

**Brown, Wendy, y Williams, Patricia:
(estudio preliminar de Isabel Jaramillo Sierra)**

La crítica de los derechos

Facultad de Derecho Universidad de los Andes,
Instituto Pensar. Reimp. 2007, 1995

Sumario: I. ESTUDIO INTRODUCTORIO.—II. CRÍTICA A LOS DERECHOS.—
III. LOS ABUSOS EN NOMBRE DE LOS DERECHOS.—IV. LA GANANCIA DE
CREER Y DEFENDER LOS DERECHOS.—V. LO QUE SE PIERDE AL NO CRE-
ER EN LOS DERECHOS.—VI. INTENTOS DE MODERNIZAR LA DOCTRINA
MARXISTA DE LOS DERECHOS.—VII. VALORACIÓN PERSONAL.

I. ESTUDIO INTRODUCTORIO

La monografía que acabamos de leer constituye un trabajo sobre un tema siempre vivo, de los que jamás morirán en Derecho, los derechos y su papel en la política actual, su perfil político como desarrollo del hombre. Las docentes que ahora se han encontrado en este volumen reflexionan sobre el uso de los derechos, los límites, las teorías de los mismos y sobre los mismos, y el uso político de los derechos. Dice Isabel JARAMILLO, en el estudio preliminar que lo que consigue la tríada HARTA-DWORKIN-ALEXY es una *relocalización* de los derechos en el centro de la comprensión del derecho. Tanto la derecha como la izquierda toman los derechos como centro de sus teorías políticas, la derecha para asegurar los derechos a través de su racionalización en el neoliberalismo —con todas las correcciones sociales que se quieran— y la izquierda para las reivindicaciones sociales (p. 16). Estos derechos están el centro porque existe un consenso social en su juicio ético, su reivindicación puede producir efectos modernizadores, porque los derechos detrás siempre tienen fines. Los derechos están sometidos a un continuo debate sobre su modernidad, sobre su justificabilidad, como establecen las profesoras Cabal, Roa, Lemaitre en su obra «Cuerpo y Derecho» las nuevas perspectivas de los derechos son incontrolables.

★ Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos. Ex-Letrado del Tribunal Supremo.

II. CRÍTICA A LOS DERECHOS

Los derechos han estado sometidos a una crítica profunda, la obra parte de la crítica que MARX hace sobre la «cuestión judía» y es un ejemplo de un texto que ha sido silenciado en el debate político (p. 19). Es realmente loable —sea el autor del que se trate—, el intento de recomposición de la modernidad de los clásicos, en este caso MARX, que está realizando la doctrina moderna. Por ello, por el uso político de los derechos se parte de la emancipación que ofrecen los derechos, para ser instrumento de la igualdad formal y material, se dice que son instrumentos, pero son tan grandes que también lo son como pesamos nosotros. La crítica parte de que los derechos ofrecen mucho menos de lo que nos creemos pues se ve a los seres humanos sólo como ciudadanos, representan la alineación de la persona frente a la persona, en el análisis de MARX, que, descalificado globalmente, no es correcto. Otra crítica que se les hace a los derechos es que representan un *discurso universal*, pero no lo es en todos los lugares y la pretensión imperialista sobre su universalidad, pues toda esta obra parte de los derechos de las minorías (la población negra sobre todo) en su análisis y de ahí quizá venga su atrevimiento pero también sus errores. Además, los derechos son *tácticas en la lucha política* (p. 22) deben estar al alcance del poder como herramienta para utilizarlos, pero eso no quiere decir que estén siendo desnaturalizados como parece sugerir la obra, o tal idea no la pensamos. En teoría jurídica se han formulado una serie de críticas; entre ellas está la de indeterminación sustancial de los derechos confundiéndolos como fines (IHERING), exclusivamente, pero la voluntad en esa crítica a HEGEL no comprende sólo lo que son derechos, pues se conceden derechos a quien no la tiene desarrollada (niños, locos...) y podría estar amparado el ejercicio inmoral del derecho, que sería sólo voluntad. Todo ello queda más resuelto si los derechos quedan configurados como *intereses de la vida*.

JOSSERAND (en su obra *El Espíritu de los derechos y su relatividad*) indica que decir que el contenido de los derechos son intereses implica protección legal y verificación de la misma como algo esencial para que hablemos de derechos. Divide esos intereses entre egoístas y altruistas, pero al propio autor no le convence esta división quizá simplista. Otros autores proponen que los derechos se basan en la *teoría de la dominación*, su contenido puede determinarse si se sabe cuáles son los intereses de quienes ocupan la posición privilegiada en la estructura social (arrendadores, empresarios...) ello entrañaría que los de abajo no tienen derechos y sí los tienen, a nosotros, tampoco nos vale.

