

LA EXCLUSIÓN DEL DISCURSO LIBERAL DOMINANTE DE LOS DERECHOS

MYLAI BURGOS MATAMOROS*

Sumario

- I. Discursos, ideologías y hegemonías
- II. Discurso liberal de los derechos. Intereses y falacias dominadoras
- III. Conclusiones
- IV. Bibliografía

I. DISCURSOS, IDEOLOGÍAS Y HEGEMONÍAS

La realidad latinoamericana en la actualidad está plagada de asimetrías, desigualdades e insatisfacción de las necesidades básicas de personas y colectividades situadas en este continente. Para ellos, el acceso a bienes elementales en condiciones de dignidad, como el agua para uso personal y doméstico, la alimentación y vivienda adecuadas, la salud, la educación, la tierra, el trabajo —por sólo mencionar algunos—, es una *utopía*.¹ Por ende, la vida digna se pasea como una abstracción a alcanzar y no como una realidad en construcción.

* Profesora en la Facultad de Derecho de la UNAM y doctoranda en Estudios Latinoamericanos en la misma Universidad, en el área de Filosofía e Historia de las Ideas en América Latina; miembro del Colectivo de Estudios Jurídicos Críticos, RADAR.

¹ En este caso uso el concepto de utopía en su sentido literal como el *eu-topos*, el no lugar, el lugar inexistente, no como el conocido lugar ideal que no existe y está por alcanzar.

² Para mayores referencias véase: Minujin, Alberto, “Vulnerabilidad y exclusión en América Latina”, *Todos entran. Propuesta para sociedades incluyentes*, Santillana; Estivill, Jordi, *Panorama de la lucha contra la exclusión social*, OIT-STEP, 2003; Nun, José, *Marginalidad y exclusión social*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001; Castel, Robert, *La lógica de la exclusión social*; Cortés, Fernando, “Consideraciones sobre la marginación, la marginalidad, marginalidad económica y exclusión social”, *Revista Universidad Autónoma del Estado de México*, 2006; Enríquez, Pedro Gregorio, “De la marginalidad a la exclusión social. Un

Muchos pueblos de América Latina hoy caminan entre la exclusión social² y la dominación, entre la exterioridad sistémica y la invisibilización, intentando sobrevivir la precariedad de ser el *otro*.³ Pero ese carácter de ser *otro*, no igual, diferente en su condición política, socioeconómica y de identidad, lo hace visibilizarse con la fuerza suficiente para exigir ante la interioridad sistémica, su inclusión y su respeto como parte diferenciada de la totalidad social⁴ sin totalitarismos.⁵

Una de las vías de exigencia de esta inclusión-diferenciada sistémica ha sido mediante *la lucha por los derechos*. Movimientos sociales latinoamericanos exigen el respeto, protección y realización de sus derechos en el devenir de su proceso histórico. La lucha por los derechos no es menor; es una herramienta política y jurídica que conlleva en sí la satisfacción de necesidades. Éstas pueden ser transculturales como el alimento, el agua potable, el vestido, la vivienda, etcétera, hoy imprescindibles para

mapa para recorrer sus conceptos y núcleos problemáticos”, *Revista Universidad de San Luis*, Argentina, 2007.

³ Véanse temas de otredad en Dussel, Enrique, *Filosofía de la liberación*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 44 y ss.; De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*, México, Porrúa, pp. 141 y ss.; Hinkelammert, Franz J., *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*, La Habana, Caminos, 2006, pp. 499 y ss.

⁴ Totalidad social es tomado del concepto acuñado por la primera generación de la Escuela Crítica de Frankfurt como el espacio donde se dan y desarrollan todas las relaciones sociales en constante proceso de contradicción. Véase Adorno, Theodor W. y Horkheimer, Max, *La sociedad. Lecciones de sociología*, Buenos Aires, Proteo, 1969. En este texto se hace referencia al análisis en la totalidad social, desde el desenvolvimiento del individuo y los grupos dentro de ella; de cómo todas las esferas de la vida, como el arte, la investigación social empírica y la familia, se explican y se construyen en la totalidad social. Otro texto relevante donde se trata esta categoría de totalidad social es Adorno, Theodor W. et al., *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, trad. de Jacobo Muñoz, Barcelona, Grijalbo, 1973. En los artículos del propio Adorno, “Sociología e investigación empírica”, pp. 81 y ss., y “Sobre la lógica de las ciencias sociales”, pp. 121 y ss.; y de Jürgen Habermas, “Teoría analítica de la ciencia y la dialéctica. Apéndice a la controversia entre Popper y Adorno”, pp. 147 y ss.

⁵ Hay que destacar las críticas que realiza Boaventura de Sousa Santos a la Escuela Crítica de Frankfurt sobre el análisis de los fenómenos sociales en la totalidad social, donde la solución cognoscitiva debía ser totalizadora, a lo que De Sousa responde que esto deviene entonces una visión universalista que va en contra de la propia realidad y construcción pluricultural e histórica del conocimiento social, y desde una visión totalizadora surgen soluciones totalizantes, lo cual critica el autor en mención. Véase en De Sousa Santos, Boaventura, *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, trad. de Joaquín Herrera Flores et al., España, Descleé de Brouwer, 2003, vol. I.

vivir. También tenemos necesidades particularizadas por condicionamientos históricos, como las formas de participación y tomas de decisiones sobre formas de vida, desarrollo propio, creencias, etcétera, inmersas en las disímiles tradiciones e identidades personales y/o colectivas que puedan existir.⁶ El uso de los derechos por grupos sociales hoy en estado de vulnerabilidad y exclusión social⁷ se mueve entre el discurso y la práctica, con fines emancipatorios respecto a la precariedad opresora.

Por otro lado, también los poderes estatales junto a poderes fácticos determinantes socialmente usan los derechos.⁸ Bajo la égida estatal se regulan normas jurídicas que contienen derechos y obligaciones para su ejercicio y protección, garantías como mecanismos de exigencia, y principios de interpretación para su aplicación. Las regulaciones se reflejan en documentos constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos principalmente. Este orden jurídico normativo y su desenvolvimiento es lo que se ha denominado Estado democrático y de derecho.

La pregunta que surge ante estas afirmaciones es: ¿por qué movimientos sociales, grupos vulnerables y personas excluidas exigen sus derechos, su realización, su respeto y protección, si se supone que se desenvuelven en un Estado democrático y de derecho? La respuesta es más obvia que sencilla: los derechos pueden estar previstos en Constituciones, en tratados internacionales, en jurisprudencias, en todo tipo de documento jurídico, pero su real eficacia, su realización, está relacionada con todas las formas del ejercicio de la política.

La *política* aquí mencionada se refiere a las múltiples formas que asume cualquier grupo, en lugar y tiempo determinado, para reproducir su vida socialmente. En esta denominación tan amplia de la política, los

⁶ Sobre este tipo de necesidades véase: Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 49 y ss.

⁷ Véase para estos conceptos el estudio de Padrón Innamorato, Mauricio, "Acceso a la justicia, vulnerabilidad y exclusión: aproximación a las dimensiones relacionales subyacentes", en este volumen.

⁸ En un país que se rige por el sistema económico-político capitalista no se puede negar que los poderes fácticos privados tienen gran influencia en el funcionamiento de su economía, la política y, a su vez, en lo social. En México, hoy, los más importantes recursos naturales, como el agua, la biodiversidad, los suelos, los ejes de distribución de la producción nacional y la importación, las comunicaciones y el transporte, en su mayoría, se encuentran concesionados a grandes empresas privadas transnacionales, mexicanas o extranjeras. Evidentemente, de estas influencias no escapa el derecho, que refleja esta interacción condicionante entre poderes estatales e intereses privados.

derechos pasan por instituciones, procesos, normas jurídicas, creencias, valores, historias, tradiciones, culturas, etcétera. Pero ante hechos empíricos e ideas que existen sobre todos estos rubros que envuelven a la política, y con ella al ejercicio de los derechos, existe una mediación muy relevante para este trabajo: los discursos.

Los derechos están envueltos en *discursos*, en plural. Porque no es único, no hay uno sólo, no es solamente el que prevé un lenguaje formal —pensando en la norma jurídica estatal nacional e internacional vigente—, bien estructurado lógicamente, como pretendieran los ilustres filósofos del círculo de Viena con su lenguaje científico universal.⁹ Sino que son discursos disímiles, contradictorios, diferenciados, contextuales históricos, llenos de significados de sentidos, hijos de hermenéuticas personales y colectivas de seres humanos,¹⁰ que viven reproduciendo la política. He aquí el debate: los pueblos exigen los derechos desde sus narrativas, hermenéuticas propias; los Estados y poderes fácticos desde otras interpretaciones; en algunos casos pueden confluir, pero las mayoritarias prácticas discursivas socio-jurídicas latinoamericanas nos muestran sus contradicciones.

