

LA ALTERNATIVA INDISCRETA:
ESBOZO HACIA UNA VISIÓN *POSINSTITUCIONAL*
DE LOS DERECHOS HUMANOS*

THE INDISCREET ALTERNATIVE:
AN OUTLINE TOWARDS A *POST-INSTITUTIONAL*
VISION OF HUMAN RIGHTS

Antonio Octavio PICCATO RODRÍGUEZ **

RESUMEN: El presente trabajo expone un enfoque crítico de los derechos fundamentales que, desde un determinado nivel de discurso, permite identificar deficiencias en los niveles dogmático-normativo atinente a los mismos, que caracterizan lo que se denominará la “visión institucional” de los derechos fundamentales, cuyas consecuencias representan serias dificultades para su eficacia, en un escenario en el que se hace necesario continuar y profundizar con la corriente expansiva que ha caracterizado a la materia en las últimas décadas. Para ese propósito se ofrece el principio para una solución desestabilizadora a través de la argumentación jurídica.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos; ideología; lenguaje; visión institucional; visión; visión posinstitucional.

ABSTRACT: This work presents a critical view of fundamental rights that, from a certain discourse level, allows us to identify several deficiencies in the dogmatic and normative levels, which characterize what we will call the “institutional vision” of fundamental rights, the consequences of which imply difficulties for their effectiveness, in a scenario in which it is necessary to deepen the expansive trend that has characterized the issue in the last decades. For that purpose we offer the principle for a destabilizing solution through legal argumentation.

KEYWORDS: Human Rights; Ideology; Language; Institutional vision; Post-institutional vision.

* El presente trabajo recoge desarrollos de diversas ponencias, presentadas en el I y el II Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho de la UNAM, noviembre de 2011 y febrero de 2013, respectivamente, así como otra ofrecida en el Centro Nacional de Derechos Humanos, en mayo de 2010.

** Profesor Titular “B” de Tiempo Completo en la Facultad de Derecho de la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Una distinción necesaria entre niveles de lenguaje*. III. *El problema de los derechos humanos y el lenguaje analítico*. IV. *La ideología en el lenguaje de los derechos humanos*. A) *Dos bases teóricas para identificar la ideología en el discurso jurídico: Kelsen y Marx*. B) *Un primer contraste ideológico: el discurso de los derechos humanos como constitutivo del sujeto titular de los mismos*. C) *La ideología de la universalidad de los derechos humanos*. V. *La visión institucional de los derechos humanos como estabilización*. VI. *Conclusión: Hacia una visión posinstitucional de los derechos humanos*. VII. *Bibliohemerografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia contemporánea, inmersa en un proceso de revisión conceptual y metodológica, encuentra uno de los más fértiles escenarios para su renovación gracias al cada día más decidido interés hacia los sujetos de derecho, los titulares de los derechos. Se trata de la incorporación de la jurisprudencia como disciplina en el proceso expansivo de los derechos fundamentales que, cabría sostener, en ciertos aspectos trasciende los márgenes de los sistemas jurídicos como todavía son concebidos y, en consecuencia, permite cuestionar los paradigmas epistemológicos y operativos de la jurisprudencia misma.

Este proceso, del cual difícilmente pueden todavía entresverse todas las implicaciones y potenciales consecuencias, representa un desafío para la dogmática y la teoría jurídicas contemporáneas. Nuestra hipótesis es que mientras no se esté en condiciones de trascender, al menos en el plano pragmático, ciertas categorías básicas de largo arraigo en la ciencia jurídica, particularmente en lo que se refiere a la concepción dogmática de los derechos humanos, difícilmente podrá el derecho positivo contemporáneo servir como herramienta idónea para la expansión de tales derechos. La principal barrera que a nuestro parecer resulta necesario superar consiste en lo que aquí denominaremos visión “institucional” de los derechos fundamentales, expresión que explicitaremos oportunamente. Tal visión, objeto de la exposición crítica que aquí pretendemos, se traduce en ciertas consecuencias que parecen perjudiciales, vinculadas al lenguaje de los derechos humanos.

Como cuestión preliminar e imprescindible para delimitar el escenario de la reflexión que aquí planteamos, nos ocuparemos de delimitar el ámbito de nuestra discusión, es decir, el nivel de lenguaje desde el cual queremos hacer referencia a los derechos humanos.

En la misma perspectiva vinculada al lenguaje, analizaremos a continuación las dificultades que la tradición analítica en la jurisprudencia contemporánea enfrenta, a partir de sus presupuestos epistemológicos y metodológicos, para abarcar satisfactoriamente la cuestión de los derechos humanos, lo que por otro lado la coloca como marco de referencia idóneo para nuestra exploración crítica. Tales dificultades se harán presentes en el análisis que a continuación se expone, vinculado a las implicaciones ideológicas del discurso jurídico que aún hoy domina la materia.

Esas implicaciones generan una suerte de distorsión ideológica del problema que se analizará en tres vertientes que, a nuestro parecer, conforman los bloques constitutivos de lo que aquí denominamos visión *institucional* de los derechos humanos como estabilización, noción que a nuestro parecer nulifica la dinámica histórica conforme a la cual tales derechos adquieren su sentido propio en la actualidad.

Para finalizar, esbozamos un planteamiento que a nuestro parecer posee la capacidad para abrir la posibilidad de una solución operativa al problema que aquí tomamos como eje de la discusión, a la cual entendemos como una visión *posinstitucional* de los derechos humanos, misma que parte de ciertos componentes fundamentales de algunas teorías de la argumentación jurídica que, más allá de una dimensión meramente metodológica, es capaz de ofrecer la base para llevar a buen término el proceso de redimensionamiento conceptual de la jurisprudencia a que antes nos referimos respecto de los derechos humanos.

Nuestra hipótesis es que sólo mediante la superación en la praxis jurídica de ciertas concepciones sustantivas latentes en el discurso de los derechos humanos, será posible que éstos adquieran, en el nivel dogmático, *i.e.*, en dicha praxis, la capacidad funcional que se corresponda con el proceso expansivo a que hemos hecho alusión. Para ello la conclusión ofrecerá tan sólo una base funcional que estimamos adecuada y que apunta precisamente a esa visión *posinstitucional* que sólo pretendemos, como el título de este trabajo lo anticipa, esbozar. Corresponderá en todo caso a desarrollos ulteriores la búsqueda de un aterrizaje más preciso desde el punto de vista técnico y operativo. En todo caso, aquí nos contentamos más con señalar elementos para un diagnóstico y sugerir la geografía para una exploración que juzgamos merece realizarse.

II. UNA DISTINCIÓN NECESARIA ENTRE NIVELES DE LENGUAJE

La distinción que pretendemos especificar como anticipación a nuestras reflexiones amerita quizás alguna justificación (o metajustificación, si entendemos que la misma distinción es en sí misma una justificación para el sentido de lo que aquí se planteará). Esta *metajustificación*, si se nos permite la expresión, no tiene más sentido que el de aclarar algo bien simple: no pretendemos ofrecer aquí ni siquiera las bases para una teoría general acerca de los derechos humanos, sino meramente hacer una exploración que, desde cierto nivel de lenguaje, sea capaz de ofrecer herramientas para hacer de otro nivel de lenguaje (el dogmático, el operativo) una herramienta más eficaz no sólo para la defensa de los derechos humanos, sino para que la dogmática jurídica se convierta (cosa que difícilmente puede decirse que haya sido hasta ahora) en un vehículo para la conquista de nuevos derechos, *i.e.*, de nuevos espacios de libertad.

Abordar el tema de los derechos humanos sin precisar la perspectiva desde la cual se habla puede ser motivo de graves malentendidos que afecten no sólo la comprensión de cuanto pueda decirse, sino además, y lo que resulta más grave aún, pueden tornar inútiles ciertos puntos de vista cuyo potencial no merece descartarse *a priori*. En este sentido, consideramos necesario precisar que el terreno sobre el cual nos moveremos aquí no es el análisis del discurso positivo acerca de los derechos humanos ni el análisis directo de éste, es decir, el nivel dogmático del lenguaje. Nuestra geografía trasciende más bien ese terreno para ubicarse en la perspectiva de lo que, a falta de una expresión más feliz, entenderemos como “metadogmática”, que entenderemos como un nivel de lenguaje que toma como objeto tanto el lenguaje de la dogmática como el del discurso normativo, *i.e.*, el lenguaje jurídico positivo.

Confiamos en que semejante perspectiva sea capaz de alimentar dos terrenos de interés: la dogmática crítica –o crítica desde la dogmática al derecho positivo (aunque esto pueda parecer conceptualmente contradictorio)–, concebida en términos deontológicos, por un lado, y el análisis de los conceptos que emplea el primer nivel y que se correspondería, por ende, con una función primaria u originariamente epistemológica, aunque con posibilidades de servir como auxiliar para la dimensión práctica correspondiente a la crítica. En resumen, podríamos hablar de al menos tres niveles de lenguaje: 1) el normativo o jurídico positivo; 2) el lenguaje de la dogmática (que al menos

en principio podría considerarse un metalenguaje del anterior); y 3) el nivel de la metadogmática. Para efectos de brevedad, entenderemos en un mismo nivel a los dos primeros, pues ello es posible y además ayuda a nuestro propósito que es desarrollar un análisis desde el nivel metadogmático.¹

La necesidad de concebir como separados estos niveles de lenguaje no implica que se trate de terrenos completamente ajenos uno del otro. Antes bien, la inter-penetración entre los distintos niveles de lenguaje bajo ciertos esquemas específicos constituye el punto sobre el cual queremos desarrollar nuestra propuesta.

