LA DISCURSIVA RETÓRICA DE LOS “DERECHOS HUMANOS”¹

THE DISCURSIVE RHETORIC ABOUT HUMAN RIGHTS

Raúl Zamorano Farías*

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 claves: Derechos humanos. Derechos fundamentales. Democracia. Constitución. Demagogia.

Abstract: This paper discusses the relationship between fundamental rights as a set of guarantees, duties and standards expected and attributable to give substance to a particular form of cohabitation-recognized in the constitutions, and discursive inflation rhetoric about “human rights” in the current structure of modern society.

Keywords: Human Rights. Fundamental Rights. Democracy.

* Profesor-Investigador CICSyH de la Universidad Autónoma del Estado de México; professore e membro nel Collegio dei Docenti (Dipartimento di Studi Giuridici - UNILE).

¹ Este trabajo fue presentado al I Congreso Internacional Sobre Paz, Democracia y Desarrollo, 11, 12, 13 de octubre 2006. Universidad Autónoma del Estado de México.

Introducción

*Iniquius enim nihil est quam si quis
secundum legem vivere debet, quam non
intelligit.*

(Conring, 1639)²

El 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 positivo quiere ser “hipotizado” como derecho natural (fundamentándose en una pretensión que se apoya en ciertos valores naturales: idivinos!).

Al respecto 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 la condicionalización de procedimientos y de atribuciones, así como para la activación de programas condicionales en pos de efectivizar el derecho y, consecuentemente, la ciudadanía misma.

Recordemos también que sobre 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 son una de las características del sistema político en la sociedad moderna, cuya función es tomar decisiones vinculantes. 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 experiencia codificada como jurídica, a condición también que todo derecho se debe someter al propio derecho.

Las Constituciones sedimentan y cristalizan esta experiencia social, estableciendo una diferencia entre política y derecho, pero a la vez, un acoplamiento y prestaciones estructurales entre ambos sistemas (toda vez que es el sistema de derecho el cual 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 es posible una recíproca irritabilidad (resonancia).

El derecho reacciona entonces a la complejidad social, y en particular a aquella del sistema político, reproduciendo su diferencia, es decir, manteniendo los límites de su operación. Por cierto, no pretendemos sostener que las estructu-

² No existe nada que sea más injusto que el hecho que uno deba vivir según leyes que no comprende.

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

Como se ha indicado, en la moderna sociedad, 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 aunque resulta del todo evidente la enorme relación (prestación) entre estos subsistemas, los mismos no pueden actuar como lógicas intercambiables a riesgo de corromper sus propios códigos de operación (precisamente es en la periferia donde el riesgo de *colonización* es más alto).

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 se trata tampoco de transferir el antiguo ideario del orden 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, una especificación funcional y, por otra, una consecuente pérdida de funciones con relación a 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 en la construcción e institucionalización, especialmente por la erosión de los acuerdos legales constitucionales. 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 en la sociedad (pluralidad de lenguajes).³

Por ello que las expectativas normativas son el presupuesto básico, las reglas de partida, que supone un orden social diferenciado en la sociedad moderna, de lo contrario se puede seguir apelando a la metafísica de los valores, a los “derechos humanos”, al bien común y la justicia pero sin estructuras normativas operativamente funcionales, dicha apelación a lo más termina siendo retórica, cuando no demagógica.

Por lo tanto, civilizar las expectativas a través del derecho, y del Estado de derecho, constituye mucho más que el reconocimiento de simples *garantías individuales*, son el marco que posibilita la moderna coordinación social al garantizar

³ Fernandes Campilongo, Celso. *O direito na sociedade complexa* (manuscrito, Italia 2000), p. 42-43.

mecanismos de generalización de la auto-representación personal, de formación de expectativas atendibles a la satisfacción de las necesidades económicas y a la posibilidad de tomar decisiones vinculantes (*aprendizaje, confianza*), las cuales precisamente contrarrestan o dificultan la corrupción de los subsistemas (principalmente el político y de derecho).⁴

1 ¿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

¿Por qué entonces, en la actualidad, se pone tanto énfasis sobre el complejo semántico de los derechos humanos? ¿Acaso existe un derecho que no sea humano?