Los *discursos*, entre ellos los jurídicos, son parte de los procesos sociales que se construyen y reconstruyen en la interacción social, intersubjetivamente, mediados por las representaciones culturales, socioeconómicas, en fin, históricas, en las cuales está inmerso el grupo o las personas que lo emiten.¹¹ Entonces, hablar del discurso de los derechos nos otorga elementos para reconstruir las perspectivas de lo jurídico de los sujetos-grupos, las cuales varían desde sus posiciones de poder dentro-fuera del sistema social en que se encuentran. Por tanto, lo que se cree y se dice de los derechos no son procesos abstractos, neutrales y avalorativos elaborados desde el mundo académico, desde una institución estatal o desde algún medio de comunicación masiva, lo cual no quiere decir que cada ámbito tiene incidencia social desde sus propias lógicas discursivas. Lo

⁹ Véanse las obras de los neopositivistas, sobre todo del Círculo de Viena, en uno de sus mayores representantes Rudolf Carnap, en *Filosofía y sintaxis lógica*, 2a. ed., trad. de César Molina, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1998, y *An Introduction to the Philosophy of Science*, Martin Gardner (ed.), Nueva York, Basic, 1966.

¹⁰ Habermas, Jürgen, “Teoría analítica de la ciencia y la dialéctica”, en Adorno, Theodor W. et al., *La disputa...*, cit., pp. 151 y ss.

¹¹ Adorno, Theodor W. et al., *La disputa...*, cit., de Adorno la “Introducción”, pp. 30 y ss.

que afirmamos es que existen múltiples discursos sobre lo jurídico que se interrelacionan dialécticamente —entre la unidad y la contradicción—, condicionados socioeconómica y culturalmente, dentro de contextos históricos mediados por relaciones de poder.

Este condicionamiento socioeconómico-cultural de los discursos nos remite a concepciones ideológicas. La *ideología* la asumimos como el proceso de creencias, tradiciones y concepciones culturales que racionalizamos a partir de lo que hemos vivido, de lo que somos y asumimos que somos, marcadas por la posición sociopolítica que detentamos en la sociedad en que nos desarrollamos. En este sentido, los discursos jurídicos emergen entre las relaciones políticas culturales-ideológicas que se dan en la intersubjetividad relacional, que no se expresa únicamente entre personas, sino también colectivamente.

Si llevamos lo planteado hasta aquí al *ámbito científico social*, podemos afirmar que las teorías sociales —para este trabajo nos interesan las jurídicas— son un tipo de discurso que se elabora por las comunidades científicas en momentos históricos determinados.¹² Para acceder al denominado conocimiento científico se parte de posiciones *epistémicas*¹³ que determinan las relaciones entre las personas que intentan conocer mediante sus sentidos-racionalidades y aquello que se pretende cognoscible. En este sentido, siguiendo la línea argumentativa antes enunciada sobre los discursos, las perspectivas epistémicas vinculadas a las teorías científicas sociales llevan en sí la carga relacional política cultural-ideológica que hemos venido describiendo; la de los seres humanos con su realidad histórica. Y hablar de nuestra condición histórica es pensar nuestro posicionamiento político, social, económico, cultural-ideológico en un contex-

¹² Véase Kuhn, Thomas Samuel, *La estructura de las revoluciones científicas*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004. Para este autor, lo que predomina como paradigma científico en determinados momentos históricos es el consenso de la comunidad científica y no las supuestas rigurosidades metodológicas para la construcción de este tipo de conocimiento. En este sentido, por teorías entendemos el conjunto de conceptos que se elaboran con cierta sistematicidad, siendo aceptadas como *científicas* por una comunidad, también denominada *científica* en un contexto espacio-tiempo determinado, no por su rigurosidad metódica sino por aspectos culturales, ideológicos y lingüísticos de esta comunidad.

¹³ Las posiciones epistémicas son conocidas como: racionalismo, idealismo, subjetivismo, materialismo, empirismo, objetivismo, positivismo, dogmatismo, escepticismo y criticismo, entre otras. Se pueden consultar en Hessen, Johannes, *Teoría del conocimiento*, trad. de José Gaos, México, Editores Mexicanos Unidos, 2008.

to espacio-temporal determinado, como ya hemos mencionado. Por tanto, esto abortaría con la concepción básica científica moderna vinculada a lo social, que afirma que las teorías son productos racionales, abstractos, sin valores en tanto neutrales por su condición de cientificidad.

A partir de estas afirmaciones, el objetivo de este trabajo es analizar los discursos jurídicos teóricos relacionados con las *concepciones de los derechos*. Se pretende realizar un *análisis crítico-dialéctico de algunos fundamentos epistémicos-filosóficos del discurso liberal dominante*¹⁴ respecto a los derechos, que con ciertas variaciones han perdurado durante la vida jurídica moderna¹⁵ latinoamericana. Los elementos teóricos sometidos a crítica son: la teorización de los derechos como universales abstractos, la idea de los sujetos de derechos como entes individuales únicamente, y la inclusión de los bienes patrimoniales dentro de los derechos fundamentales.

¹⁴ Analizamos las nociones *dominantes* del discurso liberal porque asumimos que dentro de esta doctrina hay percepciones sobre los derechos con perspectivas teóricas tratadas de manera diferente a la que criticamos. En este sentido, no asumimos el liberalismo como la ideología política conservadora que dominó durante el siglo XIX posterior a la Revolución Francesa única y exclusivamente, sino como la ideología político-jurídica que en sus nociones epistémicas presenta perspectivas hegemónicas, desde el siglo XIX y hasta la actualidad, en las concepciones sobre los derechos. Para un estudio de la noción sobre lo liberal véase Doménech, Antoni, *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista*, Barcelona, Crítica, 2004; Pisarello, Gerardo, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2011.

¹⁵ Para este trabajo nos acogemos a las teorías que afirman que la modernidad como proceso histórico surge entre el siglo XIV y el siglo XVI. Aunque hay autores que afirman elementos modernos desde la Grecia clásica o en el siglo XI británico y la mayoría afirma sus inicios con las denominadas revoluciones europeas del siglo XVII en adelante, creemos que la teoría más certera es la que hace confluir el nacimiento de este periodo histórico con el surgimiento del sistema mundo capitalista (SMC), determinado por la conquista de América en 1492 y la conformación del primer Estado moderno con el reino de España; en conjunto, con el surgimiento y desarrollo de ideas “científicas” —en sentido amplio— respecto al conocimiento, el arte, la Iglesia y la religión, desde principios del siglo XIV y que se extendieron por todo el mundo moderno. En esta caracterización nos podemos acoger a la clasificación que realizan algunos autores, donde se presentan tres procesos dentro de la modernidad: *modernidad temprana* (1450-1648) —aunque estos años pueden moverse hacia siglos anteriores en el orden de la existencia de pensamiento moderno y relaciones capitalistas—, *modernidad madura*, a partir de las revoluciones en Inglaterra (1648), Francia (1789), la independencia de Estados Unidos (1776) y las independencias latinoamericanas (siglo XIX), y *modernidad tardía*, referente a las independencias de los países de Asia y África durante el siglo XX. Para abundar en estas perspectivas véanse autores y teorías como: sobre el sistema mundo capitalista, Immanuel Wallerstein y Samir Amin; desde la filosofía latinoamericana, José Gaos y Leopoldo Zea; desde la filosofía de la liberación, Enrique Dussel y Horacio Cerutti, por sólo mencionar algunos representativos.

El trabajo intenta demostrar cómo estos tres principios teóricos-filosóficos llevan en sí condicionantes epistémicas-ideológicas que reflejadas en el qué son los derechos, qué sujetos los detentan y qué bienes se protegen, generan exclusiones en la conformación del discurso jurídico respecto a lo que ocurre en lo social. Por tanto, como los discursos son prácticas sociales, *reflejan-son parte-crean* la realidad social —como ya se ha venido explicando—, aseveramos que las *exclusiones doctrinales jurídicas* no son meramente lingüísticas, sino que han incidido e inciden estructuralmente de manera desfavorable en la realización de los derechos de ciertos grupos o personas.

