

LA JUSTICIALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por Raffaele De Giorgi

RESUMEN

El artículo se centra en el análisis de tres temas: el futuro, los derechos humanos y su justiciabilidad.

En primer lugar respecto del futuro todos debemos decidir, pero sin embargo nuestras decisiones al igual que las de los juristas están ya decididas (por la moral, religión, ideas políticas, ideologías, teorías, pasiones y afectos).

En segundo lugar, los derechos humanos son atribuidos o reconocidos como derechos de las personas, e impiden la ocupación política de la sociedad. Cuando el orden social se vuelve crítico para el Estado y para la política, en los puntos de alta sensibilidad operan los derechos humanos.

En tercer lugar, la mayor parte de los individuos vive en la exclusión, y allí queda el cuerpo privado de la individualidad de la persona. Se espera que una vez más en la historia de la sociedad moderna, los derechos humanos puedan contribuir a tratar a los cuerpos como personas.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos – Persona – Constitución – Estado – Sociedad.

HUMAN RIGHTS JUSTICIABILITY

By Raffaele De Giorgi

ABSTRACT

This paper focuses its analysis in three issues: the future, human rights and its justiciability.

In the first place, in connection with the future, all of us must decide constantly, but our decisions and the ones from judges are almost decided (by moral, religion, political ideas, ideologies, theories and affections).

In the second place, human rights are attributed and recognised as people's rights, and prevent political occupation of the society. When social order becomes critical for the State and for politics, human rights act on high sensible issues.

In the third place, the majority of individuals live excluded, and therefore people's individuality private body stays there. It is expected that once in modern society history; human rights can contribute to treat bodies as persons.

KEY WORDS

Human Rights – Person – Constitution – State – Society.

LA JUSTICIALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS*

Por Raffaele De Giorgi**

1.

Agradezco por el honor que se me ha conferido para hablar del futuro de la justiciabilidad de los derechos humanos.

En realidad me han sido asignados tres temas: *el futuro*, *los derechos humanos*, su *justiciabilidad*. Reflexionando sobre los temas he tenido la impresión que ellos han sido elegidos para formular una pregunta a una respuesta que ya se conoce. Y ya que formular preguntas cuando se conoce la respuesta es un trabajo que no tiene sentido, respetaré las cuestiones, pero traicionaré las expectativas de quien ya conoce la respuesta.

El primer tema que me ha sido asignado requiere describir el futuro. Ahora, describir el futuro no es fácil. Para poder hacerlo sería necesario tener alguna experiencia de aquél. Y nosotros no disponemos de recursos de este tipo. Nosotros podemos sólo observar como el futuro viene construido y podemos describir una particular modalidad de su construcción. Se debe tratar, sin embargo, de una modalidad que podemos observar. Esto, a su vez, significa que debemos decir cuál es la distinción que utilizamos cuando observamos la construcción que describimos. Es decir, debemos decir qué cosa incluimos y qué cosa excluimos.

Construir el futuro, en cambio, es lo que nosotros hacemos continuamente. Nosotros nos acercamos al futuro mediante nuestro no saber. Lo que sabemos, en efecto, se refiere al pasado. Respecto al futuro debemos decidir. Cada vez. En realidad, sin embargo, nuestras decisiones están ya decididas. Moral, religión, ideas políticas, ideologías, teorías, pero también pasiones, afectos, están ya disponibles y utilizables para reducir el mundo a un formato accesible, para presentarlo en forma de alternativas entre las cuales orientarse no sea dramático.

Esto, de lo cual podemos estar seguros que se realizará también en el futuro, no debe sin embargo ser decidido. Esto, acerca de lo que no podemos saber si acontecerá, deberá ser objeto de decisión. Y de esta decisión nosotros somos solamente las premisas. Sabemos solamente que también nuestro no saber no nos sustrae a la necesidad de construir futuro, pero podemos racionalizar precisamente este límite e intentar construir vínculos que mantengan bajo el riesgo de lo que se llama *post-decisionali-regret*, es decir, el riesgo del arrepentimiento.

* Con la autorización del autor, reproducimos la conferencia que sobre el tema del título dictara en la Universidad Autónoma de México.

** Prof. Titular de Filosofía Jurídica degli studi del Salento.

Los juristas en cambio operan en condiciones muy diferentes. Ellos deciden continuamente, ellos deciden en base a lo que ellos tratan como su conocimiento de los hechos en base al derecho, en base a lo que ellos tratan como realidad de los eventos; sus decisiones son tomadas en consideración del futuro: ellos describen continuamente el futuro y usan sus descripciones como motivaciones de sus decisiones y cuando utilizan teorías, ellos no tratan sus teorías como autodescripciones de lo que ellos mismos hacen, sino que las consideran como técnicas de conocimiento de la realidad.

A decir verdad, en los inicios de la sociedad moderna, también los juristas actuaban con una cierta cautela. Después han comenzado a moverse siempre con mayor seguridad. Originariamente decidían también ellos con la certeza de quien sabe que hace referencia sólo al pasado: sus decisiones, en efecto, utilizaban la representación del futuro como el lugar de lo que debe ser porque siempre ha sido. Después inventaron otras técnicas y, de todos modos, cuanto más devenía claro que se podía tener confianza en el futuro porque el futuro habría llevado progreso y desarrollo y ciertamente también condiciones mejores de la sociedad, tanto más se reforzaba la certeza de que la decisión jurídica podía ser fundada sobre la consideración de sus mismas consecuencias, sobre la observabilidad del futuro en el presente. Aunque se realizarían en el futuro, las consecuencias podían ser calculadas desde luego en el presente.

