

DERECHOS VIGENTES, NUEVOS DERECHOS Y DERECHOS HUMANOS

ENRIQUE DUSSEL¹

Resumen: El autor señala en este trabajo, la lucha que se da entre los derechos que van surgiendo conforme las necesidades del ser humano y el derecho que en ese momento impera, sobretudo de los derechos humanos, concluyendo que el dilema de la filosofía política de Marx, es que el sistema de derecho vigente, se encuentre abierto a los nuevos derechos que nazcan, sin que se tenga que dar una lucha para su inserción en el sistema.

Resumo: O autor assinala neste trabalho, a luta que se dá entre os direitos que vão surgindo conforme as necessidades do ser humano e o direito que nesse momento impera, sobretudo dos direitos humanos, concluindo que o dilema da filosofia política de Marx, é que o sistema de direito vigente, se encontre aberto aos novos direitos que nasçam, sem que se tenha que dar uma luta para sua inserção no sistema.

Abstrac: The author signals in this work, the fight that gives between the rights that go arising satisfied the needs of the human being and the right that in this moment impera, especially of the human rights, concluding that the dilemma of the political philosophy of Marx, is that the system of valid right, find opened to the new rights that are born, without that have to give a fight for his insertion in the system.

Palabras Claves: Derecho vigente, Derecho natural, Derechos Humanos, Legalidad, Xavier Xubiri.

Palavras-Chaves: Direito vigente, Direito natural, Direitos Humanos, Legalidade, Xavier Xubiri.

Key Words: Valid right, natural Right, Human Rights, Lawfulness, Xavier Xubiri.

Debemos aclarar algunos conceptos o categorías del sistema de legitimación política que frecuentemente se usan sin previa descripción precisa de su contenido semántico.

a) Derechos vigentes

¹ Departamento de Filosofía, Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, dussamb@servidor.unam.mx.

Comencemos por el concepto de “derechos vigentes”. Son aquellos que gozan de aceptación y que se fundan en el consenso social y político. No sólo tienen legitimidad sino igualmente legalidad. Es decir, son los derechos que pueden usar para su ejercicio la coacción monopolítica del Estado. Tienen validez y fuerza de ley. Constituyen el sentido común en la que se funda el “Estado de Derecho”. Es tanto la Constitución como los derechos explícitamente incluidos en la misma, al mismo tiempo que el cuerpo de las leyes que constituyen la premisa mayor de los juicios de los tribunales de justicia.

El derecho vigente no debe confundírselo con el “derecho positivo”, ya que el primero tiene legitimidad y fuerza no sólo a través de las leyes (que es el derecho positivo o positivizado), sino también gracias al derecho consuetudinario o a las meras costumbres jurídicas o de implantación de la justicia de una comunidad política.

El derecho vigente es histórico, ya que en el presente es fruto de una evolución en el tiempo y dice relación a dicha diacronía constitutiva. Además es un derecho inculturalizado, y en ese aspecto es particular (aunque sea un imperio que domina muchos pueblos coloniales).

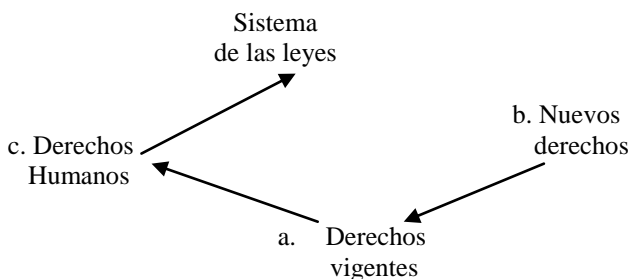
En la tradición greco-romana y en la europea (latino-germánica) el derecho positivo era juzgado, y fundamentado, desde un “derecho natural” (el *nómos physikón* de los griegos, o el *ius naturale* de los latinos y medievales) que correspondía en el orden práctico (ético-político) con la universalidad de la naturaleza humana. Había tantos derechos como aspectos prácticos de la naturaleza humana. Era universal y perenne. Dicho derecho natural servía como término crítico y de fundamentación del “derecho positivo” (o las leyes promulgadas). Una ley podía ser injusta y el derecho natural era la medida correctiva de tal separarse del orden natural (ontológicamente justo o bueno).

A los fines de una filosofía política de la liberación dicho derecho natural deja de tener sentido. En primer lugar, porque dicho derecho natural puede tener alguna operabilidad si se logra enunciar explícitamente la “lista” de derecho que pudieran ser correctivos de algún error en el enunciado de un derecho positivo. Pero lo que acontece realmente es que los “nuevos derechos” surgen históricamente y sin “previo aviso” del derecho natural. En realidad, y en el mejor de los casos, al mismo derecho natural “se le revelan” como nuevos derechos *a priori* y los incorpora *a posteriori*. Así, las mujeres crearon un movimiento sufragista y lucharon por dicho derecho antes que fuera reconocido ningún derecho (menos aún “natural”) al sexo femenino. Primero fue la lucha y después el reconocimiento: el derecho natural no ayudó en nada en dicho descubrimiento y lucha por el reconocimiento.