En otro orden, la distinción entre niveles de lenguaje se justifica ante una condicionante empírica insoslayable, representada por el proceso en curso de expansión de los derechos humanos, mismo que podría decirse que inicia, o al menos adquiere un renovado vigor, a partir de la Declaración de 1948. Como señala James W. Nickel en el “Prefacio” de su obra *Making sense of human rights*: “La formulación por las Naciones Unidas en 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos hizo posible el subsecuente florecimiento de la idea de derechos humanos”.² Eduardo Rabossi aborda también la aparición de la Declaración como punto de partida de un proceso de gran envergadura en el que normas, políticas, instituciones y organismos –nacionales e internacionales, formales y no formales– relativos a los derechos humanos se expandieron significativamente por todo el orbe. Sobre esta base, Rabossi hace referencia de “un fenómeno específico, históricamente dado, sumamente complejo, extraordinariamente dinámico, de alcances universales y de consecuencias revolucionarias”,³ al que denomina el ‘fenómeno de los derechos humanos’ (FDH). Esta denominación bien puede interpretarse como referencia a una realidad a la que sería oportuno enfrentarse desde una visión holística, lo que justifica una distinción entre niveles de lenguaje y justifica la base epistémica que aquí propondremos.

¹ Por lo demás, cierto sector de la jurisprudencia contemporánea coincide en admitir lo que durante mucho tiempo fue al parecer un tabú de los juristas: el papel de la dogmática como disciplina cultivada por los juristas en la producción y la reproducción del derecho positivo. Cfr. BEDOYA HUBED, Giraldo, *Dogmática como derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

² NICKEL, James W., *Making sense of human rights. Philosophical reflections on the Universal Declaration of Human Rights*, Los Angeles-Berkeley, University of California Press, 1987, p. xi.

³ RABOSSO, Eduardo, “El fenómeno de los derechos humanos y la posibilidad de un nuevo paradigma teórico”, en SOBREVILLA, David (comp.), *El derecho, la política y la ética*, México, UNAM-Siglo XXI, 1991, p. 205. En cursivas en el original.

Una visión de tales características quizás sería capaz de arrojar luz sobre circunstancias ante las cuales muchas reformas muy ambiciosas y elogiadas en el plano normativo, así como su procesamiento por el análisis dogmático y la práctica de los juristas, resultan a la postre insuficientes para sacar a los derechos humanos de lo que a menudo parece ser una crisis pragmática de los mismos. Nuestra distinción entre niveles de lenguaje será empleada aquí para dos propósitos fundamentales que desarrollaremos en los apartados siguientes.

El primero, esbozar o plantear ciertos principios o bien ciertas aporías epistemológicas –acompañadas en la medida de lo posible por alguna propuesta de solución– vinculadas a la semántica de los derechos humanos propia de los niveles normativo y dogmático, aporías que salen a la luz en el terreno analítico.

El segundo, ofrecer herramientas de análisis que, como recursos teóricos, poseen un potencial suficiente para apuntalar, desde la crítica, la tendencia expansiva de los derechos humanos por un lado y, por el otro, la vocación protectora de los mismos que se deja entrever tanto en las orientaciones de modelos institucionales contemporáneos, como en el giro metodológico de la jurisprudencia técnica actual, que parece encaminarse por un rumbo redefinido gracias a las teorías de la argumentación jurídica. Este cometido adquiere una especial fisonomía si se lo plantea desde la base teórica de la noción de ‘ideología’ en las ciencias sociales y la jurisprudencia, como analizaremos después de manera breve.

III. EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL LENGUAJE ANALÍTICO DEL DERECHO SUBJETIVO

El primero y quizás más significativo problema que debe resolver un análisis correspondiente a este nivel metadogmático tiene que ver con los presupuestos categoriales detrás de ciertos conceptos propios de los discursos dogmático y normativo de los derechos humanos. Así, *v.g.*, el concepto de “derecho subjetivo”, matriz a partir de la cual desde la modernidad se comenzó a hablar de derechos “naturales”, origen de los derechos humanos, y que entendido desde la perspectiva analítica –ejemplo del nivel metadogmático que hemos referido– suscita alguna dificultad cuando se le quiere emplear en el ámbito de los derechos humanos.

El concepto de derecho subjetivo, como lo atestigua la mayoría de las exploraciones que en torno al mismo se han realizado por parte de lo que Dworkin denominara la teoría “estándar” del derecho, de orientación predominantemente analítica o positivista, asume un carácter derivado con respecto a otros conceptos jurídicos fundamentales que poseen una fuerza definitoria superior con respecto al fenómeno jurídico, *v.g.*, los conceptos de sanción o de obligación, entre otros.

W. N. Hohfeld, en un muy explorado estudio acerca de los conceptos jurídicos fundamentales, advertía acerca del uso indiscriminado de la noción de ‘derecho subjetivo’, *i.e.*, la polisemia que envuelve la expresión. Como comentario previo a su complejo análisis de pares conceptuales entre correlativos y opuestos, en el cual no nos detendremos, Hohfeld señalaba:

Si reconocemos, como tenemos que hacerlo, el uso muy amplio y sin discriminaciones que se hace de la palabra “derecho” (subjetivo) cabe preguntar qué indicio o pista hallamos en el lenguaje jurídico ordinario que sugiera una limitación de ella en la dirección de un significado definido y apropiado. Esa pista o indicio consiste en el “deber” correlativo, porque no cabe duda de que aun aquellos que emplean la expresión y el concepto “derecho” (subjetivo) en la forma más amplia posible están habituados a pensar en “deber” como su correlativo invariable.⁴

El análisis de Hohfeld, abordado de manera más minuciosa, plantea un sinnúmero de problemas, entre ellos el relativo a la ‘correlatividad’ entre derechos y deberes expuesta en el pasaje citado. Juan Antonio Cruz Parceró ha indicado con precisión la naturaleza de este problema:

Si los derechos se miran desde el punto de vista de relaciones entre partes, en el contexto de un litigio, sin importar que se trate de una relación de derecho privado o público, siempre podremos hablar en términos hohfeldianos; empero, si nos olvidamos de ello y vemos a los derechos subjetivos en un sentido amplio como algo complejo, donde al no identificarse más que al titular del derecho en sentido amplio (tomándolo como un sólo derecho subjetivo) e identificarse una serie de obligaciones o prohibiciones respecto o en relación a ese derecho, se

⁴ HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. Genaro R. Carrió, 4ª ed., México, Fontamara, 1997, p. 49.

pierde por completo el sentido de correlatividad, ya que nos movemos en dos planos distintos donde el concepto de correlación no vendría a cuento.⁵

Un ejemplo que quizás con mayor fuerza heurística puede ilustrarla naturaleza derivada –y en consecuencia problemática– del concepto de derecho subjetivo para cualquier intento por configurar la comprensión del derecho positivo o de los derechos humanos en torno al mismo, lo representa el análisis que Kelsen desarrolla a lo largo de lo que él denominara la “estática” jurídica, es decir su análisis de los conceptos jurídicos fundamentales.

Kelsen desarrolló, en la referida parte de su teoría pura, una serie de relaciones sistemáticas entre los denominados conceptos jurídicos fundamentales, que posee un gran potencial para la crítica a la ideología jurídica en los términos en que la caracterizaremos más adelante y que queremos desarrollar con referencia a los derechos humanos. De esa estática nos interesa resaltar las conexiones entre cuatro elementos constitutivos de la operatividad básica de todo sistema de normas: las relaciones entre sanciones, ilícitos, obligaciones y derechos subjetivos.

Esas relaciones son bastante simples: toda sanción es necesariamente consecuencia de un acto ilícito o antijurídico; este es, a su vez, lo contrario a cualquier deber u obligación jurídicamente establecida, y *debería* ser, además, un concepto ‘reflejo’ o correlativo, retomando la expresión de Hohfeld, a cualquier derecho subjetivo. Dice al respecto Kelsen que:

Si el derecho es concebido como un orden coactivo, es decir, como un orden que estatuye actos de coacción, el enunciado jurídico que describe el derecho aparece entonces como el enunciado que afirma que bajo determinadas condiciones –es decir, condiciones determinadas por el orden jurídico– debe efectuarse determinado acto coactivo.⁶

⁵ CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 1999, p. 110. Señala más adelante: “Si tradujéramos la concepción de Hohfeld sobre la correlatividad al concepto de derecho en sentido amplio se podría decir que el derecho (en sentido amplio) es correlativo o bien de deberes, o bien de no-derechos, de sujeciones o de inmunidades. Vista de esta manera la tesis de la correlatividad del derecho en sentido amplio, no cabe duda de que un enunciado sobre derechos se puede formular sin hacer referencia a deberes, ya que estaríamos refiriéndonos a un privilegio cuyo correlativo es un no-derecho, o a un poder cuyo correlativo es una sujeción, o a una inmunidad cuyo correlato es una incapacidad”. *Ibidem*, p. 111.

⁶ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1995, p. 123.

Y añade a continuación:

Como ya podía verse en lo anterior, la acción u omisión determinadas por el orden jurídico, que configura la condición para un acto coactivo estatuido por el derecho, son designadas como “acto ilícito” o “delito”, y el acto coactivo, estatuido como consecuencia, es la consecuencia de lo ilícito o sanción. Sólo porque una acción y omisión, determinadas por el orden jurídico, se convierten en condición de un acto coactivo estatuido por el orden jurídico, se las califica de ilicitud o delito; sólo porque un acto coactivo está estatuido por el orden jurídico como consecuencia de determinada acción u omisión, tiene ese acto coactivo el carácter de sanción o de consecuencia de un delito.⁷

Aquí ya estamos en presencia de un primer instrumento de crítica. Lo que Kelsen afirma con estas dos definiciones es que no existe conducta injusta o antijurídica *per se* o *a priori*, sino que el hecho de que una sanción cualquiera se establezca como consecuencia para una conducta cualquiera, convierte a ésta en ilícita o antijurídica. Es decir, no hay, como decía el propio Kelsen, *mala in se*: sólo lo que es condición para una sanción es ilícito y cualquier otra cosa, no obstante así sea calificada o denominada en el derecho positivo, no pasa de una mera declaración o juicio de valor.