Cierto, podía siempre acontecer que el futuro presente no fuese para nada así como se veía el presente futuro de la decisión. En estos casos, sin embargo, para los juristas modernos no era más necesario hacer como el emperador en el relato de Kleist, el cual en los estatutos de la ordalía, ahí donde se decía que la ordalía debía inevitablemente llevar a la luz la culpa, hizo anteponer "si esta es la voluntad de Dios". Un modo de proceder seguro, aquel del emperador: si la realidad, esto es la verdad de los hechos, manifiesta vacilación en su correspondencia al derecho, se dirige a la voluntad de Dios. Para los modernos no sirve una semejante cautela, no es necesario dejar el futuro en las manos de Dios: se imputa al exterior la consecuencia del no verificarse de la consecuencia. Para los juristas el futuro tiene el carácter del deber ser. Y esto, no en el sentido de que, de todos modos, existirá un futuro, sino en el sentido preciso que el deber ser estará en el futuro. Por otra parte, ¿dónde podría estar?

Vemos aquí obrar una primera paradoja. El lenguaje del derecho, es decir, el lenguaje de los juristas, es formulado como si incluyese en sí una descripción de la realidad. Sea en sus formas de la cualificación de sentido, sea en las formas de la imputación, sea en las formas de la decisión, aquel lenguaje se formula y es percibido como descripción de la realidad. En realidad, sin embargo, se trata de una forma del deber ser. De un deber ser que se hace manifiesto sólo si viene violado, como justamente decía Kelsen. Ahora el derecho, sobre el plano semántico es una descripción, es decir, atribución de significado que debe ser, pero que viene tratado como si fuera. Es una realidad que se construye de sí como unidad de la distinción de lo que es y de lo que debe ser.

En realidad los juristas no pueden renunciar a la idea del **deber ser**. Se trata sólo de esto. Lo que debe ser, esto del cual se puede decir sólo que debe ser, sin que se pueda decir qué cosa es, los juristas modernos lo tratan con la seguridad de quien sabe de que cosa está hablando. Probablemente, como una

vez Durrenmatt dijo de Brecht, no saben aquello que dicen, pero dicen sólo aquello que saben. Ellos no derivan el derecho, entendido como deber ser, de los hechos, así como no derivan los hechos del derecho. Ellos argumentan. Construyen. Imputan. Fijan conexiones de sentido sobre la base de conexiones de sentido. Hacen inferencias, deducen. En realidad ellos construyen lo que ellos usan como realidad. Y es esta la realidad de la realidad del derecho. Pero es esta realidad también el futuro, aquella realidad a la cual se da el nombre de futuro.

Ellos fundan sus ideas del deber ser sobre presuntos conocimientos de lo que es, sobre una idea de naturaleza, sobre una idea de razón, sobre asunciones relativas a la humanidad de los hombres, sobre el carácter del orden social, sobre la moralidad de la moral. Y proceden en dos modos diferentes: o atribuyen función cognitiva a sus construcciones normativas, o bien atribuyen función normativa a sus construcciones cognitivas. O bien proceden a un acuerdo, a una especie de convención: fijan un significado y le atribuyen función cognitivo-normativa. O bien normativo-cognitiva. En ambos casos el deber ser del deber ser encuentra su justificación. Y esto es relevante para el derecho.

Para los Griegos, así como para los romanos, pero también para los primeros iusnaturalistas, era claro qué cosa significaba deber ser, en el sentido de que era claro qué cosa es el deber ser. La cuestión se vuelve más compleja cuando las viejas certezas vienen puestas en duda y se comienza a preguntar cuál sea la naturaleza de la naturaleza y después cuál sea la naturaleza de la ley o la naturaleza de la razón. Porque finalmente se ve que la idea de naturaleza no es natural, sino que es una construcción y se ve que esta construcción puede ser religiosa, moral, política, económica y luego transformada en conocimiento o en norma. Podemos concluir que también las decisiones de los juristas están ya decididas.

Habiendo abandonado la inmediatez de las conexiones a las cuales eran habituados los antiguos, los modernos han debido especializarse en la construcción de teorías del conocimiento y ya que en la sociedad moderna el futuro es el problema más relevante del presente, y ya que en todos los lugares del actuar social se sabe que los futuros pueden ser no sólo diferentes de los pasados, sino diferentes entre ellos, los juristas están siempre más desorientados. Encontrar una determinación del deber ser es siempre más difícil: su colocación en el futuro es siempre más problemática. Los juristas tratan el deber ser ora como una dimensión de sentido, ora como una categoría, ora como una dimensión temporal que esconde en sí la unidad de la diferencia de pasado y futuro, ora como determinación que surge de la voluntad de todos los asociados de construirse certezas para su futuro y de confiar al derecho su gestión.

Hay de verdad algo de misterioso bajo el deber ser, así como éste viene usado por los juristas. Algo que debe ser tenido escondido, que no se debe ver.

2.

Cuando en la segunda mitad del siglo XVIII el viejo orden de la sociedad manifestaba cada vez más los desechos de su construcción y el orden de la naturaleza no podía funcionar más porque la

economía, la religión, la política y la ciencia habían ya experimentado nuevos recorridos, el orden del derecho demostró su caducidad.

