

El concepto político de los derechos humanos. Una disputa con la ética del discurso*

The political concept of human rights.
A dispute with the ethics of discourse

DOI: <http://dx.doi.org/10.14482/dere.50.0009>

Mauricio Andrés Gallo Callejas**

* Artículo de investigación que hace parte de nuestro trabajo de formación doctoral en el Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia titulado *Injusticia y esperanza. Judith Shklar y los derechos sociales humanos*. En tal condición, el artículo se adscribe al Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Medellín.

** Abogado, especialista en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, magíster y candidato a doctor en filosofía. maurogallo9@gmail.com

Resumen

Jürgen Habermas afirma que el concepto político de los derechos humanos deriva en la pérdida de la fuerza política explosiva de esta doctrina. El artículo da cuenta de tal crítica haciendo uso de las herramientas disponibles en la filosofía del derecho, concretamente, desde el concepto general de los derechos subjetivos y lo que en este trabajo denominaremos sus dimensiones posicional y descriptiva.

Palabras clave: Derechos subjetivos, dimensiones descriptiva y posicional, derechos humanos, concepto político, derechos anteriores, vínculos estructurales y sustanciales, dignidad humana.

Abstract

Jürgen Habermas has argued that the political concept of human rights derives in the loss of the explosive political force of this doctrine. This paper gives account of such criticism making use of the tools available in the philosophy of law. Specifically, from the idea of rights in general and what this paper will label its positional and descriptive dimensions.

Key words: Rights in general; descriptive and positional dimensions; human rights; political concept; earlier rights; substantial and structural links, human dignity.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2017
Fecha de aceptación: 22 de mayo de 2018

1. INTRODUCCIÓN

Entre las múltiples taxonomías de la actual disputa por la delimitación conceptual de los derechos humanos sobresale, por su pertinencia para el presente artículo, la ofrecida por Baynes (2009), a saber: las tradicionales (y tercamente sobrevivientes) concepciones *as a natural rights* (Nussbaum, Griffin); los enfoques propios de la ética del discurso (Habermas, Forst, Benhabib); y, los estrictamente políticos (Rawls, Beitz, Ignatieff, Pogge). Eso sí, con una única y necesaria adición, los enfoques provenientes de *nuestro* mundo, el de los juristas (Ferrajoli, Alexy).

Tal pertinencia se deriva de un artículo cuyo objeto llamaré *parcialmente* descriptivo, ya que nuestra intención es dar cuenta de ese bando cuya figura gestacional es Rawls (1999) y que podemos presentar como constitutivo de una rama tan *específica* como *reciente* de las reflexiones abstractas acerca del poder: la teoría política de los derechos humanos (Beitz, 2012). Específica, puesto que bajo esta alternativa los derechos humanos son entendidos como el resultado de una crucial separación, esto es, frente a los derechos de la justicia (liberal), a los derechos morales universales; “[*they*] are only a proper subset of the rights required by justice” (Cohen, 2006, p. 232). Gracias a tal separación dicha teoría adquiere su propio objeto de reflexión, diferenciado del objeto de las tradicionales teorías de la justicia, o para utilizar una expresión cada vez más común, de las diversas *right-based theories of justice*. Y es reciente, en la medida en que ofrece un concepto de los derechos humanos entendido en los términos de *ruptura* dentro de “*the history of rights*” (Moyn, 2010, p. 12); esto, sin importar que entre sus defensores no haya plena coincidencia ni sobre la secuencia histórica que permite ilustrar tal ruptura ni con respecto al momento de su ocurrencia. Tomando prestada la expresión de Pettit (1999), sin importar, entonces, que tal concepción sea *una gran iglesia*.

Explicando mejor esto último, basándonos en Jean Cohen (2012), es posible hablar de las siguientes cuatro etapas en el uso político del lenguaje de los derechos: la de las revoluciones liberales, siglos XVIII y XIX; la de la retórica internacional, época de la guerra fría y caracterizada por ser “*elite dominated and UN-focused discourse of diplomats*

and state executives" (p. 171); la posterior oleada internacional, décadas de los setenta y ochenta del siglo anterior; finalmente, la etapa de la intervención humanitaria, década de los noventa en adelante, o en sus palabras, *the discourse of enforcement* o *the responsibility to protect* (R2P). De acuerdo con la mayoría de concepciones políticas, esta rama se enfoca y nace con la última etapa (Rawls, Raz, Williams). Y decimos la mayoría, puesto que mientras la misma Cohen propone un concepto político que inicia (o nace) con la tercera, para Moyn (2010) es únicamente en ella, en la década de los setenta, donde nacen los derechos humanos (toda vez que al llegar a la cuarta aparece su actual crisis), o, en contraste con todos los anteriores, Beitz (2012) asegura que tal origen ocurre directamente en la segunda etapa. Así, sea cual sea la opción escogida, lo que queda claro es el talante reciente de esta rama de nuestra filosofía política.

Regresando a nuestra descripción, ella estará limitada a un único punto de la actual disputa y que vemos como la más seria crítica a estas concepciones, proveniente del bando de la ética del discurso, directamente desde Habermas (2012): la pérdida de la fuerza política explosiva de los derechos humanos, que le arrebató su connotación de lenguaje emancipatorio, fuerza y talante que se derivan de "*their exclusively moral content*" (p. 82), de la posibilidad de entender "*the origin of human rights in the moral notion of human dignity*" (p. 75). Por el contrario, y acorde con las concepciones políticas, es necesario refutar el mito universal más repetido acerca de tal origen, a saber: "[to] see human rights as an old ideal that finally came into its own as a response to the Holocaust" (Moyn, 2010, p. 6). Y es que los derechos humanos son una clase de exigencias normativas que tanto en sus significados como en sus prácticas políticas, bien como doctrina, bien como movimiento social, o en "*the realm of thinking as in that of social action*" (p. 5), resultan abiertamente diferentes a esas otras exigencias que el mismo Moyn denomina *the earlier rights*; es decir, sean todos los derechos anteriores a la década de los cincuenta (Beitz), de los sesenta (Cohen, Moyn) o de los noventa (Rawls y los demás).

Ahora bien, utilizamos arriba la expresión <<parcialmente>> en tanto que tal descripción estará construida desde un par de elementos originales. Uno, el centrar la discusión en la pregunta por el tipo de vínculos que

resulta posible trazar entre los derechos humanos y los llamados *earlier rights*, para lo cual no solo partiremos de nuestra secuencia histórica, esto es, (i) derechos naturales, (ii) derechos legales del Estado liberal decimonónico, (iii) derechos constitucionales fundamentales y (iv) derechos humanos; sino que, además, estableceremos diferencias entre dos tipos de posibles vínculos, los estructurales y los sustanciales. El otro elemento original nos lleva a plantear tal pregunta desde el trabajo de los filósofos del derecho, esto es, indagando por la plausibilidad de un *concepto general de los derechos subjetivos* (en adelante CGDS), que además de *the earlier rights (i-iii)* incluya a los derechos humanos (iv), bajo dos enfoques de filosofía del derecho: los de Ferrajoli y Alexy¹; nuestra intención será utilizarlos como base para identificar eso que proponemos llamar los ámbitos posicional y descriptivo de tal CGDS.

El resultado de ambos elementos originales será, pues, el esbozo de un concepto político de los derechos humanos que, como categoría específica del CGDS (2), se hace inteligible, primero, dentro de la dimensión posicional gracias a sus semejanzas estructurales (3.1) y a sus lejanías sustanciales (3.2) con *the earlier rights*; y, luego, dentro de la dimensión descriptiva, desde sus diferencias sustanciales (3.3). Una de las combinaciones restantes, las semejanzas estructurales *human-earlier rights* propias de dicho ámbito descriptivo, será precisamente el lugar en donde aparece, adquiere plena forma, el poderoso reclamo habermasiano (3.4).