En este sentido hay una suerte de prelación lógica u ontológica de la sanción sobre la conducta ilícita, lo que quiere decir que la existencia de la primera es una condición necesaria para poder afirmar válidamente que una conducta es ilícita. En pocas palabras, cuando el derecho declara que algo es ilícito, por ejemplo, que algo está prohibido, pero no complementa esa declaración con el establecimiento de la sanción correspondiente, entonces el derecho opera ideológicamente, es decir, está sirviendo como instrumento para la falsación de la realidad.

El siguiente vínculo operativo entre los conceptos jurídicos básicos es el que tiene que ver con la relación entre acto ilícito y obligación jurídica. Kelsen dice al respecto:

Si el derecho es concebido como un orden coactivo, una conducta sólo puede encontrarse ordenada jurídicamente en forma objetiva, y, por tanto, puede ser vista como el contenido de una obligación jurídica, si una norma jurídica enlaza a la conducta contraria un acto coactivo como sanción.⁸

⁷ *Ibidem*, p. 125.

⁸ *Ibidem*, p. 129. Para un análisis pulcro y acertado de esta idea consúltense las tesis expuestas por Ulises Schmill al hablar del proceso de “resemantización” del derecho que logra

Esto quiere decir que sólo una conducta cuya contraria sea condición para la ejecución de un acto coactivo, puede entonces ser considerada como jurídicamente obligatoria. Aquí estaríamos en condiciones de sostener que esta operatividad básica del derecho se puede ilustrar fácilmente con el recurso a los operadores modales deónticos que fueron en su momento desarrollados por Georg Henrik Von Wright a la manera de tautologías lógicas.⁹

El último de los cuatro elementos que hacen posible esa operatividad básica de los sistemas jurídicos lo representa el concepto de derecho subjetivo, concepto que es el centro epistémico para poder hablar, al menos desde la perspectiva analítica, de los derechos humanos. Kelsen dice, con respecto a los derechos subjetivos:

La conducta del individuo, correspondiente a la conducta obligatoria de otro individuo, es designada con usos lingüísticos más o menos consistentes, contenido del “derecho” [subjetivo, N. del A.], en cuanto objeto de una “pretensión” correspondiente.¹⁰

Y añade más adelante Kelsen:

Si se designa la relación de un individuo, que se encuentra obligado con respecto de otro a determinada conducta, como “derecho”, entonces ese derecho no es sino un reflejo de esa obligación.¹¹

En el ulterior desarrollo de estas ideas, Kelsen sostiene que existen obligaciones jurídicas que no constituyen reflejo alguno con respecto a otros derechos subjetivos. Pero lo que aquí nos interesa señalar sugiere una perspectiva en la que se invierten los términos de esta relación, y que permite percibir un primer elemento potencial para la crítica del uso ideológico del discurso jurídico.

Esta inversión supone considerar la misma relación, y plantearse las mismas interrogantes, pero partiendo del concepto mismo de derecho subjetivo. En este sentido, si bien es cierto que, como afirma Kelsen, no toda obliga-

Kelsen, en su estudio preliminar a la obra de éste: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, trad. Wenceslao Roces México, Porrúa, 1987.

⁹ Para una imagen bastante simplificada del esquema de Von Wright, véase nuestra *Teoría del derecho*, México, Iure, 2006, pp. 279 y ss. Así también el análisis de Arturo Berumen Campos en sus *Apuntes de filosofía del derecho*, México, Cárdenas, 2003.

¹⁰ Kelsen, *op. cit.*, p. 140.

¹¹ *Idem.*

ción es reflejo de un derecho subjetivo, la pregunta que surge es: ¿qué queda de un derecho subjetivo si éste carece del complemento de una obligación correspondiente?

De acuerdo a la lógica de esta interconexión operativa entre los conceptos jurídicos fundamentales, estaríamos en condiciones de decir que no existe derecho subjetivo real si está desprovisto de una conexión *necesaria* con un deber jurídico. Sin importar si se trata de una conexión en la que el derecho subjetivo sea una derivación del deber o a la inversa (esto, en todo caso, estaría sujeto a si se coloca el énfasis en el carácter coactivo del derecho como pretendía Kelsen, o bien en el carácter imperativo-atributivo que le atribuía, v.g., García Máynez), o bien de una ‘correlación’ en términos de Hohfeld. Brevemente, si un derecho subjetivo no está en condiciones de operar como correlato de una conducta obligatoria, cuya violación sea condición para la ejecución de un acto coactivo, es decir, para la aplicación de una sanción, entonces *esa cosa no es un derecho subjetivo* propiamente hablando.

Esto quiere decir algo tan simple como lo siguiente: todo enunciado jurídico que declare que una situación, aspiración o condición constituye un derecho en beneficio de alguien, debe tener su reflejo en otro enunciado que declare para otro u otros, determinados o indeterminados, que es obligatorio hacer o dejar de hacer cualquier cosa vinculada con eso que ha sido declarado como derecho. Cuando menos implica que todo hacer o dejar de hacer que tenga un impacto negativo sobre aquello que ha sido declarado un derecho, debe ser, respectivamente, la condición para la reacción específica del sistema jurídico, que es el ejercicio de la coacción, es decir, el uso de una medida sancionadora para corregir toda desviación a lo que de manera directa o indirecta ha sido jurídicamente establecido como obligatorio.¹²

Como corolario de lo anterior, un derecho humano o fundamental, en consecuencia, debe considerarse como postulado ideológico si a ese enunciado no lo acompaña otro que asocie a cualquier conducta violatoria de ese derecho con una reacción determinada y específica del orden jurídico, v.g., la sanción.

Este es precisamente un punto inicial para una crítica dogmática –i.e., con orientación pragmática– de la ideología jurídica, para la cual Kelsen ofrece

¹² A esta cuestión la ha atendido, con propuestas bastante exploradas y sin duda sugerentes, Luigi Ferrajoli con su concepción del derecho como un sistema de garantías primarias y secundarias, *cfr.* FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2006.

herramientas sumamente útiles, no obstante que su desarrollo teórico no tenga pretensiones de trascender más allá del plano epistémico.

Este potencial para la crítica pragmática de la ideología en el discurso de los derechos humanos consiste básicamente en detectar que, con mucha mayor frecuencia de la que cualquiera pudiera desear, dicho discurso posee un carácter meramente declarativo, pero adolece de graves deficiencias en el plano operativo.

Tales deficiencias se asocian con el hecho de que es común para cualquier lector del discurso jurídico añorar la ausencia de enunciados que establezcan sanciones u otra clase de correctivos idóneos para toda conducta que sea violatoria de un derecho fundamental.

No quisiéramos ensayar ejemplos específicos al respecto, porque abundan en todos los sistemas jurídicos, pero creemos no equivocarnos al afirmar que aún existen normas en muchos textos constitucionales que consagran derechos no respaldados operativamente por otras normas que establezcan correctivos a su violación. Ésta es precisamente la crisis pragmática de los derechos humanos, que todavía persiste y a la cual es urgente darle solución. Sin duda aportaciones contemporáneas como el sistema garantista de Ferrajoli proporcionan un instrumental prometedor para superar esta circunstancia, pero para efectos de un ejercicio de crítica como el que aquí nos ocupa, nos resulta un tanto débil en la medida en que insiste en distinguir entre los derechos y sus garantías, distinción que a nuestro juicio –y sin pretender aquí polemizar con el jurista italiano– no logra romper con las ataduras de las viejas ideologías jurídicas modernas.

Si bien hay en la actualidad desarrollos que permiten avizorar la existencia de salidas o soluciones para esta problemática histórica, nos parece que, como apuntaremos en su oportunidad, las mismas carecen de la fuerza suficiente a menos que se superen ciertas limitantes teóricas todavía determinantes de la estructura categorial de la jurisprudencia.

Una de esas limitantes teóricas consiste en la imposibilidad de presuponer, al menos desde un enfoque de jurisprudencia analítica, la figura del sujeto como eje articulador del discurso normativo. La pureza metódica que constriñe, por ejemplo, a la teoría de Kelsen, hace materialmente imposible ese salto, y no es una deficiencia, propiamente hablando, ni una omisión políticamente reprochable al autor, sino una barrera epistemológica infranqueable para un modelo específico condicionado por una particular concepción de la ciencia jurídica.

La imposibilidad de éxito que en este aspecto del problema exhibe el enfoque positivista es, por otra parte, sólo comparable al fracaso históricamente demostrado del discurso iusnaturalista por hallar una fundamentación de los derechos humanos sobre premisas naturalistas, que no son otra cosa que hipostatizaciones etnocéntricas de la ‘naturaleza’ del ser humano, respecto de lo cual algo referiremos más adelante.

IV. LA IDEOLOGÍA EN EL LENGUAJE DE LOS DERECHOS HUMANOS

A) Dos bases teóricas para identificar la ideología en el discurso jurídico: Kelsen y Marx

Hablar de ideología siempre representa un riesgo como consecuencia de la convergencia de elementos capaces de distorsionar el lenguaje, pues la expresión misma evoca una serie de referentes que de no ser oportunamente discriminados propician algunas confusiones. ¿Qué debemos entender por ideología jurídica? La pregunta no es ociosa y para construir la respuesta adecuada, al menos para los propósitos de estas reflexiones, es necesario hacer alguna revisión de cierta evolución del concepto en algunas corrientes filosóficas, dentro de las cuales destaca el materialismo dialéctico, que a nuestro modo de ver ofrece exitosamente una noción de ideología para tratarla con una orientación crítico-pragmática, que es la que aquí interesa enfatizar. Pero la noción marxista no es la única ni la primera y, para comprenderla mejor, se hace preciso indagar algunos antecedentes.

El concepto de ideología aparece en la historia de la filosofía de manera temprana en la Edad Media, cuando Francis Bacon anunciaba la existencia de los cuatro ídolos que trastornan el entendimiento humano, provocando que éste se forme representaciones falsas o distorsionadas de la realidad: los ídolos de la especie, los de la caverna, los de la plaza pública y los de espectáculo. Estas figuras nos hacen recordar la alegoría platónica de la caverna, de donde podemos inferir que en esta aparición temprana, la ideología como falsa representación de la realidad parece asociarse con el error, característica que en el desarrollo moderno de la noción terminará por matizarse.