Los Estados territoriales debían confiar la organización de la gestión del poder a una burocracia que debía ser capaz de fungir de mediación con un público siempre más extenso y siempre más cargado de expectativas con la posibilidad que tenían los Estados de estabilizarse al exterior era siempre más ligada a la disponibilidad de consenso al propio interior. El orden de la sociedad no encontraba más correspondencia en el orden de la naturaleza porque las nuevas diferencias habían invertido las viejas certezas. Y el nuevo orden del tiempo no era más el viejo tiempo de los órdenes, sino el nuevo tiempo del movimiento, del progreso, de la contemporaneidad de lo que no era contemporáneo y que precisamente por esto podía ser transformado. Y lo no contemporáneo era condensado en modo siempre más manifiesto en el viejo orden de la naturaleza.

Los nuevos conocimientos adquiridos con los estudios sobre la humanidad de los hombre dejan ver que las diferencias se explican en base a su unicidad. El nombre que se da a estas diferencias es cultura.

El viejo saber sobre la naturaleza del poder cede el puesto a la nueva ciencia del gobierno; los nuevos tratados sobre el gobierno explican que también el poder debe hacerse aceptar y debe disciplinarse. Del mismo modo se difunden las practicas de disciplinamiento de los cuerpos, los cuales son entre ellos diferentes y su diferencia justifica el aislamiento de la enfermedad mental, el aislamiento de la fealdad, de la enfermedad física, la exclusión de las clases peligrosas.

Son estos los presupuestos de la fractura del derecho natural y de su evolución en el derecho natural racional, el cual pone a disposición sus representaciones del hombre y las nuevas ideas sobre la individualidad de los individuos. Y, en efecto, las diferencias entre los particulares individuos pueden manifestarse sólo en el carácter de su singularidad. Y porque existen singularidades peligrosas, enfermas, sanas, ricas, pobres, cultas, dotadas de gusto o de religiosidad, es necesario que cada una de ellas sea una diferente manifestación de la única humanidad. La única distinción que las atraviesa todas es aquella entre ciudadanos de estados territoriales diferentes. Pero cada ciudadano es antes de todo un individuo. Incluso si, sólo como ciudadano es un individuo.

Sobre aquella fractura se delinea el horizonte que será iluminado por la idea de los derechos del hombre y del ciudadano. Ciertamente, el perfilarse de aquel horizonte fue hecho posible por luchas, por violencias y por resistencias. Pero si el resultado fue condensado en las Declaraciones del final del siglo, esto fue hecho posible por la disponibilidad de recursos semánticos que permitieron la formulación de aquel resultado en aquella forma.

El horizonte que se abría encerraba en sí, todavía una vez más, la paradoja de la unidad de la diferencia de cognitividad y normatividad. La fractura del viejo orden dejaba ver la rudeza del viejo fundamento de la naturaleza de la naturaleza y abría al nuevo fundamento de la naturaleza de la razón. Y este fundamento, a su vez abría a nuevas formas de estabilidad. La primera fue dotada por la idea del

contrato. Un esquema típico de la economía venía utilizado para describir la forma del poder moderno que exigía el consenso, para describir el espacio y los límites del poder mismo, para dotar una colocación a los individuos. Los cuales debían ser tratados como iguales y como ciudadanos, es decir, como originarios titulares del poder de estipular el contrato, pero, naturalmente, ellos adquirirían esta titularidad sólo en cuanto eran destinatarios de las consecuencias de la estipulación del contrato.

En otros términos, no era el contrato resultado de la unión de las voluntades, sino que eran los individuos los cuales se volvían titulares de la capacidad de querer a condición de ser ciudadanos, es decir, destinatarios de la calificación que a ellos atribuía el poder que ellos en este modo hacían legítimo mediante su reconocimiento. La validez y la fuerza del contrato no surgía de ninguna otra cosa que no fuera el contrato. La individualidad de los individuos era una construcción del contrato, precisamente porque ella era resultado de la negación de las diferencias, las cuales se manifestaban todas como iguales sólo mediante su adhesión a la estipulación del contrato. Los individuos, en otras palabras podían ser diferentes sólo porque eran iguales, es decir, sólo porque constituían el presupuesto indiferenciado de la validez del contrato. En ausencia del contrato los individuos no habrían sido más individuos. Ellos son titulares de los derechos a ellos atribuidos: sólo que esta atribución viene realizada respecto de todos. Porque todos pertenecen al mismo género, que es el género humano. La diferencia entre los géneros y las especies que la ciencia moderna fue elaborando, está toda aquí, en esta filosofía de la historia.

Y en efecto, se trata de una filosofía de la historia, de una construcción del mundo que se estabiliza sobre la deconstrucción de un orden de la sociedad que no estaba más en condiciones de mantenerse.

3.

Si nosotros, sin embargo, no observamos el mundo con los ojos de esta filosofía, sino observamos esta filosofía con los ojos del mundo, veremos lo que ella impide ver. Y, en efecto, si el contrato construye los individuos como titulares del poder de estipular un contrato, el problema que se perfila de inmediato es el modo en el cual los individuos vienen tratados como relevantes. Es esta la cuestión central de esta filosofía y el motivo por el cual ella viene producida y cuidadosamente elaborada hasta nuestros días.

Los individuos son actores y destinatarios de la comunicación social. Su relevancia se construye en la comunicación social. Todos son relevantes porque cada uno de ellos participa de la comunicación social: cada uno de modo diferente, pero todos del mismo modo.

La diferencia en su participación, sin embargo, no puede ir más allá de los límites de la compatibilidad con los otros y de la aceptabilidad por parte de los otros. A estos límites es necesario dar un nombre. Y entonces, si el espacio de las diferencias puede ser indicado como *individuo*, el destinatario de la titularidad de aquel espacio, será indicado como *persona*.