Ciertamente, el funcionamiento del sistema de derecho y su relación con el “problema de los derechos humanos” (y 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 sea promover y concretizar la generalización 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 la *ciudadanización* de la ciudadanía.⁵

En la actualidad la cuestión de fondo que se debate es, precisamente, el carácter y la forma de universalidad de tales derechos y garantías en el Estado

⁴ 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 llenas de ritualismos y de su propia “legislación” la cual “posibilita” que el derecho del Estado se cumple para/por unos (la inmensa mayoría) y se viole para/por otros (esa selecta minoría corporativa). Incluso, en algunos casos, a los primeros se les abruma 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 entorpecen sus quehaceres.

⁵ Esto significa, fundamentalmente, que el derecho tiene por función operativizar (efectivizar), cautelar e imputar las decisiones que se han tomado en ámbito de político de los Estados, es decir en un territorio donde tenga vigencia y sea legítimo tal contrato.

moderno (y en el sistema democrático). 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 hoy en día existe más bien una alarmante y políticamente correcta *retórica inflación discursiva sobre los – así llamados – derechos humanos*, pero nunca una preocupación suficiente por el tema de los derechos ciudadanos fundamentales (reconocidos en el pacto constitucional), sea lo que sea se entienda con esta palabra (*fundamentales*: en tanto derechos cristalizados en las cartas constitucionales; de primera, segunda tercera o cuarta generación).⁶

Y todo esto acompañado también por terrificantes 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, etc.).⁷

En general, ante la ineficacia y el fracaso de la operatividad de las garantías o, de plano ante la obliteración de los derechos fundamentales (sobre todo en las sociedades periféricas), el discurso de los “derechos humanos” se ha orientado hacia el pasado, buscando 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 roussoniano, apela a una naturaleza (igualdad) divina y trascendente; una suerte de retorno a los derechos naturales (¿cuáles?).⁸

Entonces, lo único que parece estar claro, 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, pero esta vez bajo la trascendental consigna de “democracia y de los famosos derechos humanos”.

Ciertamente, esta forma de concebir y abordar el problema oculta, dramáticamente –toda vez que es además ineficaz –, la observación y problematización de las muchas formas que asume 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 en la frente al Estado), tendría que articularse en reacción al 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

⁶ Fundamentales, en tanto una expectativa cognitiva que se cristaliza en norma vía proceso evolutivo de la sociedad; es decir, el fundamento de los derechos – *fundamentales* – está determinado históricamente por el contrato que establece la comunidad, en ningún caso como apelación a míticos derechos naturales o, al cielo!

⁷ Comunicación personal con Raffaele De Giorgi, Lecce 2002.

⁸ Como señala Cornelius 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. Véase Bauman, Zygmunt. *En busca de la política*. Fondo de Cultura Económica, México 2002.

de programas operativos condicionales (efectividad de la ley), y no más como retórica de los “derechos humanos” o la “dignidad humana”.⁹

Y esto aun en aquellas ocasiones en que nos encontremos de frente a reivindicaciones que no puedan ser rápidamente traducidas en planificaciones generalizables y reproducibles (derechos de cuarta generación, Bobbio).¹⁰ Y también en casos en los cuales debamos enfrentar la inevitable inconsistencia semántica (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.¹¹

Al respecto, observando las dificultades reales de instrucción de los procesos y del intento por efectivizar 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 internacional (garantías fundamentales, tribunales internacionales), y en contra de la manipulación política y mediática (se hacen guerras “preventivas” para defender los derechos humanos, la libertad y la democracia; se violan los derechos humanos para defender los derechos humanos: tortura) y otros tantos casos. Pero además, resulta evidente que encontrar un sentido recurrente – reconocido – por los diferentes pueblos y naciones que permita realizar nuevas posibilidades de tutela de los derechos humanos es, cuando menos, ilusorio; sobre todo si se piensa en este simple pero determinante gesto: todo derecho puede ser cautelado sólo y en tanto ciudadano perteneciente a la comunidad que lo establece. El problema es que no existe una ciudadanía mundial, y mucho menos un legislador universal.

Entonces, ¿por qué esta neurótica necesidad de “establecer” derechos humanos y tan poco interés por operativizar las garantías constitucionales que tutelan la ciudadanía?¹²

Recordemos, como ha señalado Norberto Bobbio, que aun cuando el contractualismo moderno, el cual tiene su origen en una concepción holista y en una sólida y antigua concepción orgánica de la sociedad (la sociedad es un todo y el todo está por encima de las partes), éste nace del hecho que el punto de vista de partida de cualquier proyecto social de liberación es el individuo singular con sus pasiones, intereses y necesidades, subrayando en tal sentido que la libertad y el poder derivan siempre del reconocimiento de “unos” derechos fundamentales, inalienables e inviolables al interior de la comunidad que establece el pacto (cons-

⁹ Sobre esto véase Corsi, Giancarlo. Valores y derechos fundamentales en perspectiva histórica. *Revista Metapolítica*, México, v. 5, n. 20, 2001.