La ideología aparece primeramente como un fenómeno perteneciente al ámbito epistemológico, como algo de podríamos denominar la falsa ciencia,

carácter que no perderá del todo. Pero aquí se anuncia además una dimensión pragmática de la ideología. La falsa ciencia con la que mucho después de Bacon se identificará a la ideología, se asocia a un trasfondo dogmático o político que condiciona la orientación de un saber hacia objetivos de tipo práctico. Esto aparecerá claramente en la tradición marxista, previa a cuyo breve análisis consideramos pertinente referir algunas consideraciones que Kelsen hiciera en torno al tema. En principio, parece posible afirmar que para Kelsen la ideología se halla igualmente vinculada a un problema meramente epistémico:

Sólo cuando por “ideología”, en contraposición a la realidad de los hechos existentes; es decir, sólo cuando por ideología se comprende todo aquellos que no sea una realidad determinada por una ley causal [es decir natural, N. del A.], o una descripción de esa realidad, sólo entonces el derecho en cuanto norma, es decir, en cuanto sentido de esos actos diferentes de los actos reales causalmente determinados, es ideología.¹³

Y añade un poco más adelante, para precisar la orientación *anti-ideológica* que pretendía para su Teoría Pura:

Si por “ideología” no se comprende todo lo que no sea realidad natural, o su descripción, sino una exposición no objetiva, transfigurada o desfiguradora de ese objeto, influida por juicios de valor subjetivos que ocultan el objeto del conocimiento; y si se designa como “naturaleza” no sólo la realidad natural como objeto de la ciencia natural, sino todo objeto del conocimiento, incluyendo, por lo tanto, el objeto de la ciencia jurídica, el derecho positivo como realidad jurídica, entonces también la exposición del derecho positivo debe mantenerse libre de ideología (en el segundo sentido de la palabra). Si se considera el derecho positivo como orden normativo en relación con la realidad del acontecer fáctico, que según la pretensión del derecho positivo, debe corresponder a aquél (aun cuando no siempre le corresponda enteramente), cabe entonces calificarlo como “ideología” (en el primer sentido de la palabra). Si se le considera en relación con un orden “superior” que esgrime la pretensión de ser el derecho “ideal”, el derecho “justo”, y que exige que el derecho positivo se le adecue, sea en relación con el derecho natural o con alguna justicia –pensada de alguna manera–, entonces el derecho positivo, es decir, el puesto por actos humanos, el derecho aplicado y acatado en grandes rasgos, aparece como derecho “real”, y, en consecuencia, la teoría del derecho positivo que lo confunda

¹³ KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 120.

con un derecho natural, o con alguna justicia, con la finalidad de justificar o descalificarlo, deberá ser puesta de lado como ideológica (en el segundo sentido de la palabra). En este sentido, la teoría pura del derecho exhibe una expresa tendencia antiideológica.¹⁴

La postura crítica hacia la ideología posible de detectar en la Teoría Pura del Derecho se desenvuelve en un plano primariamente epistemológico, es decir, en una crítica hacia la falsa ciencia. Sin embargo, hay un trasfondo de clara orientación pragmática al enfocarse en las pretensiones teóricas de modelos que, como el iusnaturalista –y el así denominado por Bobbio *positivismo ideológico*–¹⁵ tienden a confundir explicación con justificación. En este punto, diríamos que toda pretensión de esta índole representa una tentativa oculta de legitimar un derecho dado como si fuera otra cosa que una herramienta o técnica de control social nutrida de referentes enraizados en una determinada ideología política, que a final de cuentas no es sino una visión del mundo históricamente contingente.¹⁶

De manera más abierta que en Kelsen, los planteamientos de Marx acerca del tema combinan la dimensión epistemológica de la ideología con su dimensión práctica o política. En *La ideología alemana*, Marx traza una detallada crítica a la filosofía de su tiempo, sobre la base de su ya conocida diferenciación entre estructura económica y superestructura ideológico-cultural. Para la ciencia y la filosofía de su tiempo, de acuerdo al análisis que lleva a cabo Marx, hay una incorrecta inversión de los términos, pues se considera que son las representaciones de la conciencia las que determinan las relaciones sociales. Es decir, en los tiempos en que escribe Marx se considera que la estructura de las relaciones sociales es un producto de la voluntad y del intelecto. Marx sostiene lo contrario:

Los hombres son los productores de sus representaciones, de sus ideas, etc., pero los hombres reales y actuantes, tal y como se hallan condicionados por

¹⁴ *Ibidem*, p. 121.

¹⁵ Cfr. BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1999.

¹⁶ La historicidad de toda visión del mundo no es otra cosa que la historicidad, y en consecuencia lo precederá, de toda ideología: “Toda ideología parece con las relaciones sociales que la han engendrado. Pero esa desaparición definitiva es precedida por una fase en la que la ideología, bajo los golpes que le aplica la crítica, pierde la capacidad de encubrir y de velar las relaciones sociales de las que ha nacido”, PASCHUKANIS, Evgueni, *La teoría general del derecho y el marxismo*, trad. Carlos Castro, México, Grijalbo, 1976, p. 44.

un determinado desarrollo de sus fuerzas productivas y por el intercambio que a él corresponde, hasta llegar a sus formaciones más amplias. La conciencia no puede ser nunca otra cosa que el ser consciente, y el ser de los hombres es su proceso de vida real. Y si en toda la ideología los hombres y sus relaciones aparecen invertidos como en una cámara oscura, este fenómeno responde a su proceso histórico de vida, como la inversión de los objetos al proyectarse sobre la retina responde a su proceso de vida directamente físico.

(...) También las formaciones nebulosas que se condensan en el cerebro de los hombres son sublimaciones necesarias de su proceso material de vida, proceso empíricamente registrable y sujeto a condiciones materiales. La moral, la religión, la metafísica y cualquier otra ideología [incluyendo al derecho positivo, N. del A.] y las formas de conciencia que a ellas corresponden pierden, así, la apariencia de su propia sustantividad.¹⁷

En pocas palabras, la ideología es el señorío de la superestructura, que Marx consideraba como esa suerte de hipostatización cultural de las relaciones sociales tal y como se manifiestan materialmente. Hasta aquí, podemos decir que en esencia esta noción marxista de ideología permanece también anclada en el terreno epistemológico: la ideología como la falsación organizada de la realidad social a través de un discurso pretendidamente científico representado, en el caso de Marx, por la economía política.

Pero Marx no parece conformarse con esta dimensión puramente epistémica de la ideología y pronto la proyecta hacia el terreno de la práctica social, elemento toral del materialismo dialéctico como propuesta: la ciencia debe estar al servicio de la praxis social, que en este caso se refiere a la transformación de la sociedad y del mundo, como adelantara en sus *Tesis sobre Feuerbach*. Precisamente uno de los ejemplos más vigorosos de esta transformación conceptual y operativa de la ideología hacia una dimensión pragmática dentro del materialismo dialéctico está relacionado con el derecho positivo, y más específicamente con los derechos humanos.

En el *Dieciocho brumario de Luis Bonaparte*, Marx ofrece una crítica implacable al discurso de los derechos fundamentales de su época, particularmente los consagrados en la Constitución francesa de entonces. Para cualquiera que entienda la cuestión relativa a los derechos humanos o fundamentales, no puede haber duda de que su rasgo distintivo y su función operativa dentro del sistema normativo se asocia al carácter fundacional que poseen. Ese carácter implica que cualquier derecho que se reserve se-

¹⁷ MARX, Carlos, *La ideología alemana*, México, Ediciones Quinto Sol, s/d, p. 20.

mejante categoría, debe ser *fundamento de validez* de toda otra norma del sistema que pudiera relacionarse con él. Ello lo expresa el propio Kelsen, en otro contexto, cuando dice que el sistema jurídico obedece a un esquema en el que la norma superior, es decir la norma fundante, en el caso que nos interesa la norma que consagra un derecho etiquetado como fundamental, es precisamente condicionante para la validez de toda otra norma inferior.¹⁸ Ese es el papel de un derecho fundamental: condicionar la validez de todo el sistema jurídico si es el caso. Siempre y cuando tomemos en consideración que la idea analítica de fundamentación de validez puede desvanecerse en el terreno de la práctica; en este sentido debe tenerse presente que *las normas no crean normas*, sino que éstas son resultado de decisiones –el sentido de actos de voluntad en Kelsen que pueden desplegarse por rumbos indeterminables al menos hipotéticamente, punto sobre el cual más adelante volveremos al plantear nuestra propuesta final–.¹⁹

Marx observa que la utilización ideológica del lenguaje jurídico, subvierte la imagen jerarquizada de los ordenamientos jurídicos. En su crítica a la Constitución francesa esbozada en el texto antes mencionado, Marx apuntaba, sin escatimar ejemplos, cómo la propia ley fundamental francesa consagraba cada uno de los derechos fundamentales, pero remitiendo la delimitación de sus alcances a otras normas de nivel inferior. Es decir, por ejemplo, la libertad de asociación era un derecho fundamental que se podía ejercer *dentro de los márgenes de la ley*, lo cual suponía que el legislador ordinario podía delimitar el ejercicio de ese derecho pretendidamente fundamental, como efectivamente lo hizo durante el periodo en que la asociación de los trabajadores para la defensa de sus intereses, es decir la sindicalización, estuvo nada menos que catalogada como delito, en esa misma Francia de la Revolución, de la Declaración y del Código Napoleónico:

El inevitable Estado Mayor de las libertades de 1848, la libertad personal, de prensa, de palabra, de asociación, de reunión, de enseñanza, de culto, etc., recibió un uniforme constitucional, que hacía a éstas invulnerables. En efecto, cada

¹⁸ Aunque es necesario precisar que en Kelsen este condicionamiento opera tan sólo en el aspecto formal de la validez normativa, siendo solamente posible para el jurista vienés que ello funcione de igual manera respecto del elemento sustantivo o material, *i.e.*, del contenido de las normas.