Cada uno es una persona; persona generaliza las individualidades, las presenta como lo que en cada uno es socialmente determinable y disponible a la comunicación; la otra parte permanece el individuo, que en su forma abstracta, se llamará hombre. Cuando se vuelve destinatario de la atribución de cualificaciones externas, cuando le viene atribuida capacidad jurídica, el individuo se vuelve persona, se vuelve referencia de la comunicación social. Su cuerpo no es destinatario de atribuciones sociales, excepto que como requisito de la exclusión, éste es ya una cuestión privada, a decir verdad, éste viene degradado. Es ésta la otra parte de aquella identificación que se llama persona y que en la interacción social puede aparecer sólo como algo indiferenciado, porque une a todos. Sólo en su exaltación estética el cuerpo se vuelve imagen, figura, rasgo, línea. Todo el resto, comprendido el lenguaje que lo denota, está abajo, es vulgar, es escondido por la persona. Persona es la forma de la accesibilidad de cada uno a la comunicación social. Y esto en el doble significado: ***de lo que de un individuo entra en la comunicación y de esto a lo cual la comunicación accede.***

En cuanto personas todos los hombres son incluidos en la comunicación social, porque cada uno participa. Persona es la identificación, la delimitación de las posibilidades de comportamiento. En este sentido persona delimita el espacio de la inclusión de cada uno, es decir, delimita su capacidad social de actuar. Y esta delimitación es política, económica, moral, religiosa: ella no excluye ninguno, porque ninguno puede ser excluido de la sociedad; ella describe solamente el espacio que puede ser ocupado por cada uno sin que por esto deje de ser el espacio de todos. Las diferentes formas en las cuales estas delimitaciones se manifiestan son todas universalmente inclusivas y lo que antes era natural, ahora viene tratado como social, es decir, las viejas atribuciones de estatus ahora se vuelven roles que en la comunicación social figuran como posiciones sociales de los individuos tratados como personas. Persona no es un objeto particular, es la forma de una distinción entre eso a lo que la comunicación social puede conectarse y lo que debe quedar en la sombra y que, si es hecho visible, puede ser atribuido a la persona.

Podemos decir que la delimitación del espacio del comportamiento que se identifica como persona hace posible el actuar moderno porque cada uno, en cuanto persona, expone la propia disponibilidad a acceder a la comunicación a la aceptabilidad de la forma mediante la cual el otro declara la propia disponibilidad. La identificación de cada uno como persona estabiliza un actuar social que es doblemente contingente, en el sentido que su previsibilidad depende ya de complejos de expectativas de expectativas de comportamiento. La sociedad afronta y resuelve su problema fundamental del orden mediante el tratamiento de los individuos como personas. Las personas dan estabilidad a este orden, porque ellas hacen posible la institucionalización de las expectativas de comportamiento.

De este modo la comunicación social incluye a todos. También los excluidos son incluidos. Es imposible mantener la vieja política de la exclusión, aquella que había sido típica de la Edad Media. Y por esto también la exclusión viene tratada en la forma de la inclusión. Los manicomios, las casas de trabajo, los cuarteles, los hospitales son lugares de la exclusión que se justifican por su función inclusiva, terapéutica, educativa, de recuperación, o bien porque el saber de la inclusión les trata como amenazas que deben ser tenidas bajo el control de la inclusión.

El orden social adquiere caracteres nuevos. La misma idea del contrato implica esta nueva representación del orden. Los individuos, se vuelven personas mediante el contrato social haciendo manifiesta con el contrato mismo su disponibilidad a aceptar la consiguiente organización de la acción que es inmanente al contrato mismo. El orden de la sociedad reproduce el orden de las acciones: el contrato civiliza a los individuos haciéndoles personas y civiliza la acción haciéndola capaz de orientarse a la estabilización del orden social. Como los Estados territoriales pueden activar una economía política de la disponibilidad de los recursos y de su endeudamiento, así los individuos pueden organizar una economía lógica de las acciones y vincular la coherencia de su función social como personas a las pretensiones de la comunicación política, jurídica, económica. Esta coherencia obtiene particular reconocimiento en la comunicación, no ciertamente por su carácter moral, sino porque hace la acción misma objeto de expectativa y por tanto de previsión y de calculabilidad. Éxito o fracaso, aceptación o rechazo, ahora dependen de la capacidad de la acción de las personas singulares de coordinarse, orientándose a las pretensiones del específico ámbito en el cual se realiza la acción social. Y este ámbito puede ser aquel de la ciencia o de la educación, de la familia o de la economía. Cada uno de ellos dispondrá de formas propias de la selectividad de lo que funciona y de lo que no funciona, de lo que se enlaza y de lo que no se enlaza. Y cuanto más las acciones serán confiadas a estas formas diferentes de la selectividad, tanto más los particulares individuos podrán afirmar su individualidad en base al éxito o al fracaso, al reconocimiento o al rechazo de sus acciones. Este orden de la sociedad no depende más de las voluntades o de las representaciones de las particulares individualidades, no depende más de sus fines de la acción: éste ya es el orden de la comunicación social que usa las personas como su referencia, como haz de atribuciones.

4.

El correlato semántico a través del cual en el universo del derecho se sedimentan al mismo tiempo las condiciones y las garantías de este orden de la sociedad, son los ***derechos de los ciudadanos y los derechos humanos***. Ellos están implícitos en el contrato, pero vienen reflejados como consecuencias del contrato, ellos vienen tratados como vínculos del Estado territorial, incluso si son concedidos por el Estado territorial y reflejan su poder. Ellos vienen configurados como universales porque el acceso a la comunicación social debe ser universal. Ellos vienen llamados derechos humanos, pero en realidad son atribuidos o reconocidos como derechos de las personas. Y, en efecto, no es por casualidad que se dice que los hombres deben ser tratados como personas: es decir, los individuos deben ser tratados como igualmente capaces de acceder a la comunicación social, con exclusión de las diferencias, las cuales son abandonadas a la eventual singularidad de los individuos, en el siglo diecinueve se dirá: a su asociabilidad. Incluso si después esta clausura devendrá interioridad heroica o artística. Todos deben ser tratados como personas.