Las consecuencias son claras. Al no tener cumplidos los derechos, dichos sujetos se desenvuelven en el ámbito de la insatisfacción de sus necesidades, por tanto, se encuentran en estado de vulnerabilidad, exclusión social y discriminación¹⁶ respecto a otros seres humanos. Aquí no se concibe solamente la vulnerabilidad y la exclusión social determinada por la distribución equitativa de bienes¹⁷ regulados por los derechos, sino que recogiendo el análisis de Iris Marion Young sobre la justicia, se prevé que los derechos protegen en sí la satisfacción del contenido de necesidades que son básicas, como la vida, alimentación, agua, salud, educación, trabajo, cultura, libertades, etcétera, pero también todas las formas procesales decisorias mediante las que se definen estas necesidades, sus concepciones, sus adecuaciones y perspectivas pluriculturales. Es decir, las necesidades básicas van desde la sobrevivencia hasta toda la articulación mediante la cual las personas o grupos participan y toman activa y libremente las decisiones sobre la reproducción de la vida sociopolítica de una comunidad dada.¹⁸ Por tanto, el incumplimiento de los derechos abarcaría la insatisfacción del cúmulo de necesidades básicas, sus formas de definir las y decidir las en un colectivo determinado; por lo que, implicaría la inexistencia de una política válida y de una vida digna de ser vivida.¹⁹

¹⁶ Véase la relación de estos conceptos que se realiza en el estudio de este libro: “La categoría de discriminación y su relación con el paradigma de los derechos humanos: un apunte crítico”, de Rodrigo Gutiérrez Rivas.

¹⁷ Véase la nota 2, donde se refieren textos sobre vulnerabilidad y exclusión social en estos términos.

¹⁸ Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, España, Cátedra, 2000, pp. 35 y ss.

¹⁹ Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como procesos culturales. Críticas del humanismo jurídico abstracto*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2005, y *La reinención de los derechos humanos*, Andalucía, Atrapasueños, 2007.

La incidencia del discurso teórico jurídico en análisis, respecto a la aplicabilidad social de los derechos, no es unidireccional, lineal, en relación de causa-efecto. Existe una interrelación dialéctica —unidad y contradicción— histórica entre los discursos jurídicos teóricos y sus perspectivas prácticas. En este sentido, afirmamos que dichas concepciones de los derechos pueden ser condicionantes importantes del comportamiento social, mas no únicos ni linealmente determinantes.

Las argumentaciones previas se pueden ejemplificar dentro de campos específicos de lo jurídico, como el normativo, el de la enseñanza y la investigación. Las doctrinales liberales dominantes sobre los derechos se han interrelacionado dialéctica e históricamente con las normativas jurídicas vigentes de los Estados-nación modernos; dígase, hay un reflejo importante de lo universal abstracto, el individualismo y la patrimonialización en los contenidos de los derechos regulados, las obligaciones que de ellos se derivan, las formas de concebir sus procesos de garantización y los tipos de sujetos que los detentan. Esto ha sucedido a partir de que las epistemologías y teorías jurídicas de las cuales nacen y se desarrollan estos conceptos han sido hegemónicas²⁰ respecto a otras en los países donde han predominado las doctrinas liberales.²¹ Las concepciones enunciadas se han constituido desde la modernidad madura²² como las válidas y verdaderas —científicamente hablando—, conformándose en el eje epistémico dominante de las enseñanzas de lo jurídico. Además, dichas nociones teóricas han sido tomadas como los referentes básicos para las investigaciones teóricas, sociológicas y dogmáticas del derecho de las instituciones universitarias afines. En este sentido, los elementos conceptuales enunciados que serán analizados críticamente en este trabajo han sido reproducidos por los juristas en los ámbitos de su práctica profesional. No se les puede culpar, es lo que les enseñan, es lo que estudian, es lo que reafirman ideológicamente, y además, es lo que ha predominado

²⁰ Siguiendo a Antonio Gramsci, la dominación se da en la práctica social mediante mecanismos coercitivos y coactivos que presenta el Estado, mientras la hegemonía fluye mediante la ideología y todas sus implicaciones, la cultura, la educación, las tradiciones, los valores, etcétera.

²¹ Aunque el estudio no está centrado en ningún país, porque es una reflexión crítica teórica, estamos pensando sobre todo en la actualidad de nuestros países latinoamericanos, donde han predominado, en su mayoría, las doctrinas liberales en lo político y en lo jurídico en los últimos cien años. Para estos conceptos véase la nota 14.

²² Véase *supra*, la nota 15 sobre conceptualización de la modernidad.

como divulgación jurídica respecto a estos temas. Siguiendo a Thomas Kuhn, afirmamos que si bien las comunidades científicas son las que dicen qué es ciencia y qué no es ciencia, no por probarlo metódicamente sino porque ellas dominan/hegemonizan mediante sus discursos, tipos de investigaciones, publicaciones y redes académicas para estos fines;²³ las comunidades académicas de lo jurídico también actúan entre la dominación y la hegemonía mediante las mismas vías, imponiendo con su expansión y regulación cognoscitiva lo que consideran las teorías válidas para el derecho o no. Y si bien las ciencias sociales desde su surgimiento en el siglo XIX, se han desenvuelto entre la contradicción perenne de diferentes posiciones epistémicas para el análisis de lo social,²⁴ siempre ha habido balcones doctrinales privilegiados ante la marginalidad de gritos contestatarios.

Es de destacar que el estudio no pretende realizar un análisis de los niveles de cumplimiento de los derechos ni de cómo están regulados en normativas vigentes estatales nacionales o internacionales, porque extendería en demasía dicho trabajo. El objetivo principal es demostrar histórica y teóricamente cómo la universalización abstracta, el individualismo y la patrimonialización de los derechos son por sí mismos excluyentes en sus concepciones. Con esto, parece argumento suficiente para comenzar un debate que nos lleve de la mano hacia otras investigaciones donde se vean reflejadas dichas perspectivas en la dogmática jurídica y en su eficacia en un lugar determinado.

II. DISCURSO LIBERAL DE LOS DERECHOS. INTERESES Y FALACIAS DOMINADORAS

Las concepciones liberales hegemónicas de los derechos —universalistas abstractas, individualistas y patrimonialistas— tuvieron su génesis en el periodo histórico de la modernidad. A partir de ella se puede afirmar la

²³ Kuhn, Thomas Samuel, *La estructura...*, *cit.*

²⁴ Considero que las doctrinas jurídicas siempre se han desenvuelto dentro del ámbito epistémico metodológico del saber social, sea positivista, hermenéutico, crítico-dialéctico, analítico-lingüístico, etcétera. Un análisis acabado al respecto puede verse en Burgos Matamoros, Mylai, "El derecho como ciencia social. Un análisis crítico dialéctico", *Imaginando otro derecho. Contribuciones a la teoría crítica desde México*, México, UASLP, Facultad de Derecho, 2012.

existencia de un cambio paradigmático²⁵ en las concepciones del mundo, la sociedad y el papel que jugaba el ser humano en la transformación de su entorno. Este cambio de paradigma tiene bases en las complejas relaciones que se dan entre el incipiente desarrollo del sistema-mundo capitalista y las transformaciones de las nociones de la realidad que comienzan a hacer eco en personas y grupos de disímiles ámbitos sociales.²⁶ Abarcar el recorrido histórico de lo que implicó la epistemología moderna y su incidencia en el ámbito jurídico sería demasiado abarcador para este trabajo. No obstante, estas perspectivas epistémicas, que son esencialmente racionalistas y empiristas, son la base de las concepciones doctrinales de los derechos que han predominado entre los siglos XIX, XX y la actualidad, con algunas variaciones producto de las siempre dialécticas luchas de los grupos sociales por sus derechos. Intentaremos demostrarlo a partir del análisis histórico de los

²⁵ El concepto de paradigma al cual nos referimos es el aportado por Kuhn, ya mencionado anteriormente. El autor expone cómo las ciencias se han construido mediante ciclos históricos; primero, existe una etapa precientífica donde se acumulan saberes, hasta que éstos se constituyen en paradigma dominante o ciencia normal, marcados por el reconocimiento de la comunidad científica que construye la ciencia. Estos ciclos se repiten, pues la investigación científica continúa, pero la mayoría de las investigaciones se van a realizar sobre la base, y en el marco, de las teorías científicas que son aceptadas y reconocidas por la comunidad científica en el paradigma dominante. Esto provoca que existan conocimientos que no se consideran científicos, por su no aceptación, y que van constituyendo anomalías al paradigma dominante. Sólo el paradigma dominante deja de serlo por un proceso de ruptura que constituye la revolución científica; la acumulación de anomalías es tal que ya el anterior paradigma no tiene sentido, y estas anomalías se instauran como nuevo paradigma dominante o ciencia normal, por la condición de que ha sido aceptado por la comunidad científica existente.