¹ Es más que pertinente advertir desde ya que el autor conoce bien las diferencias entre ambos autores. De hecho, es su lejanía la que lo motiva a aproximarse a los dos enfoques sin ninguna intención de reconciliarlos. Dicho con mayor detalle y acudiendo a Raz (1984a), cada una de estas posturas es expresión (en el punto más alto de desarrollo) de las dos posibilidades iusteóricas que agotan el rango de opciones para enfrentar la pregunta por el CGDS. Mientras que Ferrajoli da cuenta de aquella que presupone una insalvable brecha entre los diversos ámbitos de nuestro razonamiento práctico, o que al menos da por sentada la vieja dicotomía entre lo moral y lo jurídico, Alexy encarna a quien está convencido de que tal idea tiene sentido justamente para establecer puntos de contacto entre exigencias normativamente diferenciadas. Así, mientras aquel apuesta por un CGDS dirigido a exigencias aisladas dentro de un (supuestamente) hermético concepto jurídico, para este último de lo que se trata es de acudir a un concepto que permita dar cuenta de la relación necesaria entre los diversos ámbitos de la moralidad política.

2. EL CONCEPTO GENERAL DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Comienzo, pues, con Ferrajoli (2011) y una propuesta para el CGDS expresamente formulada en un par de pasajes que transcribimos de inmediato. El primero establece sus dos nociones básicas: “[...] <<derecho>> es todo *interés* jurídicamente protegido por su calificación como *expectativas* en la realización o en la omisión de actos” (resalte propio, p. 606). El siguiente vincula ambas nociones, expectativa e interés, con una tercera: la de obligación, y así las conduce directamente al ámbito de las relaciones deónticas:

[...] El derecho subjetivo es identificable con cualquier interés jurídicamente tutelado por el *deber* de otros de respetarlo: o, lo que es lo mismo, por la *garantía* representada por la obligación de satisfacerlo o por la prohibición de violarlo que se imputan a otros sujetos de la *relación* jurídica con su titular (resalte propio, p. 606).

Este tipo de relaciones entre expectativa y deber, entre “actos en cuya comisión exista un interés (positivo)” (Ferrajoli, 2011, p. 604) y la obligación de llevar a cabo tales prestaciones, así como entre “actos en cuya omisión exista un interés (negativo)” (p. 604) y la garantía establecida por la obligación de no realizar tales lesiones; constituyen la base de su CGDS. En sus palabras, de su redefinición, ya que se trata justamente de un intento de respuesta a la miríada de problemas que han dividido aguas entre concepciones de filosofía del derecho durante décadas.

Por razones de espacio, además de mencionar un único problema, lo reducimos a las figuras de Hart y Raz, y con ello, a la que consideramos la más reciente forma de traer de regreso la vieja disputa entre los defensores de la teoría de la voluntad (Austin) y los de la teoría del interés (Bentham). Citando a Hart (1984) tener un derecho es estar “*in a position to determine by his choice how X [titular de la obligación] shall act and in this way to limit X’s freedom of choice*” (p. 82). Por su parte, de acuerdo con Raz (1984b): “<<*X has a right*>> means that [...] *an aspect of X’s well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty*” (p. 183).

Uno de los grandes méritos de Ferrajoli está en la formulación de un CGDS que logra “conjuga[r] las dos tradiciones” (2011, p. 607). Ello, en la medida en que consigue integrar tales elementos del interés (Bentham-Raz) y de la voluntad (Austin-Hart), no con el equívoco ánimo de fusionarlos, sino de lograr una diferenciación adecuada, que explicamos.

El punto de partida: al ser definidos como expectativas los derechos quedan diferenciados de las modalidades, esto es, de aquellos otros términos propios de su construcción axiomatizada (primitivos) que en la forma de predicados diádicos ofrecen una calificación deóntica de ciertos comportamientos (acciones): permiso, facultad, obligación, prohibición, imperativo. De otra manera, mientras que las modalidades hacen alusión a situaciones activas, lo que para Ferrajoli (2011) significa realizadas por sus propios titulares; las expectativas, y con ello, todos los derechos, “son situaciones solamente pasivas” (p. 600), es decir, realizadas por sujetos distintos a tal titular.

Ahora bien, es claro que existen derechos que incluyen situaciones activas, por ejemplo, modalidades del tipo “facultades de actuar” (Ferrajoli, 2011, p. 309). Los casos más evidentes e interesantes, todos los derechos civiles, los políticos y el derecho real de propiedad: “sin duda son también potestades para realizar actos jurídicos, como adquirir, vender, votar” (p. 607). Sin embargo, viene su gran jugada: lo que los hace derechos subjetivos es el hecho de estar asociados a situaciones pasivas, a expectativas (en estos casos de no lesión), o lo que es igual, el hecho de ser situaciones jurídicas sumergidas dentro de dichas relaciones deónticas, protegidas por la existencia de obligaciones (de garantías) en cabeza de otros.

Por los lados de Alexy (1993), su propuesta puede ser presentada en los términos del mismo mérito. También se trata de una sofisticada versión que permite tanto incluir como dar un tratamiento diferenciado a los elementos del interés y de la voluntad. Ahora, a través de un CGDS dividido en las tres siguientes gradas o niveles (continuando la nomenclatura anterior): (v) derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas; (vi) la imponibilidad jurídica de tales derechos; y, (vii) razones para los derechos subjetivos.

En el primero de tales niveles coinciden ambos autores. También para Alexy se trata de un concepto construido desde la relación entre la expectativa de un sujeto y la obligación de otro. Y ello sin importar que hable de relaciones triádicas ($DabG$) entre un portador o titular del derecho (a), un destinatario u obligado (b), y un objeto (G). Al fin de cuentas las mismas relaciones lógicas formuladas por Ferrajoli (interés en una comisión y deber de una prestación; interés en una omisión y deber de no lesión) aparecen en aquel desde dicho tipo de relaciones triádicas: $\langle\langle a$ tiene frente a b el derecho a una acción negativa (G) $\rangle\rangle$, $\langle\langle b$ tiene frente a el deber de una acción positiva (G) $\rangle\rangle$, etc.

Resaltar esta similitud resulta crucial puesto que es aquí y de la mano de ambos autores, donde nos proponemos hablar de la dimensión posicional del CGDS. Y ello para afirmar que los derechos no son más que “un juego de lenguaje mediante el cual creamos realidad social” (Arango, 2005, p. 48); “enunciados deónticos complejos” (Alexy, 1993, p. 54) mediante los cuales establecemos posiciones normativas correlativas ($DabG$ y $ObaG$) y en las que el derecho (D) de a se deriva de la posición que ocupa b dentro de un ordenamiento jurídico como sujeto obligado a G ; y, viceversa, el deber (O) de b se deriva de la posición que ocupa a como titular del interés en G . Traducido al lenguaje de Ferrajoli, enunciados mediante los que creamos relaciones entre el titular de ciertas expectativas o intereses y el sujeto obligado por las garantías (tanto primarias como secundarias) dirigidas a asegurar su cumplimiento.

Pero luego de tal punto en común llegan las diferencias. Y es que Alexy entiende de otra manera el reto de incluir-diferenciar los elementos del interés y de la voluntad. Mientras que para Ferrajoli (creemos haber mostrado por qué es posible decirlo de esta manera) ambas cosas han tenido lugar dentro de la grada inicial de Alexy (v), para este último son justamente ambos elementos los que exigen establecer distinciones, de la siguiente manera: el elemento de la voluntad deriva en el de su imponibilidad (vi) y el del interés lo hace en el de las razones para derechos (vii). Profundizamos en esta diferencia.