Estos derechos sustituyen el viejo derecho natural, y en efecto se dice que los hombres por naturaleza nacen iguales en el derecho. Ninguno puede ser excluido de la sociedad por nacimiento, así

como a ninguno puede ser impedido el acceso a la comunicación social. Y, en efecto, todavía en 1896 la Corte Suprema de los Estados Unidos, en materia de segregación racial, podía justamente afirmar la teoría: "separados, pero iguales". La igualdad, esta igualdad, permanece en cada caso, también en regímenes de segregación.

Los primeros entre los derechos que son atribuidos como fundamentales son aquellos de naturaleza patrimonial, los derechos de acceso al sistema de la economía, los cuales son conectados a la vida y a la supervivencia. Pero a ellos debe ser correlacionada la libertad y la igualdad, porque el espacio de los primeros no puede ser contenido por restricciones del espacio de los otros. Pero también porque el acceso a la economía abre el espacio a concretas desigualdades las cuales pueden ser contenidas por la disponibilidad no condicionada al acceso a otros ámbitos de la comunicación social. Una particular igualdad que produce desigualdad. Naturalmente el plano sobre el cual este tipo de atribuciones se mueve es el plano de las expectativas, las cuales, como dicen los juristas, son adscritas por una norma jurídica. La cual garantiza que la acción se efectúe sin amenazas por parte del Estado y sin constricciones. Pero al mismo tiempo se sabe que sólo el Estado puede dotar garantías contra las amenazas que pueden ser hechas a la acción de los individuos. La condición de la libertad es, en efecto, el monopolio de la fuerza por parte del Estado. Precisamente como está previsto en el contrato. Pero esta adscripción de la libertad a los individuos adquiere también otro significado. Y, en efecto, la libertad hace posible el reconocimiento de la acción mediante la imputación: cada acción debe poder ser atribuida a un individuo, a una persona la cual, precisamente por esto, debe ser tratada como libre. Este tratamiento de la acción y esta posibilidad de su imputación a la persona, es decir, al individuo en su totalidad, civiliza el derecho penal y transforma el significado de la ejecución de la pena.

Pero hay todavía otra cualidad que viene atribuida a la persona. Otras sociedades conocían el honor. Ésta era una característica exclusiva de determinados individuos en su singularidad: estaba ligada al nacimiento, a la familia, al estatus. Éste debía ser conservado mediante el actuar conforme a las expectativas o bien podía ser perdido porque el actuar violaba, precisamente, aquellas expectativas. El honor se defendía de las agresiones en el respeto de las normas que regulaban la pertenencia de estatus. Este honor permanece como un residuo antiguo y se conserva ya sólo como cualidad de individuos al interior de organizaciones que construyen la medida de la reputación en relación al respeto de rígidas normas de pertenencia.

La acción social de la sociedad moderna requiere en cambio otras formas de coherencia, otro género de caracteres del actuar del particular individuo que construye socialmente su personalidad. Se requiere coherencia en la comunicación social, en la expresión de la propia individualidad, en la autorepresentación de sí. Se trata de coherencia en el complejo de la interacción no obstante las diferencias de roles sociales, se trata de comportamientos de disponibilidad a la construcción de redes de expectativas construidas sobre la estabilidad del recíproco esperarse. Y, como acontece para la libertad, también el Estado debe respetar estos requisitos de la construcción social de la identidad personal de los

individuos. Esta consistencia de la representación social del **si** se llama dignidad. Ella sustituye la arcaica rudeza del honor.

Dignidad no es una cualidad natural del hombre y tampoco un valor y tampoco una atribución. Ella es la conciencia de la propia individualidad que el individuo puede exhibir a sí mismo y a los otros como espacio socialmente reconocido por la aceptabilidad social de su actuar. Más que intocable, la dignidad es altamente vulnerable, basta una palabra para que ella sea estropeada. Para esto ella debe ser fuertemente protegida por el Estado, pero también contra el Estado.

Si la dignidad describe las condiciones de la interna coherencia del individuo y la libertad las condiciones de la coherencia externa, la libertad de expresión y de pensamiento tienen la función de mantener abierto el espacio para orientaciones y para direcciones diferentes de la comunicación social y para la generalización de las expectativas correspondientes. La civilización de la acción requiere la simultánea civilización de las expectativas de comportamiento, porque sólo así pueden estabilizarse ámbitos dotados de sentido y diferenciados del actuar social.

Este orden social se vuelve crítico para el Estado y para la política: en los puntos críticos de alta sensibilidad operan los derechos humanos. Como ha probado en un espléndido trabajo de hace medio siglo Luhmann, ellos estabilizan la distancia necesaria entre el sistema político y aquellos procesos sociales los cuales actualizan los presupuestos de la moderna diferenciación de la sociedad.

5.