Es válido destacar que Kuhn llega a plantear que la comunidad científica de un paradigma dominante prácticamente tiene que desaparecer en cuanto a sus miembros para que pueda el nuevo paradigma aflorar, pues el diálogo entre las dos comunidades es incommensurable, es decir, no puede existir diálogo alguno entre las dos comunidades que generalmente tienen diferencias generacionales, debido a que no se comprenden unos a otros por el cambio de las teorías, los conceptos, las definiciones, etcétera. Véase Kuhn, Thomas, *La estructura...*, cit.

²⁶ Las perspectivas de la realidad cambiaron para científicos, filósofos, artistas y religiosos, demostrándose en los acontecimientos históricos de la revolución científica, el Renacimiento y la reforma protestante desde aproximadamente el siglo XVI. Considero que estos procesos históricos modernos por esencia constituyen uno sólo, con un clímax respecto a lo político-jurídico con las ideas de la Ilustración del siglo XVIII, aunque dentro del pensamiento ilustrado ya comenzamos a encontrar las críticas al propio ideario moderno en desarrollo. En este sentido, no es lo mismo abordar el pensamiento de John Locke (1632-1704), que marcó pautas de lo moderno, que al ideario rousseauiano (1712-1778), que ya presenta críticas a los fundamentos modernistas en el ámbito político-jurídico.

discursos teóricos jurídicos de los derechos, en función de las categorías que son objeto de crítica.

1. EL DEVENIR HISTÓRICO SOCIAL DE LAS CONCEPCIONES MODERNAS DE LOS DERECHOS

La perspectiva de los derechos que dominó completamente durante el siglo XIX fue la concepción clásica liberal.²⁷ Había triunfado el *largo termidor* conservador frente a la tradición más democrática revolucionaria de la Revolución Francesa, la jacobina.²⁸

Los principios fundamentales de estas doctrinas liberales dominadoras se basaban en que los seres humanos-*individuos* son todos *libres e iguales*, con igual capacidad para participar en el mercado y producir, hacer circular e intercambiar bienes y servicios, siendo ésta la esencia de su interacción. Por tanto, las relaciones socioeconómicas debían desarrollarse en un marco de *certeza, previsibilidad y seguridad* para que si una persona-*individuo* causaba daño a otra, por negligencia o voluntariamente, fuera responsabilizada por daños y perjuicios. Por supuesto, era el *mercado el mecanismo ideal* para el desenvolvimiento de todo tipo de relaciones socioeconómicas, donde el Estado sería el interventor, mediante el derecho, del aseguramiento del desarrollo de dichas relaciones sin ningún impedimento. Es decir, la entidad estatal tenía la función mínima de *defensa y seguridad* de las interacciones humanas mediante el sistema jurídico —normativas e instituciones—.

Desde el punto de vista económico-jurídico, se entienden tales concepciones mediante la relación socioeconómica capital-trabajo como relación jurídica civil contractual entre supuestos iguales, el patrón y el empleado. Esto implicaba que las partes en igualdad legal pactaban *libremente* el intercambio de bienes, servicios o fuerza laboral, por un precio y/o salario, sin la intervención de autoridad estatal ni institución gremial o

²⁷ Para mayor información histórica acerca del desarrollo constitucional de los derechos véanse desde diferentes perspectivas epistémicas, las siguientes obras: Fioravanti, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 1996; De Cabo, Carlos, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, Barcelona, PPU, 1993, vol. II; Pisarello, Gerardo, *op. cit.*; Doménech, Antoni, *op. cit.*

²⁸ Doménech, Antoni, *op. cit.*, pp. 73 y ss.

sindical, porque podían provocar una interferencia indebida en el principio básico del sistema político, la *autonomía de la voluntad* de las partes.

Bajo estas premisas es que los derechos potenciados y regulados fundamentalmente en el sistema liberal clásico fueron los denominados derechos de libertad, de autonomía, o civiles y políticos —vida, libertad de expresión, libertad de tránsito, libertad económica, derecho de propiedad, derecho al voto y a ser votado, derecho a participar políticamente en las decisiones estatales, entre otros—, sustentados sobre la base de los principios de autonomía de la voluntad, igualdad formal y legalidad —todos los *individuos* somos iguales ante la ley sin distinción de nacimiento, preferencias o estatus social—.²⁹ En este sentido, como todo derecho requiere de protección, el gendarme estatal sale a la luz mediante las instituciones policiacas de vigilancia y judiciales para garantizar la libertad de la *lex mercatoria* como pilar del funcionamiento social de la época. Desde estas concepciones surgen las normativas constitucionales que se produjeron por las revoluciones burguesas, legalizando un régimen de evidente desigualdad,³⁰ sobre todo entre capitalistas empleadores y trabajadores empleados.

Es evidente dentro de este contexto histórico cómo las concepciones de igualdad formal implicaron una universalidad falaz debido a que trataba como iguales a los que por condición socioeconómica eran completamente diferentes. Además se concebía a los sujetos de derechos como individuos, autónomos, fragmentados, donde lo que primaba era su condición de supuesta libertad para decidir sobre su condición económica, en un contexto socioeconómico desigual por naturaleza, el capitalismo.

Pero las realidades son más complejas que los discursos teóricos y técnicos jurídicos. En este sentido, durante el propio siglo XIX, en el propio marco de las doctrinas del liberalismo y producto de las ineficaces prácticas políticas para la satisfacción de las necesidades básicas de las mayorías poblacionales, como el trabajo, la salud, la educación, la vivienda, la

²⁹ Todas estas nociones acerca de los derechos civiles y políticos potenciados por los principios de autonomía de la voluntad y la igualdad ante la ley estaban dirigidas a desmantelar toda concepción elitista, de castas, de nobleza, defendida por los sistemas políticos previos a las revoluciones burguesas, los conocidos Estados absolutistas modernos donde primaban regímenes monárquicos y aristocráticos.

³⁰ Courtis, Christian y Abramovich, Víctor, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Madrid, Fundación Sindical de Estudios, Editorial Bommarzo, 2006, p. 13.

alimentación, etcétera, surgen nuevas concepciones sobre los derechos. El sistema político económico del capital industrializado hacía surgir desde su fuero interno sus propias críticas antagónicas. La expresión estuvo en las luchas sociales que se generaron —fundamentalmente obreras—, contra el desmedido individualismo posesivo, el patrimonialismo y la mercantilización de la vida social.

Dichas luchas sociales se enfrascaron entonces en el cambio de las condiciones de vida del sector más desfavorecido, pero a la vez más fortalecido organizativamente, los trabajadores, incidiendo en el campo legal desde la elaboración de un discurso por los derechos que se denominaron sociales. Se fue desplazando así, teórica y normativamente, el modelo jurídico liberal clásico por uno de corte social, lo cual se vio reflejado en los cambios que se fueron dando en sus premisas básicas:³¹

- 1) Principio de igualdad: la noción de igualdad formal ante la ley entre las partes es desplazada por la idea de desigualdad material entre los contratantes, propiciando la idea del trato diferenciado entre partes en condición desigual, en este caso, el empleador y el trabajador.
- 2) De lo individual a lo colectivo: se realiza una fuerte crítica a la perspectiva individual de las relaciones laborales contractuales, asumiendo que las mismas tienen un carácter colectivo y no individual. Esto propició que se reconocieran los organismos sindicales como cuerpos colectivos que, entre otras cosas, podrían ejercer como actores jurídicos que gestionaran las regulaciones laborales para todo el grupo empleado. También se establecen instrumentos jurídicos de defensa colectiva de los trabajadores como el derecho a huelga.
- 3) Función del Estado: la entidad estatal deja atrás sus límites ante el mercado y las supuestas relaciones contractuales libres para constituirse mediador de las relaciones entre patrones y trabajadores, sobre todo asumiendo un papel protector ante la parte menos fuerte, los empleados. Este papel activo del Estado pasa desde regular en materia laboral, vigilar el funcionamiento de las condiciones de trabajo establecidas, así como ejercer a manera de árbitro en los conflictos de la compleja relación capital-trabajo.

³¹ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

- 4) Responsabilidad contractual laboral: la responsabilidad deja de ser subjetiva, por negligencia o dolo, pasando a tener un carácter objetivo, es decir, que independiente de la voluntad o no del daño o el perjuicio ocasionado, siempre habría una indemnización al trabajador, sobre todo por motivos de enfermedad o accidente laboral.

