tanto, la concepción de la voluntad general soberana (pueblo) así como la presunción de que el monarca es, necesariamente, bueno y temeroso de Dios, serán progresivamente substituidas por la noción de “derechos” como limitadores de la soberanía de uno y de otro (concebidas, desde sus primeras formulaciones en el siglo xvi, también como “derecho”). En Kant, por ejemplo, esta tensión entre soberanía y “derecho” se manifiesta mediante el sacrificio de la soberanía popular en función de la necesidad de una constitución republicana: representación, prohibición de la resistencia y del derecho a la desobediencia a

---

y a los subalternos (tercer estrato). Siglos más tarde, con la codificación de las obras jurídicas de los jurisconsultos romanos (bajo la égida del emperador bizantino Justiniano I: 530-533 d. n. e.), se concreta y lleva a cabo una recopilación jurídica tan o más importante para el mundo moderno, el *Digesta sive pandecta iuris* (*digesto*: del latín *digestum*, *digerere*, ‘distribuir’, ‘ordenar’), el cual tiene el valor de haber permitido la conservación de la doctrina jurídica clásica y su conexión con el derecho moderno a través de las constantes citaciones y referencias e inspiraciones, como precedente y justificante para las opiniones en la doctrinas y legislación moderna.

los derechos, son mecanismos que limitan la supremacía de la soberanía popular cuando una constitución se hace necesaria.

Precisamente, el constitucionalismo moderno se articula asumiendo tales presupuestos y relevando dos elementos fundamentales: por un lado, el tratamiento que las Constituciones dan a los derechos fundamentales —notoriamente a la libertad— y, por otro, el mecanismo que éstas establecen para una continua proyección del derecho —y, por tanto, de esos mismos derechos fundamentales con el futuro—.

El resultado de todo esto es que ideas tales como “nación”, “soberanía”, “derechos”, “libertad”, “igualdad” y “democracia” en la modernidad se constituyen en el fundamento, tanto en las formas de proyección de la política y del derecho hacia el futuro, cuanto en el sentido de evitar una regresión al pasado. O sea, al Estado de naturaleza. Es decir, para en el pensamiento moderno la paradoja de la soberanía no puede ser ya resuelta con base en la tradicional diferencia entre derecho natural y derecho positivo o en la inmutabilidad de un derecho natural y, por tanto, sobre la base de la tradición (Bodin, Hobbes, Pufendorf, Rousseau), sino y exclusivamente en y por la efectividad soberana del Estado —democrático— de derecho, con base en el derecho.<sup>20</sup>

En tal sentido y como señala Luhmann, cuando esa posición se tornó insustentable desde una perspectiva del derecho natural fueron inventadas las constituciones. Es así que, en la teoría política y en la teoría jurídica, *la necesidad de la constitución está justificada en relación con el problema de la soberanía y de quién es el soberano* (Luhmann, 1996: 102).

Al dislocarse la soberanía de la “persona del soberano” hacia la Constitución, la soberanía se expande hacia nuevos límites que ya no tienen que ver más con la tradición de un derecho natural o de las “leyes fundamentales” del reino (terrenal o divino), más bien los límites a la soberanía son reevaluados delante de la concepción de derechos individuales y de la separación de los poderes. Así en la tradición constitucionalista (que tiene sus raíces en el pensamiento medieval), el

<sup>20</sup> El desarrollo del sistema democrático busca articular una instancia política separada de los poderes religiosos y económicos, para configurar un aparato administrativo centralizado y operativo en donde se concentren los medios de violencia legítima (soberanía) y la constitucionalización, o sujeción a un derecho positivo (legalidad), lo cual implica una división de poderes contrabalanceados y la autonomía funcional. Es decir, la sujeción de los poderes estatales al mandato del sufragio universal (legitimidad), dando origen al moderno Estado constitucional, cuya concepción democrática presupone un estado de derecho que garantice el orden jurídico y que mantenga a sus autoridades sujetas al escrutinio público (Abbagnano, 2000; Sabine, 1992; Strauss y Cropsey, 1996; Touchar, 1994; Skinner, 1993; Vallespín, 2004).