Los derechos humanos no son ni derechos superiores al derecho, ni son más humanos que el derecho. Ellos son condiciones institucionalizadas de la civilización de las posibilidades de actuar que contribuyen en modo decisivo a la estabilización de la modernidad típica de la sociedad moderna. Y lo hacen en un modo muy particular. Mientras el derecho opera como técnica de inmunización de la sociedad contra sí misma, los derechos humanos inmunizan el espacio en el cual se mantiene la diferencia entre política y derecho. Ellos, por lo tanto, inmunizan contra la política y contra el derecho en un modo paradójico: ellos mantienen la diferencia porque sólo en virtud de la diferencia se hace legítima la expectativa de transformar expectativas sociales en pretensiones políticas y éstas en expectativas jurídicamente garantizadas y de realizar todo ésto mediante la proclamación de las mismas expectativas como derecho. De este modo los derechos humanos impiden la ocupación política de la sociedad.

Por esto los derechos humanos vienen primero declarados, se asoman junto a los derechos del ciudadano y, cuanto más se extiende la incapacidad del Estado de dotar garantías de la universal simultaneidad de las divergentes direcciones del actuar de los individuos y de los grupos, tanto más ellos se diferencian de los simples derechos de los ciudadanos y se universalizan. Después ellos vienen constitucionalizados, es decir, vienen colocados expresamente al interior de aquellos programas que son las constituciones. Ellos encuentran en las constituciones una colocación que quisiéramos llamar natural, porque las constituciones, en las cuales se condensa la unidad de la diferencia de política y derecho tienen

la declarada función de mantener abierta precisamente la diferencia de derecho y política y de impedir que uno interfiera en el otro o que bloquee la riqueza de la estructura.

El pensamiento jurídico moderno y contemporáneo trata los derechos humanos como valores universales, como principios que serían aplicables inmediatamente, y produce de esto modo expectativas privadas de fundamento. Porque los principios no pueden ser aplicados, así como los valores, los cuales reciben determinaciones de sentido después que la decisión ha sido tomada y tienen la función de legitimar o una o la otra de las direcciones posibles de cualquier alternativa. Su función es aquella de hacer legítimo el conflicto, no de evitarlo o de resolverlo. Basta mirar las justificaciones de las más grandes atrocidades del presente para darse cuenta de la realidad de esta afirmación.

Surgen, pues, **tres complejos de problemas**. El pensamiento jurídico contemporáneo los confunde y contribuye así a producir una peligrosa metafísica de los derechos humanos, mientras él mismo incurre en un inextricable complejo de paradojas.

El primer problema es aquel relativo al **fundamento**. El pensamiento jurídico funda los derechos humanos sobre la igualdad, o bien sobre la igual dignidad, o bien sobre la innata libertad de cada hombre. Después afirma que los hombres deben ser tratados en modo igual, como libres y dignos. Permitaseme una cita: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, dice por ejemplo el art. 1 de la Declaración universal de los derechos humanos, recordando el primer artículo de la Declaración de 1789. Por esto los derechos en los cuales ha sido afirmada la igualdad son aquellos que, garantizando las diferencias personales y reduciendo las desigualdades materiales, aseguran el (igual) valor o la (igual) dignidad de todas las personas: por un lado los derechos de libertad, o sea los derechos de cada uno a la libre expresión y al respeto de las propias identidades y diferencias; por la otra parte, los derechos sociales, o sea aquellos derechos cuya garantía sirve para reducir las desigualdades económicas asegurando a todos los mínimos vitales. En ambos casos la igualdad es correlativa a lo que asumimos como valor o dignidad de la persona: la vida, la libertad personal y las otras libertades consideradas fundamentales, la autodeterminación civil y política, la sobrevivencia. Si queremos que tales valores sean satisfechos, la técnica jurídica a tal fin idónea es su formulación normativa como derechos fundamentales*”. Aquí encontramos que los derechos humanos son racionalmente fundados sobre la naturaleza del hombre, pero pertenecen, es decir, son atribuidos a la **persona**, ellos son valores construidos en base a una filosofía de la razón, pero existen, en el sentido que son positivos; su universalidad **es** y al mismo tiempo **debe ser**, su catálogo debe ser continuamente alargado; ellos son estipulados, pero no se sabe si son estipulados por convención contractual o sólo por convenciones semántico-definitorias; y, sin embargo, en cuanto ellos son positivamente estipulados, existen y, por tanto, la ausencia de sus garantías constituye un incumplimiento del Estado -obviamente; porque ellos existen y realizan las condiciones de la igualdad y de la libertad de todos, ellos hacen posible una *democracia sustancial*. La cual existe también ella, dado que la eventual ausencia de sus modalidades de ejercicio constituye incumplimiento del Estado. Si después tienen valores y quieren que sean satisfechos, formúlenlos como derechos humanos!

¿Y saben qué cosa acaecería si el individuo, descuidando de ser persona, imaginando ser un hombre, tomara en serio estas afirmaciones y pretendiera el reconocimiento de esto respecto a lo cual el

Estado es **incumplidor**. Él tendría el final de Michael Kohlhass, el gran héroe trágico de la comedia del derecho espléndidamente relatada por Kleist: moriría de ejecución capital, feliz de haber realizado su derecho a tener derecho.

Los sostenedores de esta metafísica que con término refinado se llama *neonstitucionalismo*, transforman condiciones generalizadas del actuar civilizado en valores, confunden la forma, es decir, la persona, con la sustancia; después excluyen la sustancia y confunden la lógica con la historia, como decía un viejo filósofo. Después intercambian las teorías con las elecciones políticas y confunden los regímenes teóricos con los regímenes políticos. Y, en efecto, si hasta ahora el imperio de los derechos humanos no se ha realizado, la responsabilidad debe ser atribuida a malas teorías, como el *positivismo*. Que probablemente debería ser prohibido, dada la responsabilidad histórica que lleva sobre las espaldas, y que llega hasta la infamia del nazismo. Estos neometafísicos sostienen que la observancia de la ley lleva a los regímenes. Una absurdidad. Ayunos de historia y sedientos de metafísica, no saben que en Wannsee el 20 de enero de 1942 habían sólo funcionarios ministeriales con las cartas que sudaban de escualidos valores que ellos trataban como universales, y que los juristas alemanes usaban construcciones de tipo iusnaturalista –basta leer para darse cuenta– que justificaban interpretaciones las cuales llevaban a sistemáticas violencias ideológicas de la corrección semántica, de la lógica y de la aceptable sensatez de la argumentación. Que es después lo que sin ideología se entiende como positivismo.