Los cambios de las nuevas concepciones jurídicas no se concentraron solamente en el ámbito laboral, debido a que el mercado nunca fue suficiente para satisfacer las necesidades básicas de los diferentes grupos de personas. Por tanto, llevó al Estado, inmerso en el ambiente de conflictividad social, a ampliar su actividad a esferas que debían suplir individualmente los grupos sociales según la doctrina liberal. Estos fueron los sistemas de seguridad social, salud y educación pública, acceso a la vivienda, al transporte, al agua, abastecimiento de alimentos, etcétera. Las nuevas nociones de los derechos se consolidaron desde finales del siglo XIX hasta la segunda posguerra del siglo XX. Había nacido el denominado Estado social de derecho.³²

Si bien lo planteado previamente es una verdad histórica, es relevante afirmar que las concepciones y positivizaciones de los denominados derechos civiles y políticos respondieron a un sentido político e ideológico vinculado a los intereses de los grupos que dominaron el resultado del proceso histórico de las llamadas revoluciones burguesas. A la burguesía ubicada sobre el pedestal del incipiente capitalismo industrial le interesaba, ante todo, garantizar los denominados derechos de libertad, con primordial importancia en la libertad económica y el derecho de propiedad, frente a un Estado que no detentara privilegios ni interviniera de ninguna manera en estos procesos socioeconómicos, sólo como policía vigilante y sancionador de la infracción cometida entre las partes autónomas y supuestamente libres, como ya hemos mencionado.

Las nuevas concepciones de los derechos y su normativización es producto de las luchas por los derechos que mencionamos al inicio de este trabajo. Los desposeídos, los invisibles, lucharon frente al capital por me-

³² Para conocer más del Estado social de derecho o el denominado constitucionalismo social véase *supra* nota 29, así como: Ferrajoli, Luigi, "Estado social y Estado de derecho", y Pisarello, Gerardo, "El Estado constitucional como Estado social: mejores garantías, más democracia", ambos en Courtis, Christian *et al.* (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.

jores condiciones de vida y le arrancaron nuevas formas jurídicas desde su conceptualización hasta su positivización. Se refleja así la contradicción dialéctica entre los discursos como prácticas socio-jurídicas y sus resultados dentro de determinados contextos históricos.

Pero la realidad histórica demostró que el cambio no fue profundo, epistémico, ideológico, sobre las nociones universalistas abstractas, individualistas y patrimonialistas de los derechos. Garantizar educación, salud, vivienda, alimentación, trabajo, seguridad social, acceso a la cultura, no era una prioridad económica de la clase burguesa en el poder en el siglo XIX. Esto implicaba sacrificios económicos que el capital no estaba dispuesto a soportar, y afirmamos que sólo los acometió en el siglo XX, siempre y cuando no impidieran su propio desarrollo dominador.

En este sentido, el *reconocimiento universal* de los derechos se quedaba en la abstracción; nunca abarcaba la realización social universal, para todos, generando procesos de exclusión y discriminación en determinados grupos sociales.

La explicación nos la otorga Gerardo Pisarello al realizar el análisis histórico del surgimiento de los derechos sociales,³³ cuando afirma que el surgimiento del Estado social de derecho en el siglo XX se produce porque ya estaban garantizados los derechos civiles, políticos y patrimoniales a partir del liberalismo político del siglo XIX. Esta afirmación no es más que una falacia teórica hegemónica. Por un lado, los denominados derechos de primera generación no estaban satisfechos respecto a muchos grupos en lugares donde se comenzaban a reconocer demandas sociales; por ejemplo: el derecho al voto de las mujeres permaneció en la oscuridad en algunos países hasta la primera mitad del siglo XX; los derechos civiles de los negros en Estados Unidos estuvieron también restringidos hasta el surgimiento del movimiento de los *civil rights* en los años sesenta; respecto a los bienes patrimoniales, siempre ha habido falta de acceso por parte de grupos vulnerables o hasta invisibilizados como los campesinos y los indígenas en muchos países periféricos.

Por otro lado, el supuesto reconocimiento universal de los derechos sociales se constituyó desde un inicio como contratos sociales de exclu-

³³ Estas nociones se encuentran en los estudios realizados sobre los derechos sociales en la obra de Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 19-36, y Pisarello, Gerardo, *Un largo temido...*, cit., pp. 45 y ss.

sión. Primero, la relación global de los países centros y periféricos, donde las disparidades socioeconómicas entre unos y otros provocaron que los primeros tuvieran derechos sociales garantizados —educación, salud, condiciones laborales dignas, etcétera—, a costa de la riqueza extraída en los segundos mediante procesos económicos, como la compra de materia prima barata y la venta posterior de productos manufacturados, la explotación de la mano de obra económica por su baja calificación profesional y la demanda excesiva de trabajo remunerado, etcétera.³⁴ Otra forma excluyente de las regulaciones sociales se expresa mediante su carácter formal abstracto, pues en muchos países latinoamericanos no se establecieron reales procesos de garantía de los derechos, y los grupos más desfavorecidos vieron como letra muerta las demandas sociales establecidas. Por último, la regulación de los derechos asociados a la categoría de ciudadano constituye un estatus privilegiado para la obtención de derechos sociales como los laborales, de salud, vivienda, etcétera, frente a la condición del migrante, fenómeno cada vez más extendido en este mundo globalizado, dentro de la misma desigual relación entre países centros y periféricos.³⁵

³⁴ Para conocer más sobre las relaciones globales centro-periferia en el sistema mundo capitalista se pueden consultar innumerables materiales relacionados con la teoría del moderno SMC en autores ya mencionados como Immanuel Wallerstein y Samir Amin, en los siguientes textos: Amin, Samir, *Los desafíos de la mundialización*, México, Siglo XXI, 1997, y *Más allá del capitalismo senil*, Buenos Aires, Paidós, 2003; Wallerstein, Immanuel, *Geopolítica y geocultura. Ensayos sobre el moderno sistema mundial*, Barcelona, Kairós, 2007; *Análisis del sistema-mundo*, México, Siglo XXI, 2005; *Capitalismo histórico y movimientos antisistémicos. Un análisis de sistema-mundo*, México, Akal, 2004; *El moderno sistema mundial, I. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI*, Madrid, Siglo XXI, 1979; *El moderno sistema mundial, II. El mercantilismo y la consolidación de la economía-mundo europea, 1600-1750*, Madrid, Siglo XXI, 1984; *El moderno sistema mundial, III. La segunda era de gran expansión de la economía-mundo capitalista, 1730-1850*, México, Siglo XXI, 1988; Aguirre Rojas, Carlos Antonio, *Immanuel Wallerstein. Crítica del sistema-mundo capitalista*, México, Era, 2003.

La relación centro-periferia analizada desde América Latina se puede encontrar concentrada en autores dentro de la denominada teoría de la dependencia. Algunas de las obras más relevantes son: Cardoso, Fernando H. y Faletto, Enzo, *Dependencia y subdesarrollo en América Latina*, México, Siglo XXI, 1976; Gunder Frank A., *América Latina: subdesarrollo o revolución*, México, Era, 1963; Dos Santos, Theotonio, *La teoría de la dependencia: balances y perspectivas*, Plaza y Janés, 2003; Prebisch, Raúl, *El capitalismo periférico: crisis y transformación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981.

³⁵ Hay que destacar que esta categoría de centro-periferia no es absoluta, puesto que realmente puede darse la condición de centro para una región y ser periferia para otra, e in-

Se demuestra así una vez más que la universalidad abstracta y la patrimonialización de los derechos predominó nuevamente en este segundo momento doctrinal jurídico. Si bien no se comportó de la misma manera que durante los inicios de la modernidad madura, la esencia epistémica-ideológica del capital no varió por su condición inherente de dominación, incluso adaptado a las nuevas condiciones impuestas por las luchas sociales.

Hay que destacar que existe un tercer momento doctrinal donde la lucha de los pueblos por su autodeterminación entra en contradicción con la concepción individualista abstracta de los derechos, abogando por su carácter colectivo.³⁶ Desde la segunda mitad del siglo xx se han establecido concepciones doctrinales sobre los derechos de sujetos colectivos, como la autodeterminación de los pueblos. Las arduas luchas acometidas entre discursos individualistas y colectivistas se han movido dialécticamente, reflejándose hoy en la positivización de estos derechos en el marco normativo internacional de los derechos humanos y en innumerables marcos constitucionales de nuestro continente. No obstante, países como México, que incluso reconoce constitucionalmente los derechos colectivos, juega con el discurso de manera dominante, realizando cambios legales que limitan la verdadera realización de los derechos de los pueblos indígenas. Los ejemplos están en los procesos de reforma que se dieron en 1992, 2001 y 2011, donde hay un reconocimiento de los sujetos colectivos, pero apenas se abren las puertas para que se lleven a cabo procesos de garantía de sus derechos, quedando una vez más en letra muerta los derechos normativizados.