La fórmula de Ferrajoli (todos los derechos son expectativas –interés–, algunos, además, establecen modalidades –*facultas agendi*) implica que

toda la solución tiene lugar en la primera grada, concretamente, en la manera de entender la posición otorgada al titular *a*. Por eso el enunciado <<*a* tiene frente a *b* el derecho a votar libremente>>, incluye el elemento del interés en la medida en que lo convierte en expectativa asegurada por el deber correlativo de *b* de no intervenir, de no lesionar el ejercicio de tal libertad; y, a su vez, incluye el elemento de la voluntad en tanto que se trata de un derecho que además trae consigo una facultad de actuar para *a* (la de darle el voto al candidato, partido político, de sus preferencias).

En cambio, para Alexy las cosas son bien diferentes. Por un lado, el reto de darle paso al elemento de la voluntad no puede ser pensado únicamente desde la posición otorgada a. Por el contrario, se trata de las posiciones correlativas entre *a* y *b*; de regreso a las palabras de Hart: <<*a* está in a position to determine by his choice how *b* shall act>>; <<*b* está in a position to be determined by *a*'s choice how he shall act>>. Como tal, se trata de un elemento que pertenece a un nivel diferente (*vi*), “enunciados sobre la protección o la imposición de derechos” (Alexy, 1993, p. 180) y que se convierte en complemento de la dimensión posicional. Para seguir con el mismo ejemplo, frente al enunciado sobre el derecho al voto, la inclusión del elemento de la voluntad implica para Alexy la posibilidad de establecer un nuevo enunciado, una nueva posición, a saber: <<*a* tiene la competencia para imponer judicialmente a *b* su expectativa de no verse impedido a votar libremente>>.

Y, por el otro lado, la diferencia frente al elemento del interés resulta mucho más marcada. La razón, se trata ahora de un asunto que apunta directamente al objeto de los derechos (*G*) y que trae consigo la necesidad de pasar a la siguiente grada (*vii*). Grada en la que el CGDS incluye todos aquellos “enunciados sobre el fin de los derechos” (Alexy, 1993, p. 180), lo que significa esa enorme e ilimitada gama de argumentos tanto empíricos (históricos, políticos, dogmático-jurídicos) como normativos (filosóficos) de los que se puede hacer uso para responder a las siguientes preguntas (respectivamente): ¿por qué *G* es (ha sido) el objeto de protección de un derecho? Y ¿por qué *G* debería (merece) serlo? De esta manera, el CGDS de Alexy comprende un tipo de ejercicio discursivo al que denomina “relación de fundamentación” (p. 181).

Es ahora en este punto, para hablar de dicho tipo de relación discursiva, donde proponemos la expresión dimensión descriptiva del CGDS. En la medida en que se trata de un concepto que incluye relaciones de fundamentación (gradas *vii-v*), resulta posible decir que los derechos expresan valores, o mejor, que se trata de una herramienta con la que expresamos (creamos) juicios de valor acerca de determinados intereses (G).

Tal y como lo anticipará el lector, debemos preguntar: ¿es posible hablar de la *misma* dimensión descriptiva en Ferrajoli? Y si no es el caso, ¿significa que el suyo es un concepto limitado a la dimensión posicional? Razones de espacio nos impide desarrollar con el debido detalle ambas respuestas negativas, por lo que nos limitamos a lo siguiente. De acuerdo con lo que son sus propias pretensiones teóricas, el primero de estos <<no>> resulta plenamente plausible. En efecto, una de sus principales apuestas es mantener libre a la teoría axiomatizada del derecho de especulaciones filosóficas; en sus palabras, de discusiones propias de la axiología de la justicia; o, de nuevo desde el lenguaje de Alexy, de una de las ya referidas clases de ejercicios de fundamentación (*vii-v*), la normativa. Y ello a través de una estrategia que consiste en otorgar a los vocablos *qué*, *cuáles* y *cómo* el rol de fronteras disciplinares, a saber: ¿qué es un derecho X (primero, subjetivo; luego, sus diversas clases)?, teoría axiomatizada del derecho; ¿cuáles son los derechos subjetivos del tipo X?, teorías dogmáticas; ¿cuáles deberían ser los derechos subjetivos del tipo X?, axiología de la justicia; ¿cómo se realizan de hecho los derechos del tipo X dentro de determinado ámbito espacial y temporal?, enfoques sociológicos; ¿cómo se han realizado?, historiográficos.

Otra cosa ocurre, no obstante, con su segunda negativa. Y es que es un error pretender que una respuesta a la inquietud ¿qué es un derecho del tipo X?, pueda mantenerse independiente de cualquier tipo de ejercicio discursivo de fundamentación (¿cuáles?, ¿cómo?), sea empírico (cuáles son, cuáles han sido, cómo operan) o normativo (cuáles deben ser). En otros términos, y esto como crítica a Ferrajoli, sostenemos que en aras de evitar los del último tipo, su construcción teórica se vale una y otra vez de ejercicios de fundamentación empírica. Entonces, esta crítica nos permite decir: (aunque parcamente por la falta de es-

pacio) que tal dimensión descriptiva aparece en Ferrajoli como criterio que hace posible diferenciar entre los intereses de todos (ciertos tipos de derechos subjetivos) y los intereses particulares (derechos de otro tipo). Y desde allí, entre esfera pública (la de los intereses de todos) y esfera privada (los particulares).

3. UN CONCEPTO POLÍTICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Lo que a continuación proponemos es llevar a los terrenos propios de la actual lucha por la delimitación conceptual de los derechos humanos, este riquísimo desarrollo con el que cuenta el CGDS. Se trata de un ejercicio que, al menos en los términos de invitación, presentamos desde Möller (2014) con estas sugestivas palabras: “*drawing on this work may prevent philosophers of international human rights from having to re-invent the wheel*” (p. 3).

De entrada y acorde con lo que son nuestras propuestas analíticas originales, este ejercicio parecerá excesivamente extenso. Toda comparación entre clases de derechos subjetivos estaría compuesto por una amplia serie de aseveraciones dirigidas a establecer vínculos y diferencias estructurales tanto en relación a su ámbito posicional (dos aseveraciones) como al descriptivo (cuatro), así como vínculos y diferencias sustanciales, asimismo en relación con una y otra dimensión: la descriptiva (seis) y la posicional (ocho). Sin embargo, estas alternativas se ven reducidas a la mitad cuando el objeto de comparación está en el binomio derechos humanos y *the earlier rights*. La causa de esta reducción y que por ahora solo podemos anticipar: en tanto se trata de un ejercicio encaminado a la formulación de un concepto político, el argumento de la ruptura en la historia de los derechos que ya hemos mencionado desde Moyn (2012), impide trazar esos que vamos a denominar vínculos sustanciales, o lo que es igual, exige buscarlos únicamente en eso que llamaremos de tipo estructural.

Pasamos seguidamente a tal ejercicio: la formulación de esta serie limitada de aseveraciones comparativas, y que, insistimos, en tanto que dirigidas a la comprensión del concepto político de los derechos hu-

manos, se reducen a los vínculos estructurales y las lejanías sustanciales propias de la dimensión posicional del *CGDS*, así como a las mismas diferencias y vínculos dentro de la dimensión descriptiva.

3.1. Dimensión posicional. Vínculos estructurales con *the earlier rights*

Este ejercicio empieza, entonces, con la siguiente aseveración: en tanto que categoría específica del *CGDS* y al igual que *the earlier rights*, los derechos humanos son juegos de lenguaje mediante los cuales creamos realidad social, posiciones normativas triádicas del tipo *DabG-ObaG*.