Siempre el lenguaje de los juristas de régimen y de los filósofos de régimen desborda de valores, de justicia y de metafísica. Convencidos que las teorías construyen realidad predicán el imperio de los valores como la forma que realiza la democracia sustancial: una expresión que, si no el conocimiento de la historia, al menos el pudor podría sugerir evitar. Si nos falta el socialismo real es sólo porque la metafísica de la igualdad deja intactas las desigualdades reales de las cuales obviamente los filósofos no se encargan.

El segundo complejo de problemas es aquel que más de cerca nos interesa. Manejar los derechos fundamentales significa manejar paradojas. Los juristas las esconden, incurren en otras todavía más amenazadoras y al final su mismo lenguaje, si no estéril, se vuelve amenazador también él.

Los juristas tratan los derechos humanos como derechos pre-positivos y, por tanto, precisamente por este carácter suyo, como inalienables, indisponibles, inviolables, intransigibles: ¿pero por qué, una vez que han sido formulados, deben después ser positivizados? Sólo si permanecen pre-positivos, ellos continúan siendo inalienables e inviolables e indisponibles. Su forma positiva es una especificación, una unilateralidad, una delimitación, respecto a la cual hay siempre una alternativa, porque el carácter de la universalidad es precisamente aquel de ser unidad de diferencias. ¿Y cómo se puede determinar una diferencia sin considerar las otras?

Los derechos humanos son tratados por los juristas como universales e inmediatamente válidos: ¿pero, entonces, por qué su validez se manifiesta sólo mediante su violación?

Y todavía, ¿quién delimita la extensión de la universalidad de un derecho humano? ¿Quién determina, en otros términos, el espacio de la igualdad o de la libertad como derechos humanos? ¿Quién es el observador?, decimos nosotros.

Todavía los neoconstitucionalistas dicen: los derechos humanos son *indecidibles*. Y es precisamente esta la paradoja constitutiva de los derechos humanos. Y en efecto: con esta expresión ellos entienden decir que sobre los derechos humanos no se puede decidir, que ellos no tienen alternativa. Y, para confirmar esta impresión ellos afirman que se decide en base a los derechos humanos. Y que este decidir realizaría aquellos derechos. Consideramos el pensamiento expresado en esta cita: “*La actuación constitucional, por tanto, la democratización de la sociedad y la realización de los derechos está encontrando en la magistratura un nuevo protagonista. Cambia la concepción de la interpretación jurídica: no más actividad técnica, deducción mecánica, silogística, sino elección, valoración de los intereses, referencia a valores y a principios (lato sensu políticos)*”.

Heinz von Förster decía que sólo **lo que es indecible se puede decidir** (*nur über das Unentscheidbare kann entschieden werden*). Y, en efecto, sólo sobre un derecho fundamental es posible decidir, porque se trata de construir la determinación que le da sentido. Todas las otras decisiones están ya decididas. Pero el sentido, la delimitación de la igualdad, así como la determinación de la tutela, es decir, de la vivibilidad de la vida, así como el sentido, los límites, la extensión del derecho fundamental de la dignidad, su contenido, la valoración de los intereses, todo esto debe ser decidido, y puede ser decidido precisamente porque es indecible. Esto significa la referencia a valores y a principios que está proclamado en el fragmento que hemos referido.

Determinar la unidad de la diferencia de **individuo y sociedad**, esto significa decidir sobre lo que es indecible. Y esta es la ulterior paradoja que intentan esconder aquellos que manejan los derechos humanos.

6.

Sin embargo, la paradoja resurge y con violencia siempre más fuerte.

Realizar los derechos y la supremacía de la constitución; poner los derechos como fundamento del orden social; tratar los derechos como moral positiva: son fórmulas vacías de un romanticismo decadente, expresiones de una exaltación ideológica que amenaza el orden diferenciado de la sociedad moderna.

Y, en efecto, los derechos fundamentales no son determinaciones materiales de sentido, no son directivas o prescripciones para el actuar: en cuanto indecibles, ellos son condiciones de la decisión, pero la decisión puede ser sólo política, así como el derecho puede ser sólo derecho del Estado y debe poder ser éste mismo objeto de transformación. Los derechos fundamentales no son determinaciones de sentido, pero permiten observar las especificaciones de sentido del derecho mediante la indiferenciada semántica que les hace universales. Los derechos fundamentales no producen orden de la sociedad, sino que contribuyen al mantenimiento del orden de la diferenciación de la sociedad moderna y a determinar los límites que surgen de la diferenciación de los sistemas sociales y de sus recíprocas dependencias. No hay una positivización de un principio universal. Hay decisiones políticas que son determinaciones positivas de

sentido, las cuales contienen una alternativa posible entre aquellas que se consideran incluidas en la universalidad de sentido del principio.

El problema de la juridificación de los derechos fundamentales, entonces adquiere un significado completamente diferente de aquel pretendido por los románticos de los valores.