¹⁹ Sobre el particular resultan muy sugerentes las tesis de PALOMBELLA, Gianluigi, en *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, trad. José Calvo González y Cristina Monereo Atienza, Madrid, Trotta, 2006.

una de estas libertades es proclamada como el derecho *absoluto* del ciudadano francés, pero con un comentario adicional de que estas libertades son absolutas en tanto en cuanto no son limitadas por los «*derechos iguales de otros y por la seguridad pública*», o bien por «leyes» llamadas a armonizar estas libertades individuales entre sí y con la seguridad pública... Por tanto, la Constitución se remite constantemente a futuras leyes *orgánicas*, que han de precisar y poner en práctica aquellas reservar y regular el disfrute de estas libertades limitadas, de modo que no choquen entre sí, ni con la seguridad pública. Y estas leyes orgánicas fueron promulgadas más tarde por los amigos del orden, y todas aquellas libertades reguladas de modo que la burguesía no chocase en su disfrute con los derechos iguales de otras clases.²⁰

No obviamos considerar que existen aspectos de técnica legislativa cuya justificabilidad sería preciso analizar con más detalle –cosa que no pretendemos realizar aquí–. Ello no obstante, el punto importante de esta crítica marxista al discurso de los derechos humanos en la Francia de 1848, tiene que ver precisamente con que su carácter fundamental desaparece al quedar sometidos a las reservas o las limitantes que pueda determinar la ley ordinaria. Perdiendo así su naturaleza fundamental frente a una suerte de ideología *fundacional*, los derechos humanos son simplemente un subconjunto más del conjunto de derechos subjetivos ordinarios.²¹ Ese sentido de las palabras de Marx, y resulta imprescindible explicarlo, debe comprenderse en el contexto histórico de sus reflexiones: la época de auge del llamado “Estado legislativo de Derecho” a que han hecho referencia autores como Zagrebelsky, es decir, el Estado concebido sobre la imagen de la ley como expresión de la soberanía del pueblo y, por lo tanto, dotada de un valor absoluto, imagen que en nuestros días ha sucumbido ante un nuevo auge constitucionalista. Más allá de denominaciones, siempre objetables, es un hecho que hoy el nivel jerárquico de la Constitución no se reduce a una cuestión semántica, sino que se proyecta con más fuerza en el nivel práctico y este cambio de escenario representa sin duda un progreso significativo.

La ideología así entendida aparece entonces como un instrumento de contención para la transformación social, como dique que entorpece el ejercicio básico para cada hombre o mujer de participar en la configuración del esce-

²⁰ MARX, Carlos, “El dieciocho Brumario de Luis Bonaparte”, en MARX, Carlos, y ENGELS, Federico, *Obras escogidas*, Madrid, Editorial Fundamentos, 1975, pp. 262-263.

²¹ Acerca de los mitos fundacionales en el discurso del derecho moderno, consúltese la obra de OST, François, *El tiempo del derecho*, trad. María Guadalupe Benítez Toriello, México, Siglo XXI, 2005.

nario social del que forma parte para constituirse a sí mismos como sujetos. Esta posibilidad de autoconstitución de la subjetividad es la que en nuestra perspectiva merece concebirse como la generatriz del discurso de los derechos fundamentales. Los derechos, y el derecho en general, poseen esa función antropológica a que alude Alain Supiot, en la medida que ofrecen a cada generación un ‘mundo dado’ –siguiendo a Hannah Arendt– sobre el cual, añadiríamos nosotros, cada sujeto puede ‘construirse’ a sí mismo al tiempo que contribuye a la construcción de lo social.²²

A través del derecho, como lo esboza el diagnóstico marxista, se hace posible administrar el conformismo social mediante la consagración de un catálogo de derechos fundamentales cuya operatividad y efectividad son, no obstante, cuestionables a la luz de la evidencia empírica, que nos pone frente a episodios en que tales derechos pasan a un segundo plano cuando median razones de Estado a menudo artificiales o que obedecen a visiones políticas de corto plazo y de mediano alcance.

Reiteramos que es obvio que las condiciones de la Francia de 1848, época en que Marx escribía, distan mucho de las condiciones actuales, y es obligatorio reconocer que algo se ha progresado. Pero el problema de fondo subsiste porque se trata de un problema que es sistémico, es decir, que ningún sistema jurídico puede considerarse exento de caer en semejantes afectaciones, sea por cuestiones internas al discurso mismo del derecho positivo, o bien como resultado de una redeterminación pragmática de sus contenidos por obra de los operadores del derecho.

Así expuesto, tenemos ante nosotros el problema de fondo de la ideología jurídica: el uso del derecho positivo, y del discurso del derecho en general, para formar una falsa representación del orden social y de las vías para su transformación. Falsa representación que en el caso de los derechos humanos asume un carácter especialmente negativo, pues se traduce por un lado en la cancelación fáctica de su efectivo goce a causa de la ausencia o la poca eficacia de los instrumentos jurídicos que hagan posible su efectiva tutela,

²² SUPIOT, Alain, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, trad. Silvio Mattoni, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, pp. 104-105. Desde sus muy distintas premisas sociológicas, Luhmann apunta una idea relativamente similar: “El derecho al libre desarrollo de la personalidad es el derecho del ser humano a una esfera de acción a él atribuible, necesaria para que él pueda presentarse como personalidad, como unidad individual autoconsciente”. LUHMANN, Niklas, *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*, trad. Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 2010, p. 170.

como lo hemos demostrado apoyándonos en Kelsen. Y por el otro lado, y esto lo desarrollaremos a continuación, en la falsación que implica el que los derechos fundamentales no son, en realidad, constituidos por los sujetos, sino que sucede más bien lo opuesto, como resulta de las tesis marxistas someramente exploradas.

B) *Un ejercicio de contraste ideológico: el discurso de los derechos humanos como constitutivo del sujeto titular de los mismos*

La naturaleza ‘constitutiva’ que con respecto de los sujetos posee el discurso de los derechos es un rasgo peculiar del mismo cuyo hallazgo ofrece un poderoso sostén para el ejercicio crítico orientado a una recompreensión de los mismos. Este rasgo ha sido detectado por Óscar Correas en su texto “Naturaleza lingüística y origen de los derechos humanos”.²³ Señala Correas que el discurso de los derechos humanos es parte del *continuum* discursivo, que no es sino la ideología dominante formalizada en un lenguaje, y ésta a su vez no es otra cosa que la ideología liberal individualista de los orígenes del constitucionalismo moderno (y quizás un poco más atrás en el tiempo), la cual todavía hoy ocupa una posición hegemónica tanto en la filosofía política como en la jurisprudencia, incluso bajo rótulos más elegantes.

Bajo el esquema de los juegos del lenguaje, o del lenguaje o de los discursos como actividades –diríamos interacciones sociales gobernadas por reglas–, Correas logra establecer que el discurso de los derechos subjetivos posee un poder constitutivo del sujeto porque éste, para poder convertirse en un “hablante” dentro de ese juego, tiene que acatar las reglas del mismo:

En otras palabras, al usar el discurso de los derechos subjetivos, cumplimos estos *actos de habla* en virtud de los cuales “hacemos algo”: construimos, cotidianamente, el poder del estado al constituirmos como peticionarios frente a los funcionarios públicos, al reconocernos como dependientes de ellos, al concederles poder sobre nosotros, al establecer relaciones indirectas con nuestros camaradas –o enemigos– de grupo o de clase.²⁴

El sujeto, pues, no existe en sí mismo sino en cuanto asume un rol como jugador, como participante de este juego del lenguaje que es el discurso de

²³ CORREAS, Oscar, “Naturaleza lingüística y origen de los derechos humanos”, en *Acerca de los Derechos Humanos. Apuntes para un ensayo*, México, Coyoacán, 2003.

²⁴ *Ibidem*, p. 17.

los derechos humanos. Una idea que plantea Marx en “Sobre la cuestión Judía” ofrece lo que podríamos considerar una consecuencia de lo anterior:

El límite de la emancipación política se manifiesta enseguida en el hecho de que el *Estado* puede liberarse de una traba sin que el hombre se libere *realmente* de ella; en que el Estado pueda ser un *Estado libre* sin que el hombre sea un *hombre libre*.²⁵

Se trata de la distinción entre el individuo concreto y el sujeto abstracto, el ciudadano titular de los derechos fundamentales modernos. El Estado es libre, sería la consecuencia, en tanto se erige sobre la idea de un ciudadano abstracto al que constituye a través de sus normas. Desde cierta perspectiva podemos decir que esto no representa mayor problemática si tomamos como referente, por ejemplo, el concepto de persona en el contexto de la teoría pura kelseniana, pero si nos permitimos trascender las fronteras de una teoría pura u otra filosofía del derecho hecha por juristas, parafraseando a Bobbio, para colocarnos en otra perspectiva, podemos percatarnos de que esta circunstancia plantea un problema. En efecto, si entendemos a la persona, o al titular de un derecho subjetivo como entidad que es ‘constituida’ por el discurso, ¿qué queda de fundamentales en los derechos a los que nos referimos aquí?

El problema, que se ejemplifica con el desarrollo del concepto de persona y de derecho subjetivo en Kelsen, se resume en lo siguiente: si estiramos la noción de derecho subjetivo desarrollada en la teoría pura, bien podríamos concluir que el único genuino derecho subjetivo es el derecho de preguntarle a un juez u otra figura institucional, *i.e.*, autoridad, a qué tenemos realmente derecho, lo que corrobora la tesis de Correas.