problema de la limitación de aquello que sólo podría ser pensado como supremo o absoluto va a encontrar una formulación innovadora en el concepto moderno de constitución. Las constituciones asumen el hecho de que la limitación es condición de la no-limitación, esto es, de la soberanía. De una soberanía popular, en tanto principio democrático que es valorada como el fundamento del orden jurídico estatal el cual emerge al calor de las revoluciones europeas entre 1550 y 1789.<sup>21</sup>

En términos generales, los derechos institucionalizados en forma escrita y codificada hacia finales del siglo xvii fueron propuestos como derechos subjetivos en el sentido que se pretendía encontrar en el sujeto su fundamento y la posibilidad de que tales derechos fuesen reivindicados y eventualmente impuestos (o, incluso, invertidos). Pero tal subjetividad —derecho subjetivo— pudo ser generalizada e institucionalizada sólo al precio de eliminar al sujeto mismo la posibilidad de elección, toda vez que éste no puede encargarse de las innumerables variantes que la realidad subjetiva e individual le presenta. De manera tal que los derechos subjetivos funcionan desde siempre como una expectativa posible de ser garantizada a través de la institucionalización operativa (efectiva), pero sólo y mediante el derecho positivo (legítimo).<sup>22</sup>

Ciertamente este ideario, que emerge al calor de las revoluciones demoburguesas, vino a demostrar también que en nombre de la igualdad, se puede practicar desigualdad, que en nombre de la inclusión se genera exclusión, que en nombre de la libertad se produce también opresión... y que —en la actualidad— todo esto se suma a la crisis del discurso de la modernidad, de la democracia, de los derechos, de las garantías individuales y de la esfera estatal que lógicamente viene ligada a la crisis de la política moderna, ya que mientras el Estado ha perdido el monopolio de la política, esto es la idea clásica donde lo político era todo lo que concernía al Estado, la política ha perdido también su rol como centro activo y orgánico de la sociedad.

Es en este contexto donde la cuestión relativa a los derechos humanos emerge con fuerza como un recurso, se dice, para contener el desmantelamiento del Esta-

<sup>21</sup> Mas, con una condición: que el pueblo, en cuanto soberano, no decide nada, y esto porque el “pueblo soberano” es el mismo una promesa constitucional. Entonces, como soberano, el pueblo no decide nada (con el desplazamiento del derecho natural al derecho positivo, el derecho sólo depende para su auto-reproducción del derecho mismo).

<sup>22</sup> Como se indicó: derechos fundamentales son lo que dan fundamento a una forma particular de convivencia (expectativa cognitiva) que al constitucionalizarse se hace *norma* (expectativa normativa), generando las condiciones fundamentales de legitimidad (poder) del derecho público. Dicho en otras palabras, el fundamento sería una expectativa civilizada. Definidos como anteriores a los deberes, como afirman —entre otros— Spinoza y Bobbio; en la lógica evolutiva de la sociedad moderna siempre prima el derecho sobre el deber (característica del contractualismo moderno), mientras que en el contractualismo clásico primó el deber —divino— sobre el derecho.

do y proteger a los individuos contra los abusos del autoritarismo y el cierre de la inclusión social (ineficacia de los derechos, problemas de migración, conflictos de naturaleza étnica, crisis de gobernabilidad, aumento de las disparidades regionales, reducción de la ciudadanía por los resquicios del ritual democrático, etcétera, etcétera). Posiblemente, tales cuestiones sean en parte realidad, pero también es cierto que la propia noción de Estado y ciudadanía —en muchos casos y sobre todo en nuestras tierras— nunca se ha realizado materialmente en tanto y cuanto implementación operativa del “contrato” (reglas) y de la inclusión generalizada, sufriendo incluso serios retrocesos (ciudadanía electoral, democracia ritual).

Sin embargo, de frente a tal constatación, y más allá de problematizar este problema de suyo crucial, se retorna a la apelación a los “derechos humanos” y se remite, inmediatamente, a un discurso universalizante de “estos” derechos. Tal que, de los derechos fundamentales reconocidos y que debería proteger El Estado (que es, a fin de cuentas, el único que efectivamente puede cautelarlos), se pasa a una discusión sobre los derechos humanos en el marco de una supuesta ciudadanía ya no nacional, antes bien ahora global; desarrollándose argumentaciones jurídicas que no pueden ser reconducidas ni a la noción de Estado ni tampoco explicadas con base en el universalismo *iusnaturalista* de los derechos humanos. Pero, ¿será que así se resuelven los problemas relacionados con la inclusión social?