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

¹¹ Corsi, Giancarlo. *Op. cit.*

¹² Sin detenernos todavía en el problema empírico de cómo estas garantías son cada vez mas recortadas. Al respecto, 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 idefender los derechos humanos!, por no mencionar las vergonzosas consecuencias de la *Patriot Law*.

tituyente). Reconocimiento que por cierto va más allá de la simple esfera de las relaciones económicas interpersonales o, “del derecho a morir de hambre”.¹³

Lógicamente, lo anterior presupone una clara conceptualización de la función del derecho y del constitucionalismo (¡del Estado!) en la política de la consolidación democrática, para que los derechos fundamentales no sólo protejan al individuo del Estado; si no también posibiliten estructurar el ambiente de la burocracia en modo de consolidar al Estado como un subsistema de la sociedad y hacer complejivamente plausible una actividad de comunicación más eficaz e influyente; en cuya implementación la institucionalidad cognitiva-normativa deviene en 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 que garantizan la reproducción sociocultural de la sociedad.¹⁴

Lo anterior nos obliga a tener presente que el Estado constitucional – o toda forma social orgánica –, se caracteriza porque genera reglas y normas par un determinado conjunto social. Es decir, genera derecho para organizar, orientar y resolver la conflictualidad en el funcionamiento del sistema social, pero también a considerar que no todo Estado es Estado de derecho (dictadura), así como tampoco Estado de derecho no significa mecánicamente Estado democrático de derecho (quizás por este camino sería más fructífera la observación sobre el problema de la efectividad/no efectividad del derecho o, al menos, más realista).¹⁵

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.¹⁶ 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

¹³ Bobbio Norberto. *A era dos direitos*, op. cit., p. 61. Es decir, reconocimiento de los derechos subjetivos, característica de Estado democrático de derecho = Estado de los ciudadanos.

¹⁴ En el libro *A era dos direitos*, 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, estas son efectivas solo si están reglamentadas y reconocidas como tales por los Estados de la comunidad mundial.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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 (*imperativo categórico*). Al respecto, recordemos que la idea del Estado de derecho tiene una matriz prusiana: *Reschsstaat*.

fáctica de los derechos y libertades); y, por otro, porque en la concepción intrínseca del Estado de derecho, en la práctica lo que existe son “interpretaciones” de la ley, 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, precisamente, la puerta abierta para la especulación discursiva y la retórica de 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* (Kant), 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: *indisponibilidad de la ley*) y que existen también estructuras sociales disponibles para la operativización de tales garantías y derechos (programas condicionales, leyes programáticas, redes de *accountability*).¹⁷

Pero también, 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 socio-económico, cultural y político (protección del sujeto, reconocimiento de ciertas libertades, así como un paradójico apelo a una genérica idea de igualdad).¹⁸

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 policontexturales: 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 (lo

¹⁷ Las garantías individuales son una suerte de institución que garantiza la civilización de las expectativas (institución como una semántica comunicativa. El derecho admite, por ejemplo, un solo tipo de comunicación: legal/ilegal).

¹⁸ Tal y como señala el jurista alemán Peter Häberle. Es 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, ieterna!

cual es relativamente válido, respecto a la salvaguarda histórica de las conquistas sociales: *ciudadanía social*).

Ciertamente, y también en perspectiva histórica, no podemos olvidar que ya desde el Código de Hammurabi (1792-1750 a. n. e.),¹⁹ la lógica constitutiva que prima en la generación del derecho señala 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 los reclamos puedan allí alcanzar para su protección. Sin duda, los comienzos del derecho tienen que ver 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 era necesario el derecho. Al respecto Niklas Luhmann ha hablado del *escándalo* como generador de normas.

En el largo proceso evolutivo de este ideario, con 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) por un lado, la afirmación de los derechos individuales sin ninguna contrapartida de obligaciones comunitarias (enfoque dogmático liberal: derechos humanos) y b) por otro, la afirmación de derechos (y deberes) de los 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. 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*) como derechos fundamentales positivados en las Cartas Constitucionales – derechos no más derivados de la calidad humana – o divina – del hombre, sino derechos de ciudadanía, o sea, de pertenencia a una comunidad política soberana.