2. UNIVERSALISMO E INDIVIDUALISMO ABSTRACTO EN LOS DERECHOS

La categoría de universalidad no es otra cosa que la noción de que los derechos son atribuibles a toda persona, sin que su titularidad y exigibilidad estén condicionadas por ningún elemento político, jurídico, social, económi-

cluso que en un propio territorio existan distinciones ambiguas, más en la crisis económica actual que sufre la economía global.

³⁶ Para un estudio histórico sobre el tema véase el artículo “Los derechos colectivos de los pueblos indígenas en México”, de Benjamín Cervantes, Lizbeth Hernández y Mylai Burgos Matamoros, presentado en las Jornadas Lascasianas efectuadas en Xalapa, Veracruz, en noviembre de 2012.

co, cultural e histórico, es decir, en el espacio y tiempo. Toda persona tiene derecho a la vida, a las libertades, educación, salud, trabajo, seguridad social, agua, alimentación y vivienda, sin restricción alguna, sin importar que viva en un lugar donde no exista regulación jurídica positiva al respecto ni voluntad política para que estos derechos se ejerzan y se exijan, o recursos para poder realizar los mismos. La universalidad implica que toda persona, sin excepción, es titular de los derechos humanos fundamentales.

Decir que estamos en contra de este concepto sería ir en contra de los derechos fundamentales para la vida de los seres humanos. El problema no es la universalidad en sí, sino el carácter *abstracto* de la misma, su falta de contenido concreto, real, que nos remite a que podemos tener derechos discursivamente, teórica o normativamente, pero sólo como derechos en el aire o de papel,³⁷ ya que no se tienen en cuenta sus necesarios contenidos materiales.

Lo universal es abstracto per se, plantea Recaséns Siches, no puede tener ningún elemento concreto, sólo es forma, no contenido, por tanto es un significante vacío.³⁸ En este sentido, el *universalismo*, regularmente, es *impuesto* en nombre de la *igualdad formal de homogeneización individual*. Como la realidad es compleja, el universal, que debe ser abstracto, sin significado, en muchas ocasiones se le dota de contenido, dejando de ser universal, volviéndose un particular. Por ejemplo, el *derecho a la cultura*. Si de este enunciado comenzamos a definir qué es derecho, qué es cultura, llegará un punto de la conceptualización que la abstracción se particulariza en un contenido que tiene contexto histórico, espacio y tiempo. Está de más referir las múltiples definiciones de derecho que ha habido y subsisten en la actualidad, al igual del término cultura. Y es aquí cuando el universal se vuelve *dominante*, en el momento en que se le ha dotado de contenido y se continúa prescribiendo como universal.

Cuando se dice que el derecho es X concepto, y que la cultura es Y concepto, sin aceptar que pueden existir otras conceptualizaciones al respecto, estamos imponiendo desde una determinada cosmovisión una forma de ver la realidad. Hay que destacar que entonces este universal abstracto se ha convertido en un *particular impuesto*, que excluye, porque

³⁷ Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como procesos culturales...*, cit.

³⁸ Recaséns Siches, Luis, "La finalidad en la esencia de lo jurídico y en la teoría fundamental del derecho", *Lecturas de filosofía del derecho*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1991, p. 4.

silencia al otro mediante su singularidad configurada como falaz universal.³⁹ La exclusión se da por su propia naturaleza irreal, porque de la totalidad universal pasa a la unidad y a la homogeneidad, que no es otra cosa que la imposición de alguna perspectiva epistémica, cultural, ideológica, de alguna noción de realidad.

Otro elemento de la universalidad abstracta es la *neutralidad*. La falta de contenido, la abstracción, implica que no recoge valores, es ahistórico. Los valores son procesos particulares subjetivos —dirían idealistas— o procesos objetivos históricos —dirían materialistas—, por tanto, éstos, en su relación de particularidad, no pueden ser parte de los universales. En este sentido, los derechos como universales abstractos, es decir, significantes vacíos, sin contenido empírico concreto y sin relación a los valores de una sociedad, serían neutrales, no tomarían parte con respecto a ninguna posición particular de personas o grupo social. Se pretende así que los derechos se comporten científicamente dentro de un ámbito de *objetividad*, mediante la neutralidad axiológica-ideológica donde existen de manera abstracta para todos. Entonces los derechos no tienen así relación con la política ni con la cultura ni con la ideología.

Los derechos como universales son para sujetos que tienen el común genérico del ser humano, homogéneos, *individuos abstractos*, autónomos en su supuesta voluntad porque se desarrollan separados de la realidad social, por su carencia de contenidos, se cosifican. Ese individuo abstracto universal es uniforme por su condición eterna de humanidad inamovible, absoluta, metafísica, de privilegiada racionalidad instrumental. Es así que se esconden las diferencias fácticas que tenemos como seres humanos; se oculta lo que dentro del género nos caracteriza como especie, empírica, contextual e históricamente. Se obvia así la pluralidad cultural, ideológica y los diferenciados posicionamientos políticos y sociales que presentamos sujetos y grupos en sociedad. Es así como se disimulan bajo el principio de igualdad formal las múltiples desigualdades, exclusiones y asimetrías sociales en las cuales hemos vivido y permanecemos los seres

³⁹ Para una crítica sobre el universal dominante o particular impuesto véase Sanín Restrepo, Ricardo, *Teoría crítica constitucional. Rescatando la democracia del liberalismo*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 31 y ss.; De Sousa Santos, Boaventura, *La caída del Ángelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, cit., pp. 125 y ss., y De Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, cit., pp. 193 y ss.

humanos. En este sentido, se indefinición la opresión, sus formas y expresiones, eliminando la capacidad de movimiento, contradicción y transformación que podemos tener las personas para con la realidad, transformándose ésta en un *telos* intocable, ineluctable.

Ante esta situación, no se propone el *relativismo extremo* proclamando que todo lo que existe es apreciado desde el sujeto, desde su contexto espacio-temporal, marcado por su intersubjetividad, su interpretación, por lo cual su diversidad se vuelve inconmensurable porque todo se torna relativo.⁴⁰ Esta posición dificulta la determinación de hechos que existen, y provoca más bien una confusión nihilista acerca de la realidad. En el marco de los derechos nos nublan las perspectivas desde las cuales podemos dilucidar el desenvolvimiento de los procesos jurídicos y políticos, sus prácticas emancipatorias y/o dominadoras para el propio desarrollo personal o colectivo.

Nos acogemos a una solución interesante propuesta por Pisarello: el *universalismo pluralista*,⁴¹ donde el primer derecho universal es el derecho de todos a la diversidad. Pero este derecho se desenvuelve en la dialéctica de lo que el autor denomina un *pluralismo universalizable*, que no es otra cosa que preferir la igualdad cuando las diferencias implican opresiones y exclusión como las desigualdades económicas; y acudir a la diversidad cuando la igualdad genera dominación mediante la uniformidad que caracteriza, como es el reconocimiento de la igualdad formal ante la ley sin el respeto a las diferencias socioeconómicas, culturales, sexuales, etcétera. Todo el desenvolvimiento de estos principios sería bajo los signos del reconocimiento de la intersubjetividad y la deliberación democrática participativa como garantía de pluralidad e inclusión, respectivamente, sobre todo para los grupos en estado de vulnerabilidad.

3. LA PATRIMONIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS

Además de todo lo planteado, el individualismo abstracto, cosificado, universal homogéneo se vincula a la autonomía de la voluntad mediante las categorías posesorias acumulativas y de ganancia individual. En ese sen-

⁴⁰ Para un estudio de concepciones relativistas relacionadas con el derecho se puede acudir a autores posmodernos como Lyotard, Jean-François, *La diferencia*, Barcelona, Gedisa, 1999.

⁴¹ Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías...*, cit., pp. 50-52.

tido, se vinculan los derechos como universales, abstractos, individuales y posesivos, equiparados a los derechos patrimoniales. Se considera así que los bienes referentes al patrimonio deben ser igualmente protegidos que los bienes recogidos en el resto de los derechos, lo cual ya ha distinguido la doctrina como derechos fundamentales o humanos.