Más aun, ¿cuál sería la función de los derechos humanos, de la democracia y de ciudadanía democrática en una sociedad que se reconoce global pero que opera en términos locales? Es decir, ¿cómo pensar en un derecho o en un Estado universal en una sociedad que es todo, menos homogénea?

Porque si se asume seriamente que el sistema jurídico es un sistema social y, en este sentido, cualquier producción de derecho (vía legislación, vía tratados, decisiones de los tribunales, de aquello que dicen los juristas, los académicos, los políticos y, más recientemente, los opinólogos y *frailes de la modernidad* de toda raza) es producción de sociedad, entonces al afirmar el carácter global del sistema jurídico y de los “derechos humanos” enfrentamos otro problema: el de la legitimación, también global, de este derecho. Pues, en qué medida puede ser *un* derecho (democrático) fundador de una política “globalmente” democrática, sobre todo si la historia nos demuestra que en el marco de la soberanía del Estado-nación todavía no resolvemos el problema de la implementación de los derechos fundamentales (positivos), el cual en muchos casos ha sido famélico, exclusivo y más bien excluyente (sólo para *una inmensa minoría*)... Además, ¿quién sería el legislador mundial? ¿Quién sería el “soberano” que cautele tales derechos: el presidente, la fe en el poder de la razón, la razón del poder, Estados Unidos, Dios?

Resulta claro, entonces, que si el derecho (positivo) es una contingencia domesticada, siempre está abierto a nuevas contingencias que pueden ser integradas al mismo derecho, pero nunca discursivamente, ni universalmente, sino sólo a través de implementaciones fácticas y concretas.

En caso contrario, orientarse en función de la retórica de los derechos humanos sirve más bien para justificar la violación de los propios derechos humanos. Porque si cualquiera puede moralizar con los derechos humanos, apelando incluso al cielo, “humanidad” y “derechos humanos” se transforman en conceptos que posibilitan una decisión de “excepción”; decisión que, en general, es siempre decisión política (por no decir, de la brutalidad material de la fuerza) pero nunca jurídica. Es más bien una imposición que coacciona en contra del propio sistema de derecho (ejemplar al respecto: la invasión de Estados Unidos a Irak, aun sin contar con una resolución explícita de la ONU), y todo esto contrario al derecho, sobre todo contrario al derecho de los Estados.

La cuestión es, entonces, ¿hasta qué punto se puede disfrutar de esta mistificación de la humanidad, en el discurso de los derechos humanos? Porque cuando se habla de derechos humanos es preciso tomar muy en serio la humanidad de la humanidad. Es decir, de aquello que hay de humano en la humanidad. Entonces no se puede hablar de “derechos innatos”, porque fuera de la sociedad no hay derecho; dado que el derecho moderno no acepta referirse más a la naturaleza, la fórmula parece ser poco convincente. En esta perspectiva cobra pleno sentido la observación de Karl Schmitt, para quien la expresión “derechos humanos” presupondría el admitirse en la sociedad la “deshumanidad” de algunos hombres. Mas de ser así, que al menos nos avisen...

El punto es que en la actualidad y más allá de la especulación retórica *no es posible empíricamente pensar en un sistema natural que garantice el respeto a los derechos de los individuos, como si existieran derechos innatos de la humanidad*. Porque, qué garantías reales pueden resultar de una tal universalización de los derechos humanos hacia el proceso de globalización (sea con referencia a la naturaleza o con referencia a un “supuesto” Estado universal), si no existen las estructuras sociales disponibles para su efectivización y cautela (sobre todo cuando ni los mismos Estados respetan los derechos fundamentales) (Luhmann, 1996).

¿Es decir, desplazando el derecho positivo del nivel estatal hacia el plano “universal”, es posible resolver realmente los problemas del sistema jurídico y los problemas de la humanidad, en relación al propio derecho?