¹⁹ El Código del Rey Hammurabi 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. Regular el comercio, el trabajo asalariado, los préstamos, los alquileres, las herencias, los divorcios, la propiedad, las penas por delitos de robo, asesinato. Como sea, el Código representa el primer ejemplo del concepto jurídico de que algunas leyes son tan fundamentales que ni el Rey tiene la capacidad de cambiarlas, por lo tanto representa y posibilita confianza (social), y también un importante reconocimiento que incorpora sea al hombre libre (primer estrato), al esclavo (segundo estrato) y a un tercer estrato social, los subalternos. Será sólo con compilación y codificación de las obras jurídicas de los jurisconsultos romanos (bajo la égida del emperador bizantino Justiniano I; 530-533 d. n. e.), que se lleve a cabo y concrete una recopilación jurídica tan o más importante para el mundo moderno. El *Digesta sive Pandecta iuris* (digesto: del latín *digestum*, *digerere*, distribuir, ordenar) tiene el valor de haber permitido la conservación de la doctrina jurídica clásica, sirviendo de nexo con el derecho moderno, a través de las constantes citaciones y referencias, como precedente y justificante de doctrinas y opiniones en la legislación moderna.

De esta forma, la semántica de los derechos humanos se fue desplazando desde una visión naturalista (siglos XVII y XVIII) hacia una visión política de derechos ligados al *ius gentius*, 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 esta “soberanía absoluta” (en la tradición liberal-individualista: Hobbes, el *monarca*), sea en la tradición republicana-comunitarista (Rousseau, el *pueblo*).

De ahí que 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 “derechos” 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 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” son ideas que 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, la paradoja de la soberanía no podrá ser ya resuelta con base en la tradicional diferencia entre derecho natural y derecho positivo (Bodin, Hobbes, Pufendorf, Rousseau: en la inmutabilidad de un derecho natural y, por tanto, sobre la base en la tradición), sino y exclusivamente en y por la soberanía del Estado – democrático – de derecho, con base en el derecho.²⁰

Al respecto, como señala Luhmann, cuando esa posición se tornó insustentable desde una perspectiva del derecho natural, es que fueron inventadas las constituciones. Es así que, en la teoría política y en la teoría jurídica, *la necesidad*

²⁰ 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.

*de la constitución está justificada en relación con el problema de la soberanía (y de quién es el soberano).*²¹

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 de la tradición de un derecho natural o de las “leyes fundamentales” del reino (terrenal o divino): los límites a la soberanía son reevaluados delante de la concepción de derechos individuales y de la separación de los poderes. En la tradición constitucionalista (que tiene sus raíces en el pensamiento medieval), el 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 que emergió al calor de las revoluciones.²²

Así, 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 ser 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. Tal que los derechos subjetivos funcionan como una expectativa posible de ser garantizada a través de la institucionalización operativa (efectiva), pero sólo a través del derecho positivo.²³

Ciertamente este ideario, que emergió de las revoluciones, 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 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

²¹ Luhmann (1996, p. 102).

²² 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, no decide nada (con el desplazamiento del derecho natural al derecho positivo, el derecho sólo depende para su auto-reproducción del derecho mismo).

²³ 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 (el fundamento sería una expectativa civilizada). Definidos como anteriores a los deberes, como afirman – entre otros – Spinoza y Bobbio; prima el derecho sobre el deber, característica del contractualismo moderno, mientras que en el contractualismo clásico prima el deber – divino – sobre el derecho.

to del Estado 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, etc.).

Posiblemente, tales cuestiones sean en parte realidad, pero también es cierto que la propia noción de Estado y ciudadanía – en muchos casos, sobre todo en nuestras tierras – nunca se ha realizado materialmente, en cuanto implementación operativa del “contrato” (reglas) y de la inclusión generalizada, sufriendo incluso serios retrocesos (ciudadanía electoral).

Pero 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 “éstos” 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, mas 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 a la inclusión?

¿Cómo pensar en un derecho o en un Estado universal en una sociedad que es todo, menos homogénea?

Aun más, ¿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?

Si 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.

¿Quién sería el legislador mundial? ¿Quién sería el “soberano” que cautele tales derechos: Dios, la Razón, EEUU?

¿Y 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 caso ha sido famélico, exclusivo y mas bien excluyente (sólo para *una inmensa minoría*)[...]