La anterior aseveración nos exige agregar dos consideraciones: una aclaratoria, la otra complementaria. La primera, desde la propuesta de Alexy (2000) se trata de una aseveración que resulta “neutral frente a las diferentes concepciones de los derechos” (p. 23); lo que desde Ferrajoli significa justamente, el resultado de definir los derechos humanos con base en un *CGDS* de tipo estructural. En ambos casos, una definición que cuenta con un grado tal de abstracción (indeterminación) que permanece independiente de, ajena a, cualesquier toma de postura (política) necesaria para llenar de contenido a cada uno de sus elementos constitutivos, para crear algún tipo específico de realidad social. Citamos:

De este esquema surge algo totalmente diferente, dependiendo de lo que se coloque en *a*, *b* y *G*. Si se escoge para *a*, el titular, a una persona natural; para *b*, el destinatario, al Estado; y para *G*, el objeto, la abstención de intervenir en la vida, libertad y propiedad, se obtiene un derecho de defensa dirigido al Estado, propio de la tradición liberal. Si, en cambio, se interpreta *G* como una acción positiva en forma de una prestación de ayuda médica o de asistencia, aparece así un derecho de prestación, como lo recomienda la línea del Estado social y lo enfatiza la línea socialista (Alexy, 2000, p. 23).

Nuestra apuesta es asimilar tal neutralidad con vínculos estructurales entretipos de derechos subjetivos. O desde la perspectiva inversa, afirmar que el tránsito al establecimiento de vínculos sustanciales significa descender en dicho nivel de abstracción (indeterminación); significa establecer entre las diversas clases de derechos subjetivos líneas de co-

nexión que den cuenta de al menos una coincidencia y en al menos uno de los elementos propios de dicha relación triádica (*a, b, G*).

Hasta acá la consideración aclaratoria. Pasamos ahora a la complementaria. Afirmar tales vínculos estructurales deja sin espacio, excluye, a la que entendemos como la única aseveración posible acerca de las diferencias de este tipo *human-earlier rights* (otra vez, dentro de esta dimensión posicional). Es el mismo Alexy (2000) quien formula tal posibilidad, que citamos:

Contra la estructura triádica expuesta podría objetarse que en los catálogos convencionales de derechos humanos, en lo general, sólo se trata de un titular y un objeto. Así, el art. 6 inc. 1, frase 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice llanamente: «todo ser humano tiene un derecho innato a la vida». No se alude aquí a ningún destinatario. Por lo tanto, se podría pensar en atribuir los derechos humanos la categoría de una relación diádica entre un titular y un objeto (p. 23).

Y es el mismo Alexy quien explica por qué esta posibilidad debe ser descartada. Basta con acudir a cualquier texto constitucional (estatal) para darse cuenta de que la mayoría de (los que son hoy los más importantes tipos de) *the earlier rights*, los derechos fundamentales (*iii*), aparecen formulados mediante esta misma clase de enunciados diádicos.

3.2. Dimensión posicional. Lejanías sustanciales

Viene ahora una nueva aseveración, esa en la que precisamente tiene lugar el mencionado descenso y con ello, la ruptura propia de la dimensión posicional entre ambas especies del CGDS. La formulamos: a diferencia de *the earlier rights*, los derechos humanos establecen una clase específica y hasta hace poco desconocida de realidad social, de nuevas posiciones triádicas y correlativas. Eso sí, tal y como señalamos arriba, la concepción política es *una gran iglesia*, por lo que debemos limitarnos a mencionar un par de estos aspectos novedosos.

Al primero lo denominaremos el elemento cosmopolita (en efecto, bastante problemático desde la concepción política de Cohen, 2012). Nuestra propuesta de esbozo: bajo la nueva realidad social, *b* (titu-

lar del deber establecido por el derecho humano X) ha perdido, se ha visto privado de, la posibilidad de responder frente a la exigencia de *a* (titular de tal derecho), con alguno de los siguientes dos juicios de moralidad política; juicios en los que las ideas de soberanía estatal, autodeterminación colectiva y democracia, resultaban (bajo el reinado de *the earlier rights*) centrales. Para facilitar su lectura, ofrecemos ambos juicios en enunciados separados:

(viii) No es el deber de *b* asegurar *G a*, en tanto que estos sujetos tienen vínculos jurídico-políticos con diferentes sistemas institucionales estatales.

(ix) No es el deber de *b* en tanto que, así tengan un vínculo con el mismo sistema institucional, en él (dentro de sus normas de tipo estatal, ora jurídicas ora morales) no se ha establecido que *G* es el objeto (un interés, una necesidad) de (protegidos por) un derecho.

El otro elemento de esta nueva realidad apunta al aún irresuelto asunto del estatus normativo de los derechos humanos. Irresuelto, en tanto que lo único claro es que desde el concepto político este tipo de relaciones (expectativas-obligación) y posiciones (entre *a* y *b*) correlativas, ni son jurídicas, ni tampoco morales (acá, esta última negación es problemática desde Pogge, 2009). Tal vez esta enunciación quede más clara desde aquel par de juristas. Su estatus es jurídico en el caso de Ferrajoli, en tanto relaciones propias de su apuesta por un constitucionalismo global. Es moral en el de Alexy (2000), en tanto relaciones caracterizadas por su prioridad, su universalidad, su validez moral y, finalmente, por el hecho de estar limitadas a la protección de intereses fundamentales. En suma, mientras que en el caso de *the earlier rights* es ya un asunto resuelto, un debate saldado, el que define dicho estatus, en el de los derechos humanos acontece todo lo contrario: puesto que ni jurídicos ni morales, esta nueva realidad nos ha enviado (tomando prestada la expresión de Rorty, 1991) de regreso a la mesa de dibujo.

Nos daamos perfecta cuenta de que debemos mencionar al menos uno de los intentos por determinar este nuevo estatus normativo de los derechos humanos. El más interesante, además de claro, es el de Moyn

(2010). Su fuente inmediata está constituida por uno de los disidentes del socialismo real, Jan Patočka. Su propuesta: se trata de la nueva soberanía del sentimiento moral, o lo que es igual (aunque solo desde el punto de vista de la filosofía política hegeliana) del retorno (el retroceso) a *the law of the heart*. Ofrecemos, pues, el siguiente pasaje:

The concept of human rights," he wrote, "is nothing but the conviction that states and society as a whole also consider themselves to be subject to the sovereignty of moral sentiment, that they recognize something unqualified above them, something that is bindingly sacred and inviolable even for them, and that they intend to contribute to this end with the power by which they create and ensure legal norms (p. 165).

3.3. Dimensión descriptiva. Lejanías sustanciales

Ahora pasamos a una nueva aseveración, propia de la dimensión descriptiva del CGDS y en donde las diferencias entre Alexy y Ferrajoli se hacen evidentes. De allí que solamente desde la perspectiva del primero podemos afirmar lo siguiente: contrario a *the earlier rights* y su compatibilidad con cualesquier tipo de razones para el ejercicio de fundamentación (*vii-v*), la nueva realidad creada por los derechos humanos exige excluir, dejar de lado, algunas de ellas.