Tenemos entonces una cuestión o aporía a considerar: en el discurso de los derechos fundamentales, el sujeto, pretendidamente titular de los mismos, no puede entenderse sino como un producto, un resultado, una creación del propio discurso. Más adelante veremos si es posible atender a este problema manteniéndonos a salvo de intromisiones de tipo iusnaturalista. Por supuesto, esto permite ir más allá de la discusión, posiblemente estéril, acerca de si los ordenamientos jurídicos ‘otorgan’ o ‘reconocen’ los derechos fundamentales: no se trata sólo de que no se puede otorgar lo que no se reconoce sino

²⁵ MARX, Carlos, “Sobre la cuestión judía”, en MARX, Carlos, y ENGELS, Federico, *Obras Fundamentales*, vol. 1, *Marx. Escritos de juventud*, trad. Wenceslao Roces, México, FCE, 1987, p. 468.

que, más allá, simplemente no se puede ni otorgar ni reconocer lo que no es aquí constituido por el propio discurso.

Pero en todo caso lo que pone en tela de juicio la postura de Correas es la premisa de que los derechos fundamentales o humanos realmente encuentren su *fuerza real* en el sujeto titular de los mismos; más bien hay una imagen, un ‘ideal’ abstracto y hoy en día cuestionable, que sirve como ‘inspiración’ al desarrollo dogmático de tales derechos.²⁶ El problema que queda abierto es, entonces, el de determinar si es posible, y en qué forma y medida, que los derechos fundamentales realmente emerjan del sujeto. Una primera vía para acceder a una respuesta, y quizás una solución, sería la reflexión en torno a la manera de enunciarse el discurso de los derechos fundamentales, forma que a nuestro parecer parece colocar un obstáculo para centrar esos derechos en los sujetos reales.

C) *La ideología de la universalidad de los derechos humanos*

Parecería demasiado aventurado cuestionar la universalidad de los derechos fundamentales, que es la manera tradicional de ‘decirse’ de tales derechos. Afirmar la existencia de derechos fundamentales *diferenciados* sería problemático y muy probablemente contradictorio, como lo atestigua el debate entre universalismo y relativismo, polémica en la cual no pretendemos de momento participar, sino tan sólo mencionarla para acusar la presencia de una situación compleja, cuyo tratamiento en el ámbito operativo del derecho podría tener una solución relativamente idónea.

Podríamos sostener que si las necesidades o las aspiraciones humanas, sean políticas, económicas, culturales o de cualquier índole —que son en última instancia la fuente de los derechos fundamentales— pueden claramente diferenciarse conforme a diversos criterios, entonces también podrían diferenciarse los derechos correspondientes a esas necesidades o aspiraciones. Pero no es esta la línea que pretendemos desarrollar, ya que, aunque parezca defendible, implicaría un desarrollo demasiado complejo y extenso para nuestras pretensiones. Colocamos tan sólo un pasaje de Marx en el ya citado artículo “Sobre la cuestión judía” para ilustrar ese planteamiento:

²⁶ “Ningún análisis imparcial de la personalidad del ser humano, de su estructura, sus problemas y necesidades, su experiencia y su potencial de procesar vivencias nos conduciría a deducir un catálogo —con sus divisiones y acentos— de los derechos fundamentales”, LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, p. 171.

Pero la anulación política, a su modo, las diferencias de *nacimiento*, de nivel social, de cultura y de ocupación, al declarar el nacimiento, el *nivel social*, la *cultura* y la *ocupación* el hombre diferencias *no políticas*, al proclamar que todo miembro del pueblo, sin atender a estas diferencias, participa *por igual* de la soberanía popular, al tratar a cuantos intervienen en la vida real del pueblo desde el punto de vista propio del Estado. Pero ello no obsta para que el Estado deje que la propiedad privada, la cultura y la ocupación *actúen a su modo*, es decir, como tales propiedades privadas, cultura y ocupación, y hagan valer su naturaleza *especial*. Muy lejos de acabar con estas diferencias *de hecho*, el Estado descansa sobre estas premisas, sólo se siente como *Estado político* y sólo hace valer su *generalidad* en contraposición a estos elementos que forman parte de él.²⁷

El problema de esta forma de enunciación de los derechos fundamentales respecto del cual queremos hacer un breve desarrollo implica algo más que una cuestión de relativismo o universalismo. Se trata de la “descontextualización” que ese modo específico de uso del lenguaje implica, con consecuencias que pueden tener alguna importancia.

Wendy Brown plantea que los derechos son “significantes multiformes e irresueltos” que varían a través del tiempo, las culturas y otros “vectores de poder”.²⁸ Brown sostiene que los derechos carecen de una “semántica política inherente”, por lo que su fuerza liberadora e igualitaria está sujeta a condiciones históricas y culturales. Ello no obstante, reconoce, estos derechos necesariamente operan en un idioma ahistórico, acultural y acontextual, expresándose en términos genéricos y universales, por contraposición a sus condiciones provisionales y relativas. De ello resulta, para esta óptica, que:

Esta paradoja entre el idioma universal y el efecto local de los derechos trasciende tanto a los niveles temporales como a los espaciales: si bien los derechos pueden operar como una indiscutible fuerza emancipatoria en un momento de la historia... en otro momento pueden volverse un discurso regulador, un medio para obstruir o cooptar demandas políticas más radicales, o ser simplemente la más hueca de las promesas vacías.²⁹

²⁷ MARX, Carlos, “Sobre la cuestión judía”, *op. cit.*, p. 469.

²⁸ BROWN, Wendy, “Lo que se pierde con los derechos”, en WILLIAMS, Patricia, y BROWN, Wendy, *La crítica de los derechos*, trad. Isabel Cristina Jaramillo, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2003, p. 82.

²⁹ BROWN, Wendy, *op. cit.*, p. 83.

En otras palabras, la universalidad del lenguaje de los derechos fundamentales presupone una sociedad constituida sobre la base de formas de vida indiferenciadas, algo que resulta cuando menos cuestionable, si bien es preciso admitir que quizás esa indiferenciación haya sido una condición para que se lograra la separación entre sociedad civil y Estado en el proceso evolutivo que ha llevado a este último a la figura del “Estado de derecho”, con los demás adjetivos que se le han ido incorporando en la historia reciente. Podemos decir que de esta universalidad formal del discurso se derivan dos consecuencias: una negativa, que es la conversión de lo contingente en universal, casi “natural”; y otra positiva, sobre la que volveremos después, que tiene que ver con el potencial desde un punto de vista comunicativo o argumentativo.

Lo que la universalidad enunciativa de los derechos fundamentales plantea como cuestión principal es, en definitiva, el que como consecuencia de la descontextualización que esa ‘forma’ de comunicarse implica, se hace difícil generar una dinámica operativa del discurso en donde el sujeto se reconozca a sí mismo y pueda reconocer a los demás como copartícipes del interminable proceso comunicativo que la construcción de esta clase específica de discurso normativo necesita. Hablamos de un particular proceso de comunicación como una “necesidad” del discurso de estos derechos en el sentido de un requisito funcional de los mismos en un escenario particular en donde la política democrática y los derechos fundamentales acoplarse mejor en una renovada imagen de la sociedad y del Estado.

En síntesis, la universalidad enunciativa “petrifica” al sujeto al institucionalizar una imagen abstracta y descontextualizada –ideal– del mismo, posición desde la cual, al tornarse invisibles los referentes que le darían sentido a la idea de los derechos fundamentales, hacen de éstos resultado de una perversión ideológica de lo que constituye su auténtica razón de ser dentro de un ordenamiento jurídico. Hablamos de una “visión institucional” de los derechos fundamentales, expresión que desarrollamos en el siguiente apartado, para referir lo que a nuestro parecer representa una subversión del sentido y la razón de ser de los mismos.³⁰

³⁰ La expresión elegida para designar dicha subversión no necesariamente implica un cuestionamiento a las tesis de la sociología sistémica de Luhmann, cuyos parámetros epistemológicos no pretendemos discutir aquí, no obstante que los mismos, particularmente los contenidos en el texto que hemos venido citando, contienen un propósito claro de proyectarse, determinándola, sobre la dogmática jurídica, intención que de alguna manera coincide con la nuestra, pero en un sentido claramente diferente.

V. LA VISIÓN INSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO ESTABILIZACIÓN

Lo que hemos denominado modelo o enfoque institucional de los derechos fundamentales como objeto de crítica, es parcialmente resultado de las características discursivas ya desarrolladas. El modelo consiste, o lo podemos definir, como un modelo de des-diferenciación de las identidades individuales o colectivas bajo esquemas o estructuras sistémicas de convivencia, expresión con la cual aludo a formaciones sociales erigidas sobre las premisas de una racionalidad estratégica. En buena medida esta circunstancia de los derechos fundamentales deriva, como lo atestiguan por separado Luhmann y Roberto Mangabeira Unger, el proceso constitutivo del Estado moderno, caracterizado precisamente por la diferenciación entre sociedad civil y Estado, que ya hemos apuntado.

La idea de institución a menudo se nos aparece como una entelequia inasible que abarca un universo de cosas raramente equivalentes como la familia, el mercado o el Estado mismo y sus “órganos”. Para una corriente bastante plausible de opinión, podría decirse que las instituciones son cosas que hacen algunas personas a las que no vemos porque, en buena medida, el papel que desempeña la figura institucional es esconderlas, ofrecerle un parapeto a su voluntad. Es común escuchar que el lenguaje institucional habla de “mercados nerviosos”. ¿Qué se entiende por esos términos? Parecería más acertado tratar de entender semejante creatura en términos llanos y empíricos.

Los mercados, o “el mercado”, es una cosa que se realiza, es decir, adquiere existencia, porque hay quien o quienes tienen la capacidad de darle vida. Es, finalmente, el resultado de una serie de voluntades y no otra cosa. Lo mismo que, siguiendo a Kelsen, se dice de la norma jurídica: es el sentido de un acto de voluntad.

Y las instituciones son eso: decisiones, actos de voluntad que, en determinadas circunstancias vinculadas a alguna dimensión de poder, resultan eficaces. La función de las instituciones es precisamente que no se vean esas voluntades que tienen una fuente identificable, sino que las asociemos con figuras mitológicas propias de la modernidad.