Resulta claro, entonces, que si el derecho (positivo) es una contingencia domesticada, por tanto lógicamente siempre está abierto a nuevas contingencias

ue pueden ser integradas al mismo derecho, pero nunca discursivamente, ni universalmente, sino sólo a través de implementaciones fácticas y concretas.²⁴

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 a Irak por parte de EEUU, 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 en derechos humanos es preciso “tomar 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. Al respecto, cobra pleno sentido entonces la observación de Karl Schmitt, para quien la expresión “derechos humanos” presupondría el admitirse, en la sociedad, la “deshumanidad” de algunos hombres. De ser así, que nos avisen [...]

Además, el punto es que en la actualidad *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.*²⁵

Porque, qué garantías reales pueden resultar de una tal universalización de los derechos humanos hacia en 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).

¿Es decir, desplazando el derecho positivo del nivel estatal hacia el plano “universal”, se resuelven 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 que se esconde tras esta lógica (“políticamente 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 la idea 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

²⁴ Lo cual tampoco tiene que ver con codificar burocráticamente la ley por la ley, como a menudo ocurre en la región. Piénsese, a modo de ejemplo, en el acaso de México, donde existen más de sesenta (60) códigos procesales distintos, los cuales se superponen, contradicen y en muchos casos, se oponen entre sí.

²⁵ Luhmann (1996).

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, una expectativa hacia el futuro – una estrella polar para decirlo con Kant –, pero también y, simultáneamente por medio de la retórica, con esta mitificación se pueden seguir obliterando los 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.

2 *To be or not to be*

Observando y reconstruyendo dicha retórica es dable reflexionar sobre estos problemas, porque más que insistir en la implosión discursiva de los derechos humanos, debemos insistir en la necesaria 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 en la actualidad. Es decir, lograr que el *Estado ciudadano* sea universal, vinculante y operativo para todos y en los más mínimos detalles como plantea Bobbio.²⁶

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*, pues solamente cuando todas y todos 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 reproducción sociocultural y democrática de la sociedad, más allá o mas acá de los, así llamados, “derechos humanos”[...]²⁷

²⁶ Bobbio, Norberto. *A era dos direitos. op. cit.*

²⁷ 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.

Referencias

BAUMAN, Zygmund. *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*. Roma: Laterza, 1998.

_____. *En busca de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Autobiografía* (a cura di Alberto Papuzzi). Roma: Laterza, 1999.

CORSI, Giancarlo. Valores y derechos fundamentales en perspectiva histórica. *Revista Metapolítica*, México, v. 5, n. 20, 2001.

_____. *Sistemi che Apprendono*. Studio sull'idea di riforma nel sistema dell'educazione. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.

_____. Inclusionione. La società osserva l'individuo. *Teoria Sociologica*, Bologna, 1993.

DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione*, Lecce: Pensa Multimedia, 1998.

FERNANDES CAMPILONGO, Celso. *O direito na sociedade complexa*. Italia, 2000. Manuscrito.

FERRAJOLI, Luigi. Dai diritti dal cittadino ai diritti della persona, Zolo, Danilo (a cura di). *La cittadinanza: appartenenza, identità, diritti*. Roma: Laterza, 1994.

_____. *La sovranità nel mondo moderno*. Roma: Laterza, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Constitución como cultura*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo. *Debates*, n. 39, 1997.

_____. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização. *Revista Novos Estudos*, n. 45, São Paulo, 1995.

HELD, David. *Democracy and global order. From the modern state to cosmopolitan governance*. Stanford University Press, 1995.

KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità*. Giuffrè, Milano, 1989.

_____. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Torino: Biblioteca Einaudi, 1952.

_____. *Sociologia della democrazia* (a cura di Agostino Carrino), Napoli: Scientifiche Italiane, 1991.

LUHMANN, Niklas. *La costituzione come acquisizione evolutiva*. Torino: Einaudi Editore, 1996.

_____. *Osservazione sul moderno*. Roma: Armando Editore, 1995.

_____. *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*. Bologna: Il Mulino, 1990.

_____. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1986.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli Editore, 1996.

MARSHALL, Thomas H. *Class, citizenship and social development*. Doubleday and Company (edición de 1965).

MÜLLER, Friederich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SCHMITT, Karl. *Le categorie del político*. Bologna: Il Mulino, 1972.

_____. *Théologie politique*. Paris: Éditions Gallimard, 1988.

Recebido em 5 de fevereiro de 2011

Aceito em 25 de fevereiro de 2011