Se trata de una exclusión que apunta a ese objeto de las teorías políticas que, como afirmamos al inicio, deriva en una crucial separación frente a todo tipo de *the rights based theories of justice*. No conocemos una mejor manera de explicar el resultado de dicha separación que desde Rawls y por ello decimos que *Teoría de la justicia* y *The Law of Peoples* no son solo dos teorías disímiles en sus contenidos (y por tanto correctamente separadas), sino que además son dos teorías epistemológicamente diferenciadas. La razón, ofrecen diversos ejercicios de fundamentación acerca de las clases de intereses o necesidades para los que resulta posible ofrecer razones en aras de lograr su inclusión como el objeto (G) de las respectivas relaciones normativas correlativas (*DabG-ObaG*). Va, pues, una nueva afirmación: a diferencia de *the earlier rights* y en donde ninguno de los intentos para limitar el marco de tales posibilidades de inclusión de intereses resulta creíble (vr. g. de esos que provienen del credo liberta-

rio), es una característica común a las concepciones políticas ofrecer versiones minimalistas, deflacionarias (Habermas, 2012), de tal objeto (G).

Nuevamente nos obligamos a ser más precisos, dado que lo anterior no debe ser leído como un visto bueno a todos y cada uno de los tipos de minimalismo establecidos por estas concepciones políticas. De hecho, consideremos tan desafortunado aquel que apunta a la exclusión de los derechos sociales (Rawls, Ignatieff, Williams) como el que lo hace con la idea de un derecho humano a la democracia (Beitz, Joshua Cohen, Pogge). Hay sin embargo un tipo de minimalismo plenamente plausible. Nos referiremos de nuevo a Moyn (2010), de un tipo de minimalismo que desde luego, resulta estrechamente vinculado con la manera anterior de resolver el problema de su estatus normativo y que, otra vez por razones de espacio, nos limitamos a presentar de forma bastante breve.

El nacimiento de los derechos humanos, en los términos de *the law of the heart*, debe ser complementado con el abandono de diversas apuestas por “*changing the system*” (p.146); dentro de estas apuestas hay dos que para Moyn resultan ser las principales: el fervor nacionalista y anticolonialista y el sueño por establecer un socialismo con rostro humano. Y ello, para darle paso a la fórmula “*saving the world one individual at time*” (p. 169); o, a renglón seguido, “[a]fter being too long fooled by the ruses of collective utopia in politics [...] the task was now to save individual bodies” (p. 169). Con relación a (G) el abandono implica el tránsito desde agendas políticas mucho más pretensiosas dirigidas, ora a enfrentar “*miserable circumstances in general*” (p. 221) (v. gr. la pobreza extrema o, incluso, el genocidio), ora a fortalecer el ideal de autodeterminación colectiva, hacia una única lucha en contra de la tortura y las desapariciones forzadas que tuvieron lugar (exclusivamente) en Europa Oriental y Latinoamérica.

Entender las connotaciones propias de este minimalismo nos exige señalar algo más: en primer lugar, transcribiendo el siguiente pasaje de Moyn (2010):

Could human rights have remained a minimalist utopia of antipolitics, as it was in its era of breakthrough? It seems unlikely, for the obvious reason that the more it seemed like the last utopia standing in world affairs,

the more substantive a role international rights norms would have to take in how individuals lived out their aspirations and how nation-state and supranational organization sought public legitimacy. (p. 218)

Luego nosotros decimos: los derechos humanos, nacidos del desencanto que diversos actores y en diferentes espacios sintieron frente a sus respectivas agendas, aseguraron su triunfo gracias a un tipo de minimalismo que puede ser entendido en los términos de *salida de lo político*, y que resultó tan exitosa como difícil de mantener. “*Precisely because it is functional it also has finitude*” (Judt, citado por Moyn, p. 166). O de regreso a Cohen (2012) y el paso de la tercera a esa cuarta etapa en la que tiene lugar su actual crisis: “*Human rights were forced to move not simply from morality to politics, but also from charisma to bureaucracy*” (Moyn, 2010, p. 219). Mientras que lo primero significa una necesaria e inevitable retoma, vía derechos humanos, de las agendas que fueron abandonadas, en aras de asegurar su éxito (de nuevo, autodeterminación colectiva, genocidio y pobreza extrema), este último apunta al reemplazo del carisma inicial y propio de grupos como Amnistía Internacional por la hostilidad característica de unas burocracias que ahora no se ven como idea fallida sino como realidad. En suma, “*born in the assertion of the power of the powerless, human rights inevitably became bound up with the power of the powerful*” (p. 227).

Hasta acá Alexy. Seguimos con Ferrajoli y un esbozo de las lejanías sustanciales propias de la dimensión descriptiva en el que podemos ser aún más escuetos. Nuestra aseveración: bajo el reinado de *the earlier rights*, todos los intereses de todos quedaban vinculados con las nociones de ciudadanía y membresía, terminaban incluidos dentro de las esferas públicas estatales. En contraste, los derechos humanos dan única cuenta de aquellos intereses que son de todos en tanto que personas; no en tanto que ciudadanos (derechos públicos), ni en tanto que sujetos capaces de obrar (derechos civiles), ni como combinación de ambas, ciudadanos capaces de obrar (derechos políticos). Los derechos humanos dan cuenta de la necesidad de una esfera pública global, de aquellos intereses para cuya protección las esferas públicas estatales resultan hoy insuficientes (tal y como entendemos las cosas, se trata de una afirmación plenamente compatible con Cohen y Beitz).

3.4. Dimensión descriptiva. Vínculos estructurales

Para finalizar este ejercicio solo nos falta formular los vínculos estructurales propios de la dimensión descriptiva, asunto en donde justamente tiene lugar el poderoso reclamo de los exponentes de la ética del discurso. Ofrecemos, primero, tal aseveración: *human* y *earlier rights* son estructuralmente semejantes en tanto que en todas y cada una de sus exigencias normativas está contenida la más importante característica del CGDS (esa que justamente constituye su fuerza política explosiva), a saber: *the activity of claiming*. Segundo, formulamos tal crítica (desde luego que acorde con nuestra exposición analítica): esta característica, *the activity of claiming*, queda excluida de (no puede ser defendida por) las concepciones políticas de los derechos humanos.

Nuevamente, debemos ofrecer dos precisiones. Por un lado, con todo y que tal característica proviene de un filósofo moral (Feinberg), en estas páginas la traemos desde el enfoque específico que le da otro *iusfilósofo*, Baccelli (2001). Sus palabras:

Para Feinberg, el uso característico de los derechos es el de <<ser pretendidos (claimed), reclamados, afirmados, reivindicados>>; y, lo que es más importante, <<es el acto de reivindicar el que confiere a los derechos su específico significado moral>> en el sentido de que <<tener derechos nos permite “ponernos de pie como hombres”, mirar a los demás a los ojos y sentirnos fundamentalmente iguales a cualquier otro>> (p. 208).

Por el otro lado, lo principal de dicho enfoque es que está dirigido en contra de Ferrajoli (por extensión, en contra de Alexy). De manera más clara, el argumento de Baccelli dice que desde el anterior CGDS resulta imposible incluir *the activity of claiming*. El punto que nos interesa es que, tal y como vamos a mostrar, Baccelli se equivoca en esta afirmación y, lo más importante, los argumentos con los que queda refutado, las razones de su equívoco, dan plena forma, coinciden con el alegato habermasiano en contra de las concepciones políticas. Pasamos entonces a mostrar y a explicar estos cruciales puntos.

Son dos las razones ofrecidas por Baccelli acerca de la imposibilidad de Ferrajoli (Alexy) para dar cuenta de *the activity of claiming*. Una, en tan-

to que esta característica no puede ser afirmada por quienes conciben la relación entre los derechos y los deberes como correlativa. La otra, puesto que resulta exclusiva de quienes defienden una concepción republicana específica de la libertad; específica, en la medida en que este iusfilósofo acude a Pettit (1999) y su idea de *libertad como no dominación*.