El derecho natural ha dejado de ser útil, entonces, en su contenido tradicional aunque puedan recuperarse algunos aspectos de su función crítica, pero formulada la cuestión por otras razones.

Esquema 1

Diacronía de los diversos ámbitos del derecho y las leyes



b) Nuevos derechos

La cuestión central, y no tratada actualmente por las diversas escuelas del derecho, es el poder analizar claramente los momentos diacrónicos del surgimiento de los *nuevos derechos*. “Nuevos derechos” son aquellos que son ignorados por el derecho vigente, y, aún más, que serán durante un cierto tiempo (de la crisis de legitimidad del derecho vigente correspondiente y el crecimiento de la legitimidad del nuevo derecho) negados y aún condenados por el sistema de la leyes y los jueces (cómplices de un derecho vigente en crisis).

Como es evidente, el derecho vigente es el *a priori*, y el nuevo derecho se revela a posteriori en el tiempo y por su contenido. La comunidad política, sujeto del derecho vigente, se desarrolla históricamente por medio del surgimiento de nuevas necesidades (y requerimientos) y satisfactores, efectos del mismo desarrollo civilizador. Así la mujer pudo tomar lentamente conciencia de sus derechos por una evolución social y tecnológica, *histórica* entonces, que le permitió tener más tiempo libre) por ejemplo, al poder tener menos hijos por el adelanto de la medicina y la seguridad social), mayor capacidad en el manejo instrumental (por la revolución tecnológica), lo que permitió tener un desarrollo profesional y cultural igual al varón. Surgen entonces los nuevos derechos (de la mujer) diacrónicamente como efecto positivo de un desarrollo civilizador que permite tomar conciencia de las negatividades (o necesidades no cumplidas) que un sistema de derechos vigente (por ejemplo machista), que puede ser milenario, producía sin conocimiento de las víctimas. Es en ese momento bien preciso que se produce la crisis del sistema de derecho vigente, y comienzan a surgir los nuevos derechos, al comienzo como toma de conciencia del dolor, del sufrimiento de la corporalidad de la víctima del efecto negativo soportado hasta ese momento como “la naturaleza de las cosas”. Poco a poco ese dolor de ser mujer considerado “natural” se transforma en un dolor *injusto* como efecto de una dominación histórica que puede ser evitada. El derecho de no tener que sufrir el tal dolor; el derecho a *obtener* la satisfacción de la necesidad incumplida desde siempre negada como *natural*, aparece entonces *positivamente* y ante una

conciencia política crítica. Para las víctimas, para la comunidades de víctimas del efecto negativo de acciones permitidas como naturales e inevitables por el derecho vigente (en otro ejemplo, la existencia de esclavos en el sistema esclavista en el siglo XVII), la toma de conciencia del nuevo derecho es el comienzo de una lucha social (política, económica, sexual, etc.) que llevará todo el tiempo necesario para que se produzca el resultado de dicho proceso recién inaugurado: dicho fruto será el que el nuevo derecho, en un primer momento ilegal e *ilegítimo* para el derecho vigente presente, hasta que llegue a ser *legal* y *legítimo* en el momento de un derecho vigente *futuro*.