No. Porque si observamos específicamente hacia el sistema del derecho y de la política, podemos ver que el problema escondido tras esta lógica (“políti-

camente correcta” y tras la retórica sobre la cuestión “derechos humanos”) es ¿cuáles son los problemas que a la política y al derecho es consentido esconder, enmascarar y opacar al introducir el discurso de los derechos humanos?

Más bien, con este gesto alegórico lo que se puede verificar es una utilización (in)-moral de los derechos humanos, toda vez que al no formar parte de un programa condicional, es decir, al no tener ninguna “fuerza normativa y vinculante”, pueden ser ampliamente utilizados para inmunizar al mismo sistema de derecho en relación con sus propios problemas, amén de atropellar y pisotear la ya frágil ciudadanía y a los ciudadanos en muchos países.

Ciertamente, como símbolo, reconocemos que el ideario de los derechos humanos puede constituir una tendencia, un horizonte de expectativas hacia el futuro —una estrella polar para decirlo kantianamente—, pero también y simultáneamente, por medio de la retórica, con esta mitificación se pueden seguir obliterando y manipulando los acuciantes problemas de la sociedad actual.

Quizás por lo mismo, el discurso sobre los derechos humanos funciona en la actualidad muy bien como sustituto de desacreditados discursos político-sociales.

### To be or not to be

Observando y reconstruyendo dicha retórica es dable reflexionar sobre estos problemas los cuales, entre otros, tienen que ver con las lógicas de inclusión y exclusión social y no tanto con la implosión discursiva de los derechos humanos.

Por tanto, es necesario insistir en la real operatividad (*efectividad*) de las reglas (derecho) y del *Estado ciudadano* (Bobbio). Puesto que a estas alturas, resulta del todo evidente que constitucionalizar la constitución, efectivizar el derecho, en pos de construir y *definir* un Estado democrático de derecho, representa el verdadero problema y desafío de la sociedad moderna, sobre todo en sus periferias. Es decir, lograr que el *Estado ciudadano* sea universal, vinculante y operativo para todos y en los más mínimos detalles como plantea Bobbio (1992).

En resumen y para ser casi políticamente correcto, no olvidemos, como señala Norberto Bobbio, que sólo en el Estado democrático de derecho es donde la cautela de los bienes y garantías fundamentales constituye una *conditio sine qua non* para la convivencia democrática, pues solamente cuando todas y todos los individuos estén sometidos a la ley y existan además mecanismos operativos de control (que imposibiliten disponer arbitrariamente de la ley), están puestas las condiciones para realizar una evolución más favorable y construir una particular forma de convivencia que potencie y garantice la reproduc-



ción sociocultural y democrática de la sociedad, más allá o más acá de los, así llamados, “derechos humanos”...<sup>23</sup>