La importancia de la primera razón está en el lugar al que es dirigida por Baccelli: es nada menos que del asunto de las relaciones entre el individuo y la sociedad. Concretamente, quien afirma la prioridad de los derechos sobre los deberes afirma la primacía de aquel; a la inversa, quien lo hace con los deberes establece el “predominio de las normas sociales (y jurídicas) sobre los individuos y su autonomía” (Baccelli, 2001, p. 208). Llegar a este lugar significa, entonces, afirmar como característica central del CGDS, por ende, como semejanza entre *earlier* y *human rights*, esa toma de postura política a favor del individuo y de su valor moral previo e independiente a cualquier tipo de vínculo estatal o comunitario; característica que, insistimos, de acuerdo con Baccelli no quedaría disponible ni para Ferrajoli ni para Alexy.

Por su parte, la importancia de la segunda razón está en que aparece directamente construida desde el valor de la libertad; de manera más clara, desde el asunto de su vínculo con el CGDS, y del que da cuenta la siguiente diferenciación exclusiva de dicha tradición republicana (nuevamente insistimos: igual de ajena a Ferrajoli como a Alexy): libertad como *precondición* y libertades como *producto*.

Entendidas como producto, las libertades son el contenido (el objeto G) de los derechos (*a* tiene frente *b* los derechos a expresar libremente su opinión política, a informar, a escoger profesión u oficio, a profesar cualquier doctrina filosófica o religiosa, etc.). Bajo esta idea, en razón de tal dimensión descriptiva y de acuerdo con lo que han sido mis propias consideraciones, el CGDS nos permite expresar (construir) juicios de valor de diversos tipos (es deseable habitar una sociedad en la que pueda expresar mi opinión; es justo un sistema institucional que no censura ningún tipo de información; la libertad negativa es un valor más importante que la igualdad socioeconómica; etc.).

Y entendida como precondition la libertad es, al mismo tiempo, una posibilidad y una virtud. La posibilidad de llevar a cabo la lucha política por la conquista de los derechos; sea encaminada directamente al objeto *G* (la conquista de nuevos derechos), sea a la definición de sus titulares *a* (su expansión, la lucha en contra de prácticas de exclusión y discriminatorias), o, sea a la de sus destinatarios *b* (la apuesta de Ferrajoli, por ejemplo, por ese tipo de expansión que denomina la constitucionalización del derecho privado). Desde acá, nuevamente en razón de lo que es esta dimensión descriptiva, aunque ahora directamente desde las impecables palabras de Bacchelli (s. f):

The language of rights is one of the most versatile devices for “transforming” values, demands and claims as they are worked out within a given society into legal principles and norms, which in turn require the development of techniques of protection and enforcement (p. 9)

Pero además de posibilidad, la libertad como precondition es en sí misma un valor que trasciende y va más allá del análisis, de la discusión teórica sobre el *CGDS*. En otros términos, que escapa de las propuestas de Ferrajoli y Alexy en la medida en que no puede ser confundida ni con el contenido específico de los derechos (producto), ni tampoco puede ser entendida como parte de “su estructura formal” (Bacchelli, 2001, p. 209). Y entonces, ¿de qué tipo de valor se trata? De una virtud, de una disposición del carácter, del ideal del buen ciudadano; todo ello consistente en el empeño para afirmar, reivindicar y movilizarse en la lucha por los derechos.

Pero las cosas no paran acá. Bacchelli profundiza en esta idea de virtud al sostener que ambas formas de libertad pueden entrar en conflicto (así como también la libertad —precondition— puede entrar en conflicto con los otros derechos —producto—). La razón, las instituciones políticas no son suficientes para este tipo de libertad; citamos a Bacchelli (s. f.):

Being content with established rights jeopardizes liberty. Freedom is a right to be claimed; seeing it as an octroyé privilege is to lose its meaning; institutions are not enough to defend freedom: what is required is a ceaseless disposition by the members of communities to “insist on their rights” (s. f., p.9).

Hasta acá dichas razones de Baccelli. Seguimos con sus respectivas réplicas. La primera dice que el error está del lado de Baccelli en tanto que confunde a quienes —Alexy y Ferrajoli— afirman que “[d]erechos a algo y obligaciones relacionales son dos lados de una misma cosa” (Alexy, 2000, p. 23); los confunde, decimos con “las concepciones jurídico-políticas premodernas [que], en general, consideran preeminente la dimensión imperativa de la norma, y, por lo tanto, conceden prioridad lógica al deber sobre el derecho” (Bovero, 2001, p. 220).

En efecto, la mejor prueba de que también aquellos pueden defender la primacía del individuo, de su valor moral, está en la segunda réplica, la cual desde su formulación más general dice lo siguiente: no es necesario afirmar tal concepción republicana de la libertad para darle a *the activity of claiming* un lugar central dentro del CGDS. Existe otra alternativa, a saber: hacer alusión al que no solo es otro tipo de valor político, ampliamente aceptado por diversas tradiciones del pensamiento occidental, lo más importante, en tanto que derecho producto, en tanto que elemento constitutivo de (G); justamente, la dignidad humana. Advirtiendo de entrada que en tal respuesta coinciden (al menos en principio) Ferrajoli, Alexy y Habermas, nos limitamos a este último. Y ello a través de dos pasos. Uno de tipo analítico; el otro, dicha acusación de pérdida de fuerza política explosiva.

Gracias al argumento analítico tiene lugar la ruptura de Habermas tanto con Baccelli como con las concepciones políticas. Y es que desde Habermas (2012), en contra del primero, resulta difícil entender a la dignidad humana como una virtud cívica, como una disposición del carácter. Se trata en su lugar de un parámetro normativo que nos permite a todos, depositarios universales de la razón comunicativa, establecer *vía deductiva* nuestro sistema de derechos básicos. Explicamos con un poco más de detalle.

Tal y como entendemos las cosas, el argumento de Baccelli resulta, en principio, compatible con Habermas. También dentro de su sistema de derechos es posible imaginar un conflicto entre la libertad (u otros derechos) como producto y la libertad como precondition; el caso más importante, los derechos sociales (Habermas, 2010). En efecto, vamos a

correr el riesgo de afirmar que tal idea de virtud hace parte de, o puede ser conectada con, su idea de patriotismo de la Constitución (Habermas, 2005). Sin embargo, nuestro argumento apunta al claro talante normativo que da a la dignidad humana. Y es que hay una enorme diferencia entre entender este elemento como criterio para la determinación de la buena ciudadanía, de esa imborrable característica de activismo y de disposición constante a la movilización, Baccelli; y entenderlo como criterio normativo objetivo, con esto queremos decir, independiente de la voluntad caprichosa de los poderes de turno, del que podemos valernos a la hora de lidiar con los diversos desafíos propios del CGDS, Habermas. Tal vez sea suficiente con mencionar uno solo de tales desafíos. Concretamente, ese que surge de la pregunta: ¿cuáles son los derechos protegidos por una constitución (o un documento internacional) ideal? De la mano de una función que el propio Habermas (2012) denomina heurística, la dignidad humana ofrece un criterio normativo objetivo que permite mostrar la incorrección de todo tipo de doctrina política minimalista, en la medida en que ella “*provides the key to the logical interconnections between [the] four categories of rights*” (p. 79)². Este criterio lo expresa en los siguientes términos: “*Only in collaboration with each other can basic rights fulfill the moral promise to respect the human dignity of every person equally*” (p. 79): Y a renglón seguido, “[h]uman dignity, which is one and the same everywhere and for everyone, grounds the indivisibility of all categories of human rights” (p.80).