¿Qué tiene esto que ver con los derechos fundamentales? Quizás nada, o tal vez mucho. En todo caso, podemos decir que con respecto a los derechos fundamentales, las instituciones sirven de parapeto tras el cual se ocultan fenómenos de poder, es decir, son, en el más puro significado de la expresión,

ficciones, tal como lo refiere Oscar Correas en coincidencia con la línea teórica de Hans Kelsen:³¹

(...) la legalidad de las conductas de los individuos que, porque decimos que su conducta es legal, son funcionarios del estado, es lo que permite decir que existe “estado de derecho”. Esto es: el estado de derecho es el efecto del uso performativo del lenguaje, del uso del discurso jurídico –juridizante, más bien.³²

No hace falta remontarse a Marx para reconocer en el Estado una de las figuras más representativas de lo que es una ficción, una máscara. Kelsen, de alguna manera, también ofrece un arsenal valioso para entenderlo de esa manera: al decir que la norma jurídica, y diríamos el discurso del derecho en general, es el sentido de actos de voluntad, podemos preguntarnos ¿de quién puede ser una voluntad sino de un ente dotado de voluntad, fenómeno puramente psíquico? En consecuencia, no puede atribuirse voluntad al Estado, aunque sí puede imputársele normativamente, pero eso es otra cosa.

De esta manera, podemos decir acerca de las instituciones que representan la forma jurídica por excelencia. Paschukanis decía en su *Teoría General del Derecho y Marxismo*, que la forma jurídica se asimila a la forma mercancía propia de la economía capitalista. Esto es, la mercancía como abstracción de las relaciones económicas de producción.³³

Eso mismo son las instituciones para el pensamiento jurídico: fetiches, mistificaciones de las relaciones de poder formalizadas a través del lenguaje normativo que despersonaliza esas relaciones, con lo cual se cae en la des-subjetivación del sujeto como titular de los derechos. Todo esto se entiende si recordamos lo que hemos mencionado acerca de la forma universal del discurso del derecho. La universalidad como descontextualización histórica es, como resultado de eso que puede denominarse fetichismo de las instituciones, la base de la concepción ‘institucional’ de los derechos fundamentales: un catálogo de derechos surgidos de alguna imagen de ‘sujeto’ universal, ajeno al acontecer histórico, determinado desde el pasado, y quizás hacia el futuro. Un sujeto sustraído de su contexto histórico, social, económico y político al que se selecciona al azar (diríase que tras un velo de ignorancia, para emplear la fórmula rawlsiana) y se le otorgan ciertas cosas

³¹ Cfr. CORREAS, Oscar, “Legalidad, seguridad y derechos humanos”, en *Acerca de los Derechos Humanos...*, op. cit., p. 74.

³² *Ibidem*, p. 80.

³³ Cfr. PASCHUKANIS, Evgueni, op. cit.

llamadas derechos, que muy frecuentemente no sabe cómo emplear y, lo que es más grave, en ocasiones van a contrapelo de su proceso de constitución subjetiva individual o colectiva. Esta situación no es sino la petrificación del sujeto, su ‘estabilización’ frente a las estructuras sociales y políticas por las que está rodeado y que determinan su suerte a menudo sin su intervención. De ahí que la función de los derechos fundamentales en esta visión institucional sea la de paralizar al sujeto ‘estabilizándolo’ en dos sentidos: respecto de las expectativas que él puede asumir respecto de su contexto, y respecto de lo que el contexto espera de él. La indiferenciación crea así un ‘sujeto institucional’, es decir ficticio, como eje articulador del discurso de los derechos fundamentales.

Hay un ejemplo histórico ya sugerido antes que pueden ilustrar este fenómeno de fetichización de las instituciones que produce la visión de los derechos fundamentales que aquí hemos caracterizado. El primero, en los orígenes del moderno “Estado de Derecho”, cuando la potestad legislativa se convirtió casi en un poder absoluto en la medida que era representativa de una voluntad colectiva soberana. A este ejemplo y a los excesos a que dio origen se respondió con un modelo atemperado, representado por la idea del “Estado Constitucional de Derecho”, es decir, la sumisión de la potestad legislativa a los imperativos de orden superior de la Constitución, y de ahí una serie de consecuencias específicas como la idea kelseniana del tribunal constitucional en el rol de “legislador negativo” y la idea más actual de la “decisión contramayoritaria”, también presente en Kelsen a pesar de la opinión de algunos, y que no obstante su carácter progresivo no logra romper por completo con la imagen estandarizada del sujeto que informa la visión institucional de los derechos fundamentales.

Nada hay de malo en las figuras institucionales, ni siquiera quizás en esa función enmascaradora que inexorablemente las acompaña, pues finalmente los símbolos son parte constitutiva de la sociedad y del propio Estado. Pero ello no obsta para que a través del ejercicio crítico que un tema como el de los derechos fundamentales reclama, se pueda plantear una reconfiguración operativa de al menos algunas de esas figuras, concretamente la del sujeto como sustrato del discurso de los derechos fundamentales. Esto representa una postura más viable que la proliferación de instituciones formales como correctivo a los defectos en el funcionamiento de otras instituciones igualmente formales: esa hipertrofia institucional contemporánea que Habermas ha comparado de alguna manera con una suerte de neurosis típica de la so-

ciudad o del Estado contemporáneos. Pero esto parece apartarnos un poco de nuestra temática.

Lo fundamental a tomar en consideración para comprender lo que significa una visión institucional de los derechos fundamentales es el problema que representa la des-subjetivación que ella trae aparejada a causa de la desdiferenciación que presupone y que provoca que, en última instancia, se pierda el sentido auténtico de lo que son los derechos fundamentales. Frente al riesgo de esta pérdida de sentido es que una jurisprudencia práctica con sentido crítico debe adaptar ciertas categorías, presuposiciones y optimizar también algunas de las soluciones ya disponibles.

La jurisdicción conserva sin duda un significativo potencial, digno de explotarse, como escenario para el despliegue de este proceso de adaptación, precisamente porque la jurisdicción es no sólo el espacio privilegiado, sino el ámbito por definición para un ejercicio de expansión del potencial creativo de la argumentación jurídica en torno a los derechos fundamentales. Bajo ciertas condiciones, su rol en la materia podría adquirir una dimensión aún mayor frente a lo que, como consecuencia de la visión institucional a que nos referimos, constituye un desafío para la expansión de los derechos fundamentales. Es decir, la lucha por la conquista de nuevos derechos desde la trinchera de la adjudicación, lucha para la cual por un lado no puede depositarse toda la confianza en las asambleas deliberativas sujetas a condicionamientos políticos coyunturales, y para la cual, preciso es también reconocerlo, tampoco la jurisdicción ha sido históricamente terreno propicio en algunas latitudes, aunque posee el potencial arriba mencionado.

Hoy en día parece un lugar común dentro de cierto sector de la jurisprudencia el sostener la importancia de los tribunales en la defensa de los derechos subjetivos. Argumentos hay varios, pero no todos poseen el mismo valor y hay que precaverse de no caer en errores o falsificaciones. Se dice, por ejemplo, que el Poder Judicial en ningún lugar ni época ha perpetrado un golpe de Estado. Esto es cierto, aunque ejemplos hay varios en donde los ha solapado exitosamente y otros en los que ha servido al éxito de ciertas orientaciones políticas contrarias al avance de los derechos fundamentales. Hacer caso omiso de este dato sería caer en ese tan temible fetichismo de que hemos hablado.

El referente de autoridad que más se vincula con la opción jurisdiccional es Ferrajoli, quien se pronuncia por una suerte de activismo judicial en la protección de los derechos fundamentales, un activismo que puede no ser

suficiente sin estar acompañado de suficientes herramientas, pero que además resulta según el parecer de ciertos críticos, insuficiente para la aludida conquista de nuevos derechos, misma que se antoja inseparable de una concepción progresiva o expansiva de los derechos fundamentales que atienda a su historicidad.³⁴

Sin embargo, el judicialismo de Ferrajoli, si se puede etiquetar de esa manera, todavía no logra superar ciertas limitantes que impone la ortodoxia del enfoque institucional de los derechos fundamentales. Un ejemplo a considerar es precisamente lo que Ferrajoli considera un defecto técnico respecto de las “garantías” para los derechos sociales, si se las compara con las garantías referidas a los derechos de libertad y de propiedad.³⁵ Tal vez esto que para Ferrajoli no pasa de mera deficiencia técnica, obedezca a la posible sujeción de su modelo garantista respecto de un enfoque institucional de los derechos fundamentales y la des-subjetivación que su enunciación universalizada a través de normas abstractas supone, y que no contempla todavía con la debida atención el potencial de la argumentación jurídica concebida más allá de lo meramente metodológico. Ello nos autoriza –con las limitantes a que obliga el no entrar en una discusión directa con las tesis del jurista italiano– a sostener que hay una cierta debilidad en esta particular concepción ferrajoliana como para romper con la inercia de la visión institucional de los derechos fundamentales de la que nos hemos ocupado.

VI. CONCLUSIÓN: HACIA UNA VISIÓN POSINSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El principal problema del modelo de comprensión institucional de los derechos fundamentales tiene que ver con la paradójica des-subjetivización de los mismos, problemática que se hace más patente que en ningún otro terreno en el caso de los llamados derechos sociales y su frecuente inope-

³⁴ Remitimos aquí a la interesantísima discusión contenida en FERRAJOLI, Luigi, *et. al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2005.

³⁵ *Cfr.* FERRAJOLI, Luigi, “El Derecho como sistema de garantías”, en *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2006, p. 30. Acaso esta deficiencia tenga algo que ver con su cuestionable, desde el punto de vista de la crítica de la ideología en el discurso jurídico, separación entre derechos y garantías según la cual, todo parece indicarlo.

rancia. Si entendemos que éstos son derechos que supuestamente surgen de la diferencia de clase, no podemos concebir su operatividad sin que se tomen en cuenta estas diferencias con mayor alcance, esto es, sin que se tome en cuenta la subjetividad concreta y específica de sus titulares, y no su mera categorización bajo los esquemas abstractos a que el uso lingüístico del discurso nos tiene acostumbrados bajo las premisas ideológicas –o ideologizantes– de la enunciación universal.