Los derechos patrimoniales teóricamente no son iguales que los derechos humanos. Su similitud discursiva práctica con el derecho a la vida, las libertades y los derechos sociales está motivada por el interés en la modernidad en el sostén del pilar básico del sistema mundo capitalista y su desarrollo, la ganancia y la acumulación mediante el intercambio de mercancías.

Los derechos patrimoniales no son derechos humanos desde dos aspectos básicos: desde su concepción estructural formal y desde los contenidos materiales que protegen.

En este sentido, las diferencias estructurales que tienen los derechos humanos respecto a los derechos patrimoniales parten de su naturaleza jurídica, su estructura teórica con consecuencias para los diferentes ámbitos jurídicos, como la protección, defensa y satisfacción de los mismos.⁴²

Los *derechos humanos* son derechos que protegen bienes jurídicos que la historia de la humanidad ha determinado como imprescindibles para la vida y el desarrollo de las personas. Éstos se han denominado derechos civiles, políticos, sociales y ambientales. Por ejemplo, la vida, las libertades de expresión, tránsito, información, religiosa, política, de asociación, la integridad física, la educación, la salud, el trabajo, la alimentación, el agua, la vivienda, el ambiente, la participación política, el voto, ser votado, la consulta, etcétera.

Estos derechos tienen la característica de ser *universales* porque todos los sujetos pueden ser titulares de los mismos. Son derechos *inclusivos*, que forman la base de la igualdad jurídica, ya que no dependen del lugar ni de la condición personal de los sujetos ni de la legislación vigente, donde cada persona es titular en igual forma y medida.

Además, son *indisponibles*, *inalienables*, *intransmisibles*, *inviolables* y *personalísimos*. Es decir, son invariables, no se cambian, no se acumulan; no se tiene más libertad si no se tiene libertad; no se tiene más salud

⁴² Para profundizar en este tema puede verse Ferrajoli, Luigi, *Derechos y sus garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 42, 45 y ss., y 101 y ss.; *id.*, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 859-864.

adecuada si no se tiene salud adecuada; no se tiene más ambiente adecuado si no se tiene ambiente adecuado; no se tiene más voto si no se tiene voto. Los derechos civiles, políticos, sociales no varían a la hora de su ejercicio, ya que no se consumen, no se venden, no se permutan, no se arriendan, y deben estar sustraídos a las decisiones de la política y del mercado. La indisponibilidad de este tipo de derechos puede ser *activa* —no puedo vender, transmitir, mi salud, mi vida, mi libertad—, si alguien enajenara su salud, su libertad o su vida estaría negando el derecho en sí mismo. También la indisponibilidad puede ser *pasiva* —no pueden ser objeto de expropiación ni limitables por otros sujetos ni por el Estado—, por tanto son inviolables.

Relacionando la universalidad con la indisponibilidad, podemos plantear que como los derechos humanos son para todos los sujetos, entonces todos los bienes que allí se protegen son para todas las personas y tienen como característica esencial la indisponibilidad.

Siguiendo esta línea argumentativa, también podemos comentar que los derechos en análisis tienen la característica de ser *ex lege*; su autoridad emana sin necesidad de que se dé un presupuesto dado, un hecho previo para que el derecho se exprese o se ejerza, aunque están contenidos en las leyes, sobre todo en las reglas constitucionales. Por ejemplo, el derecho a la vida ya es un derecho en sí, las personas son titulares del mismo, no comienza a ejercerse cuando alguna persona es agredida en su integridad física; ya la persona lo detenta. En este sentido, los derechos fundamentales se identifican con las mismas normativas que los atribuyen, las cuales se denominan *normas téticas* porque disponen situaciones expresadas mediante ellas.⁴³

Por último, podemos decir que los derechos humanos son *verticales*, generan relaciones jurídicas públicas entre las personas y/o frente al Estado. Donde se establecen obligaciones y prohibiciones para con la entidad estatal, cuya violación causa invalidez de la decisión o normativa pública emitida, mientras su observancia es condición de legitimidad de dichos poderes públicos.

Ahora pasemos a *los derechos patrimoniales*. Éstos regulan bienes jurídicos relacionados con posesiones de carácter material, como la pro-

⁴³ Las normas téticas también pueden imponer obligaciones como señales del tránsito o prohibiciones como los delitos. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y sus garantías...*, cit., p. 49.

piedad o posesión de un bien mueble o inmueble. También pueden contener bienes de carácter inmaterial como el derecho de autor sobre obras, patentes, marcas, etcétera.

Los derechos patrimoniales son *exclusivos*, *singulares*, respecto a la titularidad de los sujetos; puede haber uno o varios titulares, pero pertenecen a cada persona de manera diversa, lo mismo en calidad que cantidad. En este sentido, cuando un sujeto tiene un derecho patrimonial sobre algún bien jurídico, excluye a todas las personas de esta posesión; mi auto es mío, no es de otros, ni de todos, es exclusivamente mío en cuanto a derecho de propiedad o posesión se refiere. Es importante comentar que esta exclusión o singularidad no es referente a los derechos de autonomía de la voluntad que es la potencialidad que tiene un sujeto para convertirse en propietario o ejercer como sujeto económico, lo cual constituye la capacidad jurídica de las personas; ni tampoco nos referimos a la facultad que alguien tiene como propietario para disponer de sus bienes, que implica la capacidad de obrar; estos dos son derechos civiles fundamentales.

Por otro lado, son *disponibles* por su naturaleza, *negociables* y *alienables*, se acumulan, varían, se cambian, se venden, se alteran, se extinguen por ejercicio, se consumen, se permutan, se dan en arrendamiento. Estos derechos, en la medida que son singulares, pueden ser objeto de cambios, es decir, la disponibilidad está relacionada con sus características de singularidad.

Además, son *normas hipotéticas*, no adscriben ni imponen inmediatamente nada, simplemente predisponen, suponen situaciones jurídicas como efectos de los actos jurídicos previstos en ellas, en una relación de género y especie. Por ejemplo, la compraventa sería el género previsto en las normas jurídicas, la cual no te impone nada por sí misma. Mientras, la especie, la posesión o propiedad de una empresa, comprada bajo el amparo de la normativa establecida y consecuencia de ella.

Por último, comentar que los derechos posesorios son derechos *horizontales* porque generan relaciones jurídicas intersubjetivas, en la esfera privada, de tipo civilista, como puede ser contractual, sucesoria, donataria, etcétera. A estos derechos les corresponde la genérica prohibición de lesión en caso de los derechos reales u obligación de deber en caso de derechos de créditos, por ejemplo.

Para concluir este análisis teórico estructural entre derechos humanos y derechos patrimoniales, podríamos resumir sus características distintivas. Los derechos humanos son universales e incluyentes, indisponibles, inalienables, intransmisibles, inviolables y personalísimos. Sus normativas son téticas y su relación jurídica es de carácter vertical, porque implica relaciones públicas y de obligación para el Estado. Mientras, los derechos patrimoniales son exclusivos y singulares, disponibles, alienables y transmisibles. Las normas jurídicas que los prevén son hipotéticas y sus relaciones jurídicas son de carácter horizontal, en tanto se establecen en la esfera privada.

Además de todo lo expuesto, creemos también que estos derechos tienen grandes diferencias materiales, de contenido, en los bienes que protegen respectivamente. Las diferencias que encontramos son palpables: los bienes que protegen son necesarios para la sobrevivencia humana, dignamente, frente a bienes que son procesales, que no son elementales para la vida.

Es menester aclarar que no estamos en contra de los derechos patrimoniales sino que, en el ámbito de los derechos humanos, los concebimos como mediaciones jurídicas para garantizar la protección de algunos derechos humanos. Por ejemplo, la vivienda adecuada se puede defender mediante un título de propiedad, la tierra del campesino mediante un título de posesión o tenencia, etcétera. Pero una mediación institucional no es esencial para tener un derecho, como es el de la vivienda adecuada para tu cobijo o la tierra para tu sustento laboral, alimentario y de vida.