Hay más. Esta misma función heurística se convierte en un claro argumento para explicar la otra ruptura, con las concepciones políticas. En relación con dicho desafío, tal ruptura apunta al contraste entre dicha idea de indivisibilidad de todas las categorías de derechos y aquella aseveración anterior acerca del minimalismo (la deflación) en el ámbito de los derechos humanos. Y si esto es así, es, pues, el propio Habermas quien señala que ningún tipo de minimalismo resulta defendible. La razón, que todos los derechos beban de la misma raíz significa que no existe ningún argumento moral válido para establecer niveles diferenciados de colaboración entre ellos, dependiendo de si se trata del

² Categorías que, debe estar claro, no hacen alusión a nuestra secuencia histórica (i-iv), sino a los derechos liberales de participación política, sociales y culturales.

cumplimiento de la promesa de respetar la dignidad humana de una persona o de un ciudadano.

Hasta acá el primer paso, el analítico. Viene el segundo y definitivo, en tanto que entramos del todo en la acusación de pérdida de fuerza política explosiva. Desde lo que es otra clara ruptura con Moyn, ahora referida a su estatus normativo, Habermas (2012) afirma que los derechos humanos “*exhibit a Janus faced turned simultaneously to morality and to law*” (p. 76). Lo que significa que se trata de exigencias normativas que si bien solo adquieren vida de la mano del cumplimiento de las formas jurídicas, de los procedimientos de creación establecidos dentro de ordenamientos espacial y temporalmente delimitados, sus contenidos son morales, propios de una moral que es, a su vez, claramente identificable, a saber: la del respeto universal e igualitario; en sus palabras, de esa perspectiva específica “*of respect and esteem for the autonomy of the other*” (p. 76).

Este segundo rostro, el hecho de que se trate de derechos de los que es posible decir que “*they are morally charged*” (Habermas, 2012, p. 93), genera un tipo específico de tensión a la que Habermas denomina *an utopian gap in the temporal dimension*. Expresión con la que establece una clara diferenciación entre lo que ocurre con tales derechos y con las permanentes (tal vez inevitables) lejanías acaecidas (en general) en el ámbito de lo social entre lo ordenado y lo efectivamente realizado. Si es cierta esta interpretación, podemos decir que en ese tipo específico de tensión es donde Habermas ubica dicha fuerza política explosiva, y lo explicamos por las siguientes razones:

Dicha fuerza aparece en la forma de la permanente tensión entre facticidad y validez. Rogamos se nos permita dar cuenta de esta tensión tomando directamente desde Alexy (2007) el siguiente pasaje donde explica uno de los elementos que componen la definición del derecho legada por Kant³:

³ Hablamos de la siguiente definición: “El derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser unificado con el arbitrio del otro según una ley general de la libertad” (citado en Alexy, 2007, p. 380).

Tres cosas incluye el concepto conjunto de condiciones: (1) el derecho positivo como derecho legislado, (2) el derecho en su cumplimiento mediante la coerción y, en tal sentido, en su eficacia social y (3) el derecho como expresión de la razón, o sea, de lo correcto. La positividad y la eficacia expresan la facticidad del derecho; la razón como corrección, su idealidad. El despliegue del concepto kantiano del derecho es por ello necesariamente un despliegue de la tensión entre facticidad e idealidad (pp. 381-382).

Tal fuerza es así que si la idea de lo justo, aquí representada por tal idealidad o por tal carga moral propia de los derechos humanos, “se encuentra contenida en el concepto de derecho, entonces los defectos a ser superados son defectos jurídicos” (Alexy, 2007, p. 393). Y si esto es así, o bien, la invalidez moral acarrea la invalidez jurídica y, por tanto, existe un derecho de resistencia, lo que es negado expresamente por Kant, o bien, existe una necesidad constante (un deber) de llevar a cabo las reformas frente a “un derecho jurídicamente defectuoso [que como tal] es derecho desde luego, pero no es un derecho que satisfaga las exigencias del concepto de derecho” (p. 393).

Acá no paran las cosas. Esta fuerza explosiva tiene lugar dentro de la manera en que ha operado dicho valor de la dignidad humana, en el tipo de lectura que hemos hechos de los datos, los registros, proporcionados por este sismógrafo; los diferentes modos en que hemos definido tanto las condiciones específicas en las que nuestros derechos básicos son violados como el tipo de actuaciones (y desde luego, omisiones) que constituyen experiencias “*of the violation of human dignity*” (Habermas, 2012, p. 77). En suma, la tensión permanente entre exclusión e inclusión, esa que en momentos afortunados, como el posterior al Holocausto, opera con enorme derroche; mientras que en momentos desafortunados lo hace con profunda frugalidad. Rogamos ahora consentimiento para acudir a un extenso párrafo en el que queda más que ilustrada la fuerza emancipatoria propia de este tipo de tensión; citamos:

Los derechos supuestamente iguales se han extendido, solo poco a poco, a grupos oprimidos, marginados y excluidos. Y como consecuencia de tenaces combates políticos, también los trabajadores, las mujeres y los judíos, los gitanos, los homosexuales y los refugiados, han sido re-

conocidos como <<seres humanos>> con derecho a una completa igualdad en el trato. Lo importante es que tras esos impulsos emancipatorios se haya podido ver retrospectivamente cuál era la función ideológica que los derechos humanos habían desempeñado hasta ese momento. Pues la pretensión igualitaria de validez general de los derechos y la inclusión de todos ha servido también para encubrir una desigualdad de facto en el trato con los tácitamente excluidos. Esta observación ha suscitado la sospecha de que los derechos se agotan en esa función ideológica. ¿No han servido siempre como escudo de una falsa universalidad, de una imaginaria humanidad, tras la cual un Occidente imperialista podría ocultar su singularidad y su propio interés? [...]

Esta crítica niveladora de la razón se sustrae, ciertamente, a la peculiar autorreferencia que caracteriza a los discursos de la Ilustración. También el discurso de los derechos humanos se esfuerza por prestar atención a todas las voces. Por esta razón, el mismo discurso proporciona los patrones a la luz de los cuales las violaciones contra sus propias pretensiones pueden ser descubiertas y corregidas. Lutz Wingert ha llamado a esto el <<aspecto detectivesco>> del discurso de los derechos humanos: los derechos humanos que promueven la inclusión de los otros funcionan también como sensores frente a las exclusiones practicadas en su nombre (Habermas, 2000, pp. 154-155).

El resultado de ambos tipos de tensiones, un punto de llegada que no puede ser más lejano a las concepciones políticas. Es cierto que Habermas (2012) se refiere a esta *utopía concreta* expresada por los derechos humanos con el adjetivo *realista*. Lo que significa que “*they no longer paint deceptive images of a social utopia which guarantees collective happiness*” (p. 95). Sin embargo, se trata de una utopía que conserva ese elemento crucial y en cuya desaparición, creemos, puede ser traducida (bajo estos términos normativos) toda la lectura formulada por Moyn.

Acorde con Habermas, los marginados y excluidos de hoy cuentan con la misma herramienta moral con la que, para decir cualquier cosa, el proletariado europeo de finales del siglo XIX conquistó el derecho al voto; de nuevo, la moral del respeto universal e igualitario contenida en el valor de la dignidad humana. Hay sin embargo, una diferencia. Tal herramienta es hoy plena realidad jurídica, en sus palabras, “[t]he tension between idea and reality [...] was imported into reality itself as soon as human

rights were translated into positive law" (Habermas, 2012, p. 98). El significado de tal diferencia: los marginados y oprimidos de hoy cuentan con el derecho mismo como herramienta de emancipación, con un ordenamiento normativo cosmopolita que en tanto incluye dicha tensión entre facticidad y validez, los pone nada menos que en la situación de Antígona (al menos tal y como es leída por la tradición hegeliana). Con esto queremos señalar que quien sufre esa tragedia política en la que la facticidad de un poder administrativo, reflejo y a la vez herramienta del poder social, se ve enfrentado por las reivindicaciones legítimas de quienes hacen uso del poder comunicativo (Habermas, 2005), contenidas tanto en la moral como en el derecho de los derechos humanos.