Esa diacronía del pasaje del nuevo derecho reconocido por la comunidad crítica de las víctimas (y desconocido, y además ilegal e ilegítimo, para el derecho vigente) a su reconocimiento público, deberá cumplir algunas etapas. a) El primer lugar, se *tomará conciencia* (lo que Paulo Freire llama “concientización”) del nuevo derecho, *legítimo* para las víctimas pero *sin legalidad* alguna por el momento. b) En segundo lugar, las acciones cumplidas para lograr la vigencia del nuevo derecho confrontarán ser juzgadas como *ilegales e ilegítimas* por el derecho vigente. c) En tercer lugar, los castigos que juzgan “justos” dentro del derecho vigente en el uso de la coacción monopólica del Estado por dichas acciones ilegales, producen en las víctimas nuevos sufrimientos (aunque para dichas víctimas esas acciones son legítimas, aunque todavía no legales). Deberán las víctimas soportar la dominación represiva como castigos justos *para* el derecho vigente, y juzgados como injustos *por* la conciencia de la nueva legitimidad de la comunidad de las víctimas, que con valentía heroica establecen las etapas que revelan el progreso cualitativo de la humanidad. Son estos héroes que con su santidad por excelencia rinden culto a lo mejor de la humanidad, siendo sin embargo tratados como bandidos, perversos, inmorales (para la moralidad del derecho vigente), escoria. Son la figura del “Servidor sufriente” descrito por el profeta semita Isaías. Es Miguel Hidalgo sufriendo el fusilamiento y la deshonra de que su cabeza fuera expuesta durante años públicamente. Es “locura para el mundo” (el derecho vigente); es la “sabiduría (el nuevo derecho de las víctimas) incomprensible para el mundo” (para el derecho vigente). d) En cuarto lugar, la “debilidad” (de la que nos habla Walter Benjamín) de las víctimas ultimadas va acumulando fuerza, la de los nuevos derechos. Lentamente se va destruyendo la seguridad de la moral, de la legitimidad vigente en crisis, y la legalidad se torna más y más violenta (legalidad vacía del derecho vigente que comienza a perder “vigencia”, es decir fuerza, convicción, argumentos). e) En quinto lugar, la comunidad de las víctimas logra que los nuevos derechos sean reconocidos por la comunidad política ampliada, crecida, dialécticamente desarrollada. La comunidad reconocida (antes perseguida) transforma su legitimidad crítica (antihegemónica en el pasado) en la *nueva* legitimidad vigente, y la legitimidad y la legalidad del antiguo derecho *vigente* quedan anuladas. f) Sólo en un sexto momento, el *nuevo* derecho adquiere legalidad; es decir, se transforma en el *nuevo* derecho vigente plenamente.

En este proceso dialéctico del origen, fundamentación y crecimiento de los nuevos derechos (históricos y a posteriori) se juega el momento central crítico con respecto a la esencia del derecho vigente (histórico y a priori); no es ya la cuestión del derecho natural (ahistórico y a priori) como la referencia última con respecto al derecho positivo (histórico y a posteriori).

c) Derechos humanos

Debemos ahora dar un paso más. Los nuevos derechos determinan en el cuerpo de los derechos vigentes tres tipos de derechos, si tenemos en cuenta al tiempo histórico como criterio de distinción. a) En primer lugar, ante los nuevos derechos algunos derechos vigentes son borrados de la “lista” (así como los derechos burgueses destituyeron a los derechos del feudalismo, tanto de los señores feudales como de los siervos). b) En segundo lugar, habrá nuevos derechos que estarán vigentes durante siglos, hasta el fin del período histórico-social que los originó y los necesitó para su justificación (como el *ius dominativum* o derecho del señor feudal sobre el feudo y los siervos durante los siglos de la Edad Media). c) En tercer lugar, habrá nuevos derechos que se agreguen a la “lista” de lo que deseáramos llamar como “derechos perennes”, que son aquellos que la humanidad reconoce como mundiales (con semejanza analógica intercultural) y válidos para todo ser humano y para todos los tiempos futuros. Por ejemplo, el derecho a no ser torturado es reciente, pero es un ejemplo de nuevo derecho perenne. Es en este sentido que el nuevo derecho, por ser un derecho perenne será integrado a la “lista” de los “derechos humanos” en cuanto tales.

Obsérvese la diferencia entre la “lista” de los *derechos naturales* (tradicionales), ahistóricos y universales, diacrónicamente *a priori*, y la “lista” de los derechos *humanos* (que ahora proponemos) que se van descubriendo históricamente, que van ganando reconocimiento mundial (analógicamente) y que se revelan necesariamente *a posteriori* de la lucha por su reconocimiento. En la realidad en la “lista” de los derechos naturales se pudieron solamente enunciar cuando se los iba descubriendo *históricamente*, pero se atribuía a una naturaleza humana metafísica que los contenía en potencia desde siempre. La cuestión puede ser pensada y expresada mejor sin perder lo que se intentaba críticamente con los denominados derechos naturales.

En efecto, los derechos humanos se refieren a toda la humanidad (por semejanza analógica intercultural), y, sin referirnos a una naturaleza metafísica en su sentido ingenuo, podríamos pensar en la identidad de la especie humana a partir de su genoma biológico. Dicho genoma (Xavier Zubiri le llamaría “esencia”, aproximadamente) tiene genes (las “notas” esenciales de Zubiri) que son sustantivamente los mismos para toda la “especie humana”; diferente por ejemplo a los de los primates superiores no humanos. Podría entonces indicarse que las *necesidades humanas básicas* tienen fundamentación genómica, y, de alguna manera, los *derechos* a cumplir con los

satisfactores correspondientes a dichas necesidades pertenecen a toda la humanidad. Además, hay *necesidades culturales* que progresan y se diferencian cualitativamente en el tiempo (crecimiento civilizatorio) y que igualmente todos los miembros de la humanidad van adquiriendo el *derecho* a su satisfacción creciente.