El orden de la diferenciación de la sociedad moderna se caracteriza por la universal inclusión de todos en la comunicación social. Cada sistema incluye de modo diferente, es decir, atribuye diferente relevancia a los particulares individuos. La relevancia que viene atribuida es relativa al modo en el cual cada uno es **tratado como persona**. Ahora bien, en la construcción de la relevancia de los particulares individuos este orden es capaz de producir y de tolerar grandiosas diferencias, es decir, insuperables desigualdades en la distribución de las posibilidades reales del acceso a los bienes públicos.

De esto modo el entero orden social es atravesado por una fractura, por una separación, es decir, es atravesado por una distinción universal que es la **diferencia entre inclusión y exclusión**. Y nosotros sabemos que en la exclusión se producen interdependencias que llevan a una amplificación destructiva de la violencia de la exclusión. Cuanto más se extiende la inclusión, tanto más incumbe, amenazadora, la exclusión y tanto más aquella incumbencia se vuelve trágica realidad.

Quien tiene escasas posibilidades de acceso a la formación, tiene todavía más escasas posibilidades de acceso al trabajo; quien no tienen formación, no accede a la información y quien no accede a la información no está en grado de dar consenso conciente; quien vive de su trabajo, se vuelve víctima de las políticas de rigor hechas necesarias por la especulación; la extracomunitaria que trabaja clandestinamente, porque legalmente no encontraría trabajo, arriesga la expulsión y si viene expulsada, pierde la dignidad; quien es reducido al hambre, mientras antes tenía un trabajo, no tiene más dignidad ni a los ojos de los otros, ni a los ojos de sí mismo. Los inmigrantes que llegan a Italia de los países de África, son encerrados en cárceles por hombres libres e inculpables; si después mueren en el mar porque los cacharos que les transportan se hunden, una vez que sean repescados, son números sin nombre.

Y todavía: el enredo entre economías locales y finanza internacional ha producido volúmenes grandiosos de endeudamiento y ha extendido de modo indefinible la pobreza: quien pierde el trabajo, es igual sólo a aquellos que no tienen trabajo; y si no hay trabajo, no sirve la participación democrática, porque en todo caso se ha perdido la libertad. La financiarización de la economía ha producido una incontrolable expansión de la pobreza y un incontrolable incremento de la riqueza para un número siempre más limitado de individuos. La mayor parte de los individuos vive en la exclusión: y en la exclusión queda el cuerpo privado de la individualidad de la persona.

Y todavía: también nuestro saber está en la exclusión. Nosotros construimos la realidad mediante nuestro no saber. Nuestro acceso al saber está filtrado por una cantidad incontrolable de selecciones de sentido, respecto a las cuales nuestro poder de selección está absolutamente excluido. Esto significa que accedemos a la realidad construida en otro lugar. Hablamos lenguas de otros y consideramos que nosotros somos los titulares de los significados que producimos. Esta autoexclusión un tiempo se llamaba cosificación. Y, por tanto, también aquí, objetos, cuerpos sin significado propio.

Y todavía: la segunda mitad del siglo pasado ha vivido de la certeza que democratización de la política, positivización del derecho, conocimiento científico se habrían igual y rápidamente difundido en el mundo y se habrían adquirido niveles más altos de desarrollo, como se decía. Después, sin embargo, el orden del mundo manifestó su estructura tribal como orden internacional y se ve que al interior de los Estados operaban formas de la diferenciación muy diferentes de aquellas que se habían afirmado en occidente, no obstante si sistemas sociales como la economía, la ciencia habían alcanzado niveles universales de diferenciación. La paz y la democracia fueron confiadas a la guerra. Las consecuencias están bajos los ojos de todos: lo que realmente se ha universalizado es la violencia de la exclusión, su inmediatez, su brutal visibilidad.

Y ya que en la exclusión los individuos son constreñidos a una más fuerte integración, se estabilizan redes de la inclusión de los excluidos, que generalmente tienen carácter criminal, los excluidos son visibles como *el otro*, viven en los barrios marginados de las ciudades, se unen en barrios fuera de las ciudades, son espacialmente identificables. Son de otro color, de otra religión, son diferencias visibles como cuerpos.

Parece que la sociedad sea ocupada por cuerpos. Todavía una vez. Como era al final del viejo mundo, cuando la modernidad todavía no se había ni siquiera perfilado.

Cuerpos: cuerpos eventrados en guerra, cuerpos hechos pedazos por los enfrentamientos étnicos, cuerpos consumidos por los gases, por las armas químicas, cuerpos de inmigrantes, cuerpos de clandestinos muertos y de clandestinos vivos, la única verdadera diferencia, vidas desnudas y muertes desnudas.

Parece que la sociedad se orienta, una vez más a los cuerpos. Y ya que los cuerpos son fácilmente identificables, hay muchos, se puede elegir como se quiere: como la fuerza de trabajo, cuando la oferta es así de alta, también la vida vale siempre menos. En Nápoles, matar cuesta doscientos/trecientos euros. En Ciudad Juárez cuesta todavía menos. En Irak es gratis.

Reemergen los cuerpos: fuerza física, violencia, inmediatez de las necesidades, disponibilidad a la agresión, miedo por la propia vida. Todavía y siempre los cuerpos, sin presente, sin futuro.

Reemerge siempre la paradoja ***de la unidad de la diferencia de individuo y sociedad***.

Como Fabiano, el protagonista del relato de Graciliano Ramos, que *precisava chegar, não sabia onde*, también la sociedad moderna se mueve, debe correr, debe llegar, pero no sabe a dónde.

Puede que una vez más, en la historia de la sociedad moderna, tal vez, los derechos humanos puedan contribuir a tratar los cuerpos como personas.