Esto implica que la prioridad son los derechos humanos, su regulación, respeto y garantización en aras de que las personas puedan tener satisfechas sus necesidades básicas, primando la distribución lo más universal posible de la riqueza y no la acumulación individualista desmedida de bienes. La historia de la humanidad ha demostrado que al concederle la misma relevancia teórica y dogmática a los derechos fundamentales respecto a los derechos patrimoniales,⁴⁴ en la práctica, estos últimos

⁴⁴ La categorización igualitaria de estos derechos tiene su raíz histórica en las doctrinas del liberalismo clásico, sobre todo en John Locke, cuando fundamentó que los derechos fundamentales eran la vida, la libertad, la propiedad y la resistencia. Desde el punto de vista positivo, así terminó regulándose en los documentos constitucionales que emergieron de las revoluciones burguesas, como, por ejemplo, los artículos 2o. y 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Véase Locke, John,

siempre entran en colisión con los primeros, desplazándolos y priorizando la acumulación excluyente de bienes, generando a su vez mayores insatisfacciones de los derechos fundamentales, sobre todo los sociales. Se apuesta, en este caso, por la propiedad y la posesión, pero controlada, como medio de protección para la satisfacción de otros derechos, y sobre todo con carácter social, como el usufructo, la propiedad cooperativa, personal, que propicie una distribución equitativa de la riqueza lo más incluyente posible, al igual que los derechos fundamentales.

III. CONCLUSIONES

El análisis de la naturaleza excluyente del discurso liberal dominante de los derechos nos permite reconocer las falacias dominadoras en las cuales están inmersas estas nociones teóricas. Los derechos como entes universales, abstractos, neutrales y objetivos; de sujetos individuales, cosificados, uniformes, donde el patrimonio acumulativo tiene el mismo valor que la vida digna, no es otra cosa que la justificación epistémica-teórica-ideológica del capital para que los derechos no sean los ejes fundamentales del funcionamiento socio-jurídico.

La eliminación de todo contenido real del proceso material de la vida, que implica desde el reconocimiento diferenciado de lo que somos hasta la protección, cumplimiento y satisfacción de los bienes protegidos en los derechos mismos contextualizados históricamente, nos hace obviar los procesos reales de desigualdad, exclusión y discriminación que existen a la hora de ejercer los derechos.

Esta lógica recalca en la premisa de que tenemos “derecho a tener derechos”, que no es otra cosa que los derechos estén regulados en los ordenamientos jurídicos positivos nacionales o internacionales como ese

Segundo tratado sobre el gobierno civil, Madrid, Alianza Editorial, 2004, y “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano”, *Instrumentos internacionales de derechos humanos*, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf> (consultado: enero de 2012). “Artículo 2. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Artículo 17. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización”.

discurso abstracto universalista, sin una verdadera realización plena del bien jurídico que se protege.

En este sentido, este tipo de discursos dominantes de los derechos contribuyen a la insatisfacción de las necesidades básicas para disfrutar de una vida digna de ser vivida, pero también sustrae la capacidad de transformarnos y transformar el mundo, pues supuestamente contamos con lo necesario para la convivencia social, derechos en las normativas jurídicas, derechos de papel.

Estos discursos son una construcción epistémica ideológica de un proceso histórico particular, la modernidad madura liberal capitalista, que hizo emerger instituciones para que protegieran sus intereses básicos de desenvolvimiento sistémico. Por tanto, encierra en sí la falacia del universal como *particular impuesto* donde se reflejan intereses, ideologías, dentro de la articulación jurídica que también es política, y se impone la noción dominante dentro de la siempre realidad histórica de lucha social, entre personas y grupos.

Donde el sistema mundo capitalista necesitaba, por encima de todo, consagrar y proteger los derechos como principios abstractos inamovibles, neutrales y objetivos para todos, fue justo donde reflejaron sus perspectivas axiológicas, intereses producto de su contexto histórico; la protección de la libertad, pero sobre todo la libertad económica, del varón, blanco, propietario, ante mujeres, grupos étnicos, razas diferenciadas, sin posesiones, que han sido y son excluidos del discurso de los derechos como prácticas socio-jurídicas hasta hoy, ya 500 años después de la modernidad y 250 de construcción del discurso jurídico dominante liberal.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ADORNO, Theodor W. y HORKHEIMER, Max, *La sociedad. Lecciones de sociología*, Buenos Aires, Proteo, 1969.

——— *et al.*, *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, trad. de Jacobo Muñoz, Barcelona, Grijalbo, 1973.

AGUIRRE ROJAS, Carlos Antonio, *Immanuel Wallerstein. Crítica del sistema-mundo capitalista*, México, Era, 2003.

AMIN, Samir, *Los desafíos de la mundialización*, México, Siglo XXI, 1997.

———, *Más allá del capitalismo senil*, Buenos Aires, Paidós, 2003.

- BURGOS MATAMOROS, Mylai, “El derecho como ciencia social. Un análisis crítico dialéctico”, *Imaginando otro derecho. Contribuciones a la teoría crítica desde México*, México, UASLP, Facultad de Derecho, 2012.
- *et al.*, “Los derechos colectivos de los pueblos indígenas en México”, presentado en las Jornadas Lascasianas efectuadas en Xalapa, Veracruz, noviembre de 2012.
- CARDOSO, Fernando H. y FALETTI, Enzo, *Dependencia y subdesarrollo en América Latina*, México, Siglo XXI, 1976.
- CORTÉS, Fernando, “Consideraciones sobre la marginación, la marginalidad, marginalidad económica y exclusión social”, *Revista Universidad Autónoma del Estado de México*, 2006.
- COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Madrid, Fundación Sindical de Estudios, Editorial Bomarzo, 2006.
- y AÑÓN, María José (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- DE CABO, Carlos, *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, Barcelona, PPU, 1993, vol. II.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*, México, Porrúa.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, trad. de Joaquín Herrera Flores et al., España, Descleé de Brouwer, 2003, vol. I.
- , *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, Bogotá, ILSA, 2003.
- , *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA, 1998.
- DOMÉNECH, Antoni, *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista*, Barcelona, Crítica, 2004.
- DOS SANTOS, Theotonio, *La teoría de la dependencia: balances y perspectivas*, Plaza y Janés, 2003.
- DUSSEL, Enrique, *Filosofía de la liberación*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- ENRÍQUEZ, Pedro Gregorio, “De la marginalidad a la exclusión social. Un mapa para recorrer sus conceptos y núcleos problemáticos”, *Fundamentos en Humanidades*, Argentina, vol. VIII, núm. 15, 2007.

- ESTIVILL, Jordi, *Panorama de la lucha contra la exclusión social*, OIT-STEP, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y sus garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- , *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- FIORAVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 1996.
- GUNDER, Frank A., *América Latina: subdesarrollo o revolución*, México, Era, 1963.
- HERRERA FLORES, Joaquín, *Los derechos humanos como procesos culturales. Críticas del humanismo jurídico abstracto*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2005.
- , *La reinención de los derechos humanos*, Andalucía, Atrapasueños, 2007.
- HESSEN, Johannes, *Teoría del conocimiento*, trad. de José Gaos, Editores Mexicanos Unidos, 2008.
- HINKELAMMERT, Franz J., *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*, La Habana, Caminos, 2006.
- KUHN, Thomas Samuel, *La estructura de las revoluciones científicas*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- LYOTARD, Jean-François, *La diferencia*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- MINUJIN, Alberto, “Vulnerabilidad y exclusión en América Latina”, *Todos entran. Propuesta para sociedades incluyentes*, Santillana, 1998.
- NUN, José, *Marginalidad y exclusión social*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- PISARELLO, Gerardo, *Un largo temidor. La ofensiva del constitucionalismo anti-democrático*, Trotta, 2011.
- , *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- PREBISCH, Raúl, *El capitalismo periférico: crisis y transformación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981.
- RECASÉNS SICHES, Luis, “La finalidad en la esencia de lo jurídico y en la teoría fundamental del derecho”, *Lecturas de filosofía del derecho*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1991.
- SANÍN RESTREPO, Ricardo, *Teoría crítica constitucional. Rescatando la democracia del liberalismo*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

- WALLERSTEIN, Immanuel, *Análisis del sistema-mundo*, México, Siglo XXI, 2005.
- , *Capitalismo histórico y movimientos antisistémicos. Un análisis de sistema-mundo*, México, Akal, 2004.
- , *El moderno sistema mundial, I. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI*, Madrid, Siglo XXI, 1979.
- , *El moderno sistema mundial, II. El mercantilismo y la consolidación de la economía-mundo europea, 1600-1750*, Madrid, Siglo XXI, 1984.
- , *El moderno sistema mundial, III. La segunda era de gran expansión de la economía-mundo capitalista, 1730-1850*, México, Siglo XXI, 1988.
- , *Geopolítica y geocultura. Ensayos sobre el moderno sistema mundial*, Barcelona, Kairós, 2007.
- YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, España, Cátedra, 2000. ●