X. Zubiri indica adecuadamente que sólo al final de la historia podría conocerse plenamente la esencia humana (el completo desarrollo de sus notas o capacidades genómicas), que traducido a nuestro problema podría expresarse así: sólo al final de la historia, cuando la humanidad haya desarrollado todas sus capacidades, se conocerán todos los derechos humanos posibles. Anteriormente a ese límite (por otra parte imposible de ser captado con conocimiento autoconciente y empíricamente) *siempre* se revelarán nuevos derechos, y, por lo tanto, habrá una lucha por su cumplimiento. La dialéctica entre el derecho vigente inacabado e imperfecto y la lucha por los nuevos derechos será un proceso perenne, perpetuo de transformación (excepcionalmente revolucionaria); dialéctica positiva en tanto expresa el crecimiento de la vida humana como historia.

d) Fundamentación de los diversos momentos

Las relaciones entre las categoría analizadas (derechos vigentes, nuevos derechos y derechos humanos) son muy diversas, unas veces de originación o causa, otras de fundamentación. Veamos algunas de esas relaciones.

La relación “derecho vigente-nuevos derechos” es una relación conflictiva. Los nuevos derechos, para abrirse camino hacia el estatuto de un derecho vigente futuro deben frecuentemente negar otros derechos que han dominado y negado el nuevo derecho. Es entonces una contradicción deconstructiva, donde el nuevo derecho (como afirmación) deberá negar la negación que significa el antiguo derecho que será derogado.

La relación entre “consenso crítico de los oprimidos-nuevo derecho” es de fundamentación. Es decir, la conciencia crítica de la comunidad de las víctimas que descubren sus nuevos derechos y permite el consenso de la comunidad de las víctimas que el fundamento del nuevo derecho vigente, de sus luchas y del triunfo como nuevo derecho. Es el criterio de la justicia de todo el proceso. Dicha fundamentación no será en último término ni la legalidad, ni la legitimidad vigente. Es la nueva legitimidad crítica de los oprimidos y excluidos (consenso crítico de los oprimidos), que se opone a la ley y a la legitimidad vigente y dominadora. Es decir, la legitimidad vigente se transformará primero en dominadora (violencia injusta del Estado) para posteriormente desaparecer.

La relación entre “nuevo derecho-derecho vigente futuro” es igualmente de fundamentación. El nuevo derecho llega a ser vigente cuando alcanza el grado de poder postivizarse en un nuevo sistema legal (desde la Constitución hasta el sistema completo de leyes) que debe ser transformado en

parte o como todo (esto último cuando se dicta una nueva Constitución). Es decir, contra H. Kelsen, la Constitución nueva está fundada en la legitimidad crítica del consenso de la comunidad de las víctimas antiguas, cuando dicha legitimidad no estaba todavía legalizada.

La cuestión de fondo, y el dilema en filosofía política de Karl Marx, consistiría en lograr un sistema de derechos vigentes que puede perpetuamente estar abierto a la irrupción de nuevos derechos sin necesidad, por parte de estos últimos, de tener que luchar ferozmente (y frecuentemente con sus vidas) para su implantación. Esto se logrará descubriendo la importancia de la participación política (con conciencia del derecho) del pueblo (como bloque social de los oprimidos y excluidos) que pudieran fiscalizar el ejercicio y composición del cuerpo de los derechos continuamente, dejando lugar a que el descubrimiento de nuevas necesidades no satisfechas fueran de inmediato tomadas en cuenta para iniciar un proceso de innovación del derecho, sin permitir que la represión de esos nuevos derechos (como el aumento de la presión interna de una máquina con vapor caliente de agua) termine por explotar. Es decir, que los oprimidos deban lanzarse con *justicia*² en una lucha encarnizada (como la del SME en estos momentos en México) afrontando la dominación injusta (aunque legal y legítima para el derecho vigente dominador), pero innecesaria si existiera una institución que permitiera juzgar, *no la inconstitucionalidad de un nuevo derecho, sino la ilegitimidad de la misma Constitución, con respecto a un justo nuevo derecho del sector de la comunidad política oprimida y excluida, del pueblo*. Esto sólo es posible si hay un momento que juega la función de fundamento de la Constitución misma, y se trata del consenso legítimo crítico en torno al nuevo derecho de los miembros de la comunidad política a los que se les ha negado la satisfacción justa de sus nuevas necesidades, o a la nueva toma de conciencia de antiguas necesidades, que la historia ha ido generando. El sentido último entonces, es ese consenso legítimo crítico de los oprimidos y excluidos.

² Aquí la “justicia” es material, es decir, se determina desde las nuevas necesidades auténticas no satisfechas por satisfactores sobre los que se tiene derecho, fundado en la dignidad de la vida humana del ciudadano (el criterio material ético y político por excelencia en este nivel).