## Bibliografía

- Abbagnano, Nicolas (2000), *Historia de la filosofía*, Barcelona, Ediciones Hora.
- Bauman, Zygmund (1998), *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma, Laterza.
- (2002), *En busca de la política*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio Norberto (1992), *A era dos direitos*, Río de Janeiro, Campus.
- (1999), *Autobiografía* [a cura di Alberto Papuzzi], Roma, Italia, Laterza.
- Castoriadis, Cornelius (1990), *Le monde morcelé*, Francia, Éditions du Seuil.
- Corsi, Giancarlo (2001), “Valores y derechos fundamentales en perspectiva histórica”, *Metapolítica* núm. 20, vol. 5, México.
- (1993), “Inclusione. La società osserva l’individuo”, en *Teoria Sociologica*, Bolonia, Italia.
- (1998), *Sistemi che Apprendono. Studio sull’idea di riforma nel sistema dell’educazione*, Lecce, Italia, Pensa Multimedia.
- De Giorgi, Raffaele (1998), *Scienza del diritto e legittimazione*, Lecce, Italia, Pensa Multimedia.
- De Giorgi, Raffaele y Giancarlo Corsi (1998), *Redescrivere la Questione Meridionale*, Lecce, Italia, Pensa Multimedia.
- Fernandes Campilongo, Celso (2000), *Direito, democracia e globalizzazione*, Lecce, Italia, Pensa Multimedia.
- Ferrajoli, Luigi (1994), “Dai diritti dal cittadino ai diritti della persona”, en Danilo Zolo (a cura di), *La cittadinanza: appartenenza, identità, diritti*, Roma, Laterza.
- (1997), *La sovranità nel mondo moderno*, Roma, Laterza.
- Häberle, Peter (2002), *Constitución como cultura*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- Habermas, Jürgen (1997), “Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo”, *Debates*, núm. 39.
- (1995), “O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização”, *Novos Estudos*, núm. 45, São Paulo, Brasil.
- Held, David (1995), *Democracy and global order. From the modern state to cosmopolitan governance*, Stanford University Press.
- Kelsen, Hans (1952), *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Italia, Biblioteca Einaudi.
- (1989), *Il problema della sovranità*, Milano, Italia, Giuffrè.
- (1991), *Sociologia della democrazia* [a cura di Agostino Carrino], Napoles, Italia, Edizioni Scientifiche Italiane.
- Luhmann, Niklas (1985), *Sociologia do direito I*, Río de Janeiro, Tempo Brasileiro.
- (1986), *Sociologia do direito II*, Río de Janeiro, Tempo Brasileiro.
- (1990), *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bolonia, Italia, Il Mulino.
- (1995), *Osservazione sul moderno*, Roma, Armando.

<sup>23</sup> Aun cuando el Estado de derecho viene valorado en tanto estructura formal (existencia de normas como un bien en sí mismo: la ley por la ley), nosotros hablamos de Estado democrático de derecho en cuanto operativo y funcional para todos, si-no, no, toda vez que la función más importante del derecho, a través de sus estructuras operativas (poder judicial) es ganar y conservar legitimidad mediante la solución de conflictos de la gente común, generando confianza.

- (1996), *La costituzione come acquisizione evolutiva*, Torino, Italia, Einaudi.
- Luhmann, Niklas e Raffaele de Giorgi (1996), *Teoria della società*, Milano, Italia, Franco Angeli.
- Marshall, Thomas H. (1965), *Class, citizenship and social development*, Doubleday and Company.
- Müller, Friederich (1998), *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, São Paulo, Brasil, Max Limonad.
- Sabine, George (1992), *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Schmitt, Karl (1972), *Le categorie del politico*, Bolonia, Italia, Il Mulino.
- (1988), *Théologie politique*, París, Éditions Gallimard.
- Skinner, Quentin (1993), *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Strauss, L. y J. Cropsey (1996), *Historia de la filosofía política*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Touchar, Jean (1994), *Historia de la ideas políticas*, México, Rei.
- Vallespín, Fernando (comp.) (2004), *Teoría de la política*, Madrid, Alianza Editorial, vol. 2.

**Recibido: 31 octubre de 2006**

**Aceptado: 6 de agosto de 2007**

**Raúl Zamorano Farías** es doctor en Sociología Jurídica por la Universidad de Lecce, Italia. Entre sus publicaciones se encuentran “Formas históricas de coordinación social en América Latina: de la teoría de la dependencia al fetichismo neoliberal” (Rivista *Teoria del Diritto e dello Stato*, Torino, Italia, 2007); “Modernidad, sociedad y constitucionalismo en América Latina” (Revista *Enfoques N*, Santiago, Chile, 2007); “Democracia y constitucionalismo en América Latina. El federalismo mexicano: ente el texto y el contexto” (*Entre la utopía y la realidad. Enfoques para una reinterpretación histórica y conceptual de la democracia en América Latina*, Toluca, México, UAEM/UNAM, 2006); “Política e direito na periferia da sociedade moderna (Como a lei se acata mas não obedecida)” (Constituição e Política, Brasil, 2006); *Civilizzazione delle aspettative e democrazia nelle periferie della società moderna* (Lecce, Biblioteca Pensa Multimedia, 2004), *Entre la teoría y la acción : dilemas sobre la acción colectiva popular, Santiago de Chile 1988-1992* (México, Universidad Pedagógica Nacional/Casa Juan Pablos, 2001). Su subdisciplina es el Derecho, su especialidad la democracia.