Pero se trata de una tragedia que pierde todo su sentido explosivo una vez estas concepciones políticas incurren en la apuesta por *"stripping human rights themselves of their moral surplus"* (Habermas, 20012, p. 99). Ello significa, primero, reemplazar una fundamentación de los derechos humanos desde la necesaria e, incluso, *"under favourable historical conditions [...] mutual reinforcing dynamic"* (p. 94) entre *"universal human rights and particular civil rights at the domestic level"* (p. 99); reemplazarla, decimos, por una justificación limitada a argumentos empíricos del tipo *"in international relations, moral obligations between states (and citizens) first arise out of the growing systemic interconnectedness of an increasingly interdependent world society"* (p. 99). Tal reemplazo es leído como un poner el carruaje delante del caballo, lo que deriva en un segundo tipo de intercambio, a saber: la explicación empírica de cómo se viene desarrollando cierto deber de tomarse en serio ciertas reivindicaciones provenientes de los marginados del planeta, se pone en el lugar (delante) de la pregunta normativa acerca del sustento de tales reclamos.

Dudamos de que haya alguien diferente a Moyn que resulte más pertinente para entender qué es lo que, acorde con Habermas, perdemos con ambos reemplazos. A los marginados y oprimidos de hoy se les arrebató ese ordenamiento real y que está de su lado, para dejarlos en una situación reducida al campo de la hilaridad, una vez más: la del nuevo imperio del sentimiento moral (Jan Patočka), la del retorno a *the law of the heart* (tradición hegeliana).

4. CONCLUSIÓN

En virtud del talante parcialmente descriptivo del objeto de estas páginas, rogamos se nos permita ofrecer a manera de conclusión un último par de argumentos habermasianos, los cuales creemos que brindan el mejor de los recuentos para toda esta reconstrucción analítica de uno de los puntos de disputa entre la ética del discurso y las concepciones políticas. El primer argumento es empírico. La dignidad humana es un valor que, dice Habermas (2012), con todo y su existencia desde el pensamiento antiguo, con todo y el hecho de que fue en Kant donde encontró "*its current canonical expression*" (p. 73), hace apenas muy poco aparece tipificado por el derecho. Esto, bien sea directamente por textos jurídicos (estatales-internacionales), o bien, vía decisiones judiciales, que trae a colación el bellísimo caso Alemania, año 2006, cuando el Tribunal Constitucional declara la invalidez de *the Aviation Security Act* (BVerfG, 1 BvR 357/05 febrero 2006, par. 124). De esta manera, Habermas no se conforma con señalar que dicha conexión *explícita* aparece por vez primera en la forma del derecho en "*the founding documents of the United Nations*", sino que (lo más importante) sostiene que esto es así, "*against the historical background of the Holocaust*" (p. 74).

Viene, pues, la asunción del referido mito que intenta refutar las concepciones políticas; esto, de la mano del otro argumento: (nuevamente) el analítico. Para Habermas tal vínculo debe ser entendido como conceptualmente necesario, y con ello, como *inicialmente implícito*. Lo que quiere decir que en el valor de la dignidad humana es donde encontramos el fundamento moral tanto de *the earlier rights* como de los derechos humanos, "*the moral source from which all of the basic rights derive their sustenance*" (2012, p. 75). O con mucha más precisión: "*human dignity signifies a substantive normative basic concept from which human rights can be deduced by specifying the conditions under which they are violated*" (p. 75). De allí que resulte desconcertante esa ruptura temporal en la historia de dos conceptos mutuamente implicados *desde el principio*; uno, el de *los derechos humanos* nacido, o mejor, que encontró su forma jurídica desde el siglo XVII, el otro, que refiere como dicho valor apenas lo logra en la década de los cuarenta del siglo anterior.

Y entonces, acorde con Habermas, son los exponentes de las concepciones políticas quienes entienden tal vínculo de una manera no solo diferente sino desafortunada: pues lo consideran ya no *implícito* sino *retrospectivo*, en tanto que se parte de la idea de que los derechos humanos y la dignidad humana no están conectados desde el principio. Con ello, convierten en un injustificado mirar hacia atrás, “*retrospectively morally charged -and possibly over-charged*” (Habermas, 2012, p. 74), a los explosivos intentos por leer hoy como igualmente fundamentados por dicho valor las diversas listas de derechos que encontraron su forma jurídica dentro de los siglos previos al Holocausto. En suma, son estos exponentes quienes sostienen que la dignidad humana, tal y como aparece en algunos de estos textos jurídicos recientes, no es otra cosa que “*an empty formula which summarizes a catalogue of individual, disparate and unrelated human rights [...] an empty placeholder [...] that lumps a multiplicity of different phenomena together*” (p. 75), “*a smokescreen for disguising more profound differences*” (p. 76).

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales.
- (2000). La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático. *Revista Derechos y Libertades*, 8.
- (2007). La definición de derecho según Kant. En Castañeda, Durán y Hoyos (Eds.), *Immanuel Kant: vigencia de la filosofía crítica* (pp. 379-396). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.
- Arango, R. (2005). *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, Universidad Nacional de Colombia,
- Bacelli, L. (2001). Derechos sin fundamento. En Cabo y Pisarello (Eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (pp. 197-213). Madrid: Trotta.
- (S. F.). *Translating Human Rights: Universalism Versus Inter-cultural Dialogue*. Recuperado de http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/translating_human_rights.pdf.
- Baynes, K. (2009). Discourse Ethics and the Political Conception of Human Rights. *Ethics & Global Politics*, 2(1), pp.1-21.
- Beitz, C. (2012). *La idea de los derechos humanos*. Madrid: Marcial Pons.

- Bovero, M. (2001). Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta. En Cabo y Pisarello (Eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (pp. 215-242). Madrid: Trotta.
- Cohen, J.L. (2012). *Globalization and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cohen, J. (2006). Is there a Human Right to Democracy? En Sypnowich (Ed.), *The Egalitarian Conscience* (pp. 226-248). Oxford: Oxford University Press.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2000). *La constelación postnacional. Ensayos políticos*. Barcelona: Paidós.
- (2005). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- (2010). *Teoría de la acción comunicativa. Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Trotta.
- (2012). The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. En *The Crisis of the European Union. A Response* (pp. 76-100). Cambridge: Polity.
- Hart, H.L.A. (1984). Are there any Natural Right? En Waldron. J. (Ed.), *Theories of Rights* (pp. 77-90). Oxford: Oxford Univeristy Press.
- Möller, K. (2014). *From Constitutional to Human Rights: on the moral structure of international human rights*. Recuperado de <http://eprints.lse.ac.uk/59305/>
- Moyn, S. (2010). *The Last Utopia. Human Rights in History*. Cambridge: Harvard University Press.
- Pettit, P. (1999). *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós.
- Pogge, T. (2009). *Hacer justicia a la humanidad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1999). *The Law of Peoples with <<The idea of public reason revisited>>*. Cambridge: Harvard University Press.
- Raz, J. (1984a). Legal Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 4(1), pp.1-21.
- (1984b). Right-based moralities en Theories of Rights. En Jeremy Waldron (Ed.), *Theories of Rights* (pp. 182-200). Oxford: Oxford Univeristy Press.
- Rorty, R. (1991). *Contingencia, ironía y solidaridad*. Barcelona: Paidós.
- Sen, A. (2010). *La idea de la justicia*. Bogotá: Taurus.