Se impone, pues, hallar una salida distinta. Y esta podemos encontrarla en la orientación que para la función jurisdiccional se plantean tanto desde el denominado “Uso Alternativo del Derecho” como desde algunas teorías de la argumentación jurídica. Sin pretender entrar en más definiciones acerca de la modalidad pragmática del derecho mencionada en primer lugar, remitimos de nueva cuenta a Oscar Correas para una caracterización bastante pertinente:

Ciertamente, defender los derechos humanos es defender nuestra condición de ciudadanos, lo cual es una defensa del estado, aun cuando actuamos para que los funcionarios adopten conductas diversas a las violatorias de los derechos. Pero también es cierto que la presentación de las aspiraciones de la población como derechos que no están consagrados en las normas, que el grupo en el poder no puede proveer sin perder el poder y las ventajas que le acompañan, es una utilización de la misma expresión –“derecho”– pero con alteración del código.³⁶

Aquí encontramos dos claves que pueden servir como pilares para una posible ruptura con las ataduras del enfoque institucional de los derechos fundamentales: una de ellas ya mencionada, el poder, y otra: la alteración del código referencial de los derechos fundamentales.

El poder es, como ya lo mencionamos, aquello que se oculta tras las instituciones o figuras institucionales, sean jurídicas, políticas o económicas. Esto sugiere, para superar en enfoque institucional, la viabilidad de revisar el binomio que la jurisprudencia moderna ha desarrollado entre derecho subjetivo y deber. Como primer paso para los propósitos de un enfoque crítico sería tal vez plausible sustituir esa dupla conceptual por otra en donde el derecho subjetivo se enfrente a otra categoría diversa: el poder, aunque esta asignatura compete más bien a la sociología jurídica de orientación crítica.

³⁶ CORREAS, Oscar, “Los derechos humanos en la práctica política”, en *Acerca de los Derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 96.

Más importante es otra alteración del código conceptual y la posibilidad de realizar semejante operación. Decíamos atrás que, tras las bambalinas lingüísticas, se oculta la circunstancia un tanto desagradable de que el discurso de los derechos fundamentales se presenta como una paradoja, en donde su titular no es lo que debería ser: el sujeto constituyente de tales derechos —es decir, razón de ser y, en tal hipótesis, una suerte de *fuentes* de los mismos—, porque él mismo es un producto del discurso, es decir, está constituido, o sea construido, por las normas. ¿Cómo invertir esto? Roberto Mangabeira Unger nos aproxima a una solución viable. Nos habla de una categoría a la que denomina “derechos de desestabilización”:

Ellos representan pretensiones de perturbación de las instituciones establecidas y formas de práctica social que han logrado el aislamiento y el afianzamiento de la jerarquía y la división sociales que la constitución pretende evitar.³⁷

Estos, junto con los derechos de inmunidad que se refieren a las libertades y los derechos de mercado, que aluden a la participación en la riqueza social, se reducen en Unger a una clase dentro de un sistema de derechos. Pero sería posible elevar esa clasificación para recategorizarla en un plano superior y entender más bien a los derechos fundamentales *como* derechos de desestabilización, trátense de derechos de libertad como de derechos de mercado o de cualquier otra índole, en la medida en que sirvan a la función auto-constitutiva del sujeto.

La historia ofrece multitud de evidencias que confirman que los derechos fundamentales, admitamos o no su división en “generaciones”, son siempre producto de la desestabilización de las estructuras de poder; y el mundo y la sociedad no se han precipitado por ello al obscuro abismo de la anarquía y la arbitrariedad, sino que al parecer ha ocurrido todo lo contrario. Claro que esto no es algo que resulte fácil de detectar cuando se tiene una óptica universalista-institucional de los derechos fundamentales, como hemos visto.

¿Cómo amalgamar esa dinámica histórica inherente a los derechos fundamentales y poblada de tensiones, preservando al mismo tiempo a las instituciones —único componente con el que hasta ahora estamos familiarizados para el diseño de la estructura política— como escenario para conducir los próximos progresos en una materia tan dinámica en el mundo contemporáneo? Quizás entendiendo los derechos como desestabilización de estructu-

³⁷ UNGER, Roberto, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 39.

ras real o potencialmente opresivas, mediante el recurso a la racionalidad comunicativa que tenga sede en una concepción y en ejercicios concretos de argumentación jurídica en un sentido no meramente técnico o metodológico. ¿Qué implica esta desestabilización entendida en términos comunicativos? En primer lugar, la posibilidad de la re-subjetivización de los derechos fundamentales, es decir, la superación comunicativa de la abstracción universalista a menudo tan tramposa como la estadística.

La salida consistiría primeramente en la sustitución de la *universalidad* por la *universalizabilidad* tal y como la conciben las teorías de la argumentación jurídica que, como la de Alexy, se remontan a los postulados más elementales de la razón práctica en términos de su concepción moderna —y por ello siempre revisable—. Con esto creemos posible que se contribuya a la expansión inexorable de los derechos fundamentales, incluso su renovación, mediante prácticas argumentativas —en principio pensadas en sede jurisdiccional— en donde la premisa operativa básica sería una suerte de inversión funcional del principio de universalidad enunciativa ya explorado. Esta inversión implica que la importancia no radica tanto en las premisas universales, v.g., de generalidad e igualdad, es decir en las normas, sino que al contrario, la fuerza normativa surgiría de una proyección consecuencialista de las soluciones a cada caso concreto.³⁸ Algo así como el ‘círculo hermenéutico’ que plantea Zagrebelsky.³⁹ La característica fundamental de esta concepción de universalizabilidad radicaría entonces en que la determinación del derecho fundamental no partiría principal o exclusivamente de los textos normativos, sino que a menudo se procedería en forma inversa: la hermenéutica del texto se vería condicionada o determinada en un sentido progresivo, *i.e.* expansivo, por la circunstancia concreta que reclama su aplicación.

Tal circunstancia estaría constituida por la *presencia* del sujeto en el escenario real, es decir su aparición detrás del enmascaramiento que supone la visión institucional que lo oculta en la sombra de una abstracción sin identidad y sin historia. Como nos parece, esta solución no apela a una imagen preconcebida del sujeto, con independencia de que semejante precompre-

³⁸ Cfr: Al respecto ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997. En particular el desarrollo acerca de los principios de universalidad y prescriptividad planteados por HARE, *op. cit.*, pp. 79 y ss.

³⁹ Cfr: ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1885.

sión provenga de la dogmática, la ideología política o alguna antropología etnocentrista y focalizada. Muy al contrario, lo único que se presupone es la existencia del sujeto en tanto que potencial de realización de sí mismo a través del derecho, entendido ahora como discurso del cual él es, en parte al menos, autor.

Las dificultades que desde la perspectiva analítica y dogmática se plantean para la representación de un sujeto de derecho, titular en este caso de una categoría fundamental de derechos, quedan superadas no quizás en el terreno epistemológico –si mantenemos vigente la divisa de la pureza metódica–, pero sí al menos en el pragmático-operativo, que era a final de cuentas a lo que queríamos llegar recorriendo el sendero aquí propuesto.

Al mismo tiempo quedan, o pueden quedar resueltas, las aporías que se presentan en: 1) el terreno de la manipulación ideológica del discurso de los derechos fundamentales a través de diversas variantes vinculadas a su enunciación universal y abstracta; 2) el terreno de su determinación normativa mediante decisiones sujetas a coyunturas políticas sistémicas; y 3) la necesidad de un referente que, como el jurisdiccional, esté en condiciones, *vía* la argumentación jurídica expansiva, de ser escenario para una óptima *desestabilización* que los derechos fundamentales suponen, al menos desde la perspectiva que hemos asumido en el presente análisis.

VII. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BERUMEN CAMPOS, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, México, Cárdenas, 2003.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1999.

CORREAS, Oscar, *Acerca de los Derechos Humanos. Apuntes para un ensayo*, México, Coyoacán, 2003.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 1999.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2006.

----- *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo, Madrid, Trotta, 2005.

HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. Genaro R. Carrió, 4ª ed., México, Fontamara, 1997.

HUBED BEDOYA, Giraldo, *Dogmática como derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1995.

LUHMANN, Niklas, *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*, trad. Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 2010.

MARX, Carlos, “Sobre la Cuestión Judía”, en MARX, Carlos y ENGELS, Federico, *Obras Fundamentales*, vol. 1, *Marx. Escritos de Juventud*, trad. Wenceslao Roces, México, FCE, 1987.

-----, *La ideología alemana*, México, Ediciones Quinto Sol, s/d.

-----, “El dieciocho Brumario de Luis Bonaparte”, en Carlos Marx y Federico Engels, *Obras escogidas*, Madrid, Editorial Fundamentos, 1975.

NICKEL, James W., *Making sense of human rights. Philosophical reflections on the Universal Declaration of Human Rights*, Los Angeles-Berkeley, University of California Press, 1987.

OST, François, *El tiempo del derecho*, trad. María Guadalupe Benítez Toriello, México, Siglo XXI, 2005.

PALOMBELLA, Gianluigi, *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, trad. José Calvo González y Cristina Monereo Atienza, Madrid, Trotta, 2006.

PASCHUKANIS, Evgueni, *La teoría general del derecho y el marxismo*, trad. Carlos Castro, México, Grijalbo, 1976.

PICCATO RODRÍGUEZ, Antonio, *Teoría del derecho*, México, Iure, 2006.

RABOSI, Eduardo, “El fenómeno de los derechos humanos y la posibilidad de un nuevo paradigma teórico”, en SOBREVILLA, David (comp.), *El derecho, la política y la ética*, México, UNAM-Siglo XXI, 1991.

SUPIOT, Alain, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, trad. Silvio Mattoni, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.

UNGER, Roberto, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986.

WILLIAMS, Patricia, y BROWN, Wendy, *La Crítica de los Derechos*, trad. Isabel Cristina Jaramillo, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1885.