III. LOS ABUSOS EN NOMBRE DE LOS DERECHOS

Existe un abuso de las deducciones con respecto a los derechos (p. 28), así, se dice derecho-no derecho, privilegio-deber, poder-incapacidad, responsa-

bilidad-inmunidad, para simplificar en los pares de opuestos jurídicos y pares de correlativos jurídicos: derecho-deber, privilegio-no derecho, poder-responsabilidad, inmunidad-responsabilidad... como hace HOHFELD, que propone ocho nociones fundamentales para relacionar el contexto de los derechos. HOHFELD basa el hecho de que los derechos existan en que siempre habrá que recurrir a ellos en políticas públicas, casi en el sentido de los «casos difíciles» de los que trataba HART, las reglas son de textura abierta y no hay un solo resultado que se derive necesariamente de ellas y por eso es preciso que el juez decida entre las posibilidades que abre la regla. Bien es cierto que él cree que esto ocurre sólo en los casos difíciles, porque en los demás puede establecerse si existe derecho o no, usando la analogía, la inducción y la deducción. Otro error o crítica de los derechos es su *incoherencia*, así ALEXANDER indica que es posible encontrar el sentido total del Ordenamiento jurídico y a partir de él precisar lo que a primera vista aparece como en conflicto o indeterminado. Los llamados *tests de ponderación de los intereses* en conflicto pueden resolver el problema del contenido de los derechos, pero éstos serán tan indeterminados como se indican los derechos. En el fondo en toda la obra late la idea de que los derechos son moldeables, en el sentido que queramos y en ellos caben todas las críticas y teorías y ello nos parece cierto. Entre las críticas a los derechos la de la *irrealizabilidad formal* es numerosa, (JOSSERAND, HOHFELD) los derechos, creen, para poder definirlos con rigor, son garantía más que otra cosa, garantía.

IHERING indicó que los derechos se materializan por el legislador en una regla diseñada sino no estamos hablando de derechos. La *realizabilidad formal* es el corazón de la noción de derecho a partir de la que DEMOGUE va a formular su crítica. El derecho quiere representarse como «aquello que impone una fuerza organizada y que no puede ser objeto de apelaciones» dice este autor. DEMOGUE define los derechos como aquellos intereses que pueden obtener esta garantía, la protección de las autoridades, los que no pueden obtenerlos son «sombras de derechos». La fe en los derechos sigue existiendo, como indica DEMOGUE, pero no sabe el porqué o bien la explicación de su creencia es múltiple y variada. Las razones señaladas son: los derechos son guías en la producción de legislación y en las decisiones judiciales. Segundo, porque permiten defender el derecho y el Derecho no como algo invencible «en su fuerza invencible y ciega», otra teoría en la fe de los derechos, es la de paz pública y a la economía de las fuerzas sociales.

La creencia en los derechos es cuestión de fe o no, como indica DUNCAN KENNEDY no existe prácticamente nada para sustentar o explicar esa fe, casi intuitiva pero general.

IV. LA GANANCIA DE CREER Y DEFENDER LOS DERECHOS

Patricia WILLIAMS analiza la *dolorosa prisión del lenguaje de los derechos*. Analiza con Peter GABEL (fundador del movimiento *Critical Legal Studies*) el lenguaje de los contratos y la confianza que produce la palabra «derecho» en el

ciudadano normal al verla reproducida (p. 45) de una forma intuitiva sobre todo por quien forma parte de una minoría o grupo no favorecido, pero son engañosos, pues según la autora (de raza negra) en Estados Unidos a veces, hablar de «derechos» no sólo no ayuda, sino que es perjudicial dada su versatilidad de contenido y vaciedad también. El análisis parte de que ese lenguaje de derechos está vacío para las minorías, su único derecho real es decir que no tienen derechos. Su análisis es desgarrador en su escepticismo, indica que la tarea para que eso deje de ser realidad es expandir los derechos a todos, el derecho de propiedad privada hacia una concepción de derecho civil, hacia el derecho de esperar civismo por parte de todos los ciudadanos, más allá de su color o cultura (p. 73) la unificación quizá de los derechos sociales y los civiles ya sin distinción.

V. LO QUE SE PIERDE AL NO CREER EN LOS DERECHOS

A continuación se encuentra el discurso de Wendy BROWN sobre «Lo que se pierde con los derechos» de su obra *States of Injury*, Princeton University Press, 1995, pp. 96-134. Las minorías (el ejemplo al que se acude en el discurso a la raza negra en Estados Unidos) utilizaron los derechos según los momentos históricos para conseguir logros sociales, como, por ejemplo, ir simplemente en autobús. La *politización de los derechos* si bien no es deseable, ha servido para que podamos tomar conciencia de ellos, de su desarrollo, sobre todo, según las autoras por los derechos de *grupo, de minorías, las identidades culturales, étnicas*. Se parte de los derechos en las identidades politizadas, tomando como derecho de grupo, se intenta modernizar las proposiciones teóricas que MARX plantea en la obra sobre el problema o cuestión judía: el problema es que es una visión excesivamente grupal del problema de los derechos, casi parcial. MARX hace un planteamiento de los derechos al dividir la vida del hombre en un doble plano: celestial y real. MARX parte de la base de que la maniobra del poder político es peculiar del constitucionalismo liberal se centra en otorgar libertad como un favor no como un derecho al hombre: Igualdad y representación que se conceden a sujetos abstractos en lugar de a sujetos concretos (p. 97). Los derechos como emancipadores del hombre son positivos, pero el mal está en la estructura feudal que da paso a la burguesía, que ha establecido unas bases que MARX no comparte. Crítica los derechos burgueses en el sentido de que son egoístas y basados en la sociedad capitalista, confundiendo derechos y fines del Poder. Son una política ilusoria de igualdad, libertad, comunidad, en el dominio del Estado, una política que es contradicha por la inequidad, falta de libertad e individualismo en el dominio de la sociedad civil. Los derechos legitiman al naturalizarlos a los diversos poderes estratificantes de la sociedad civil y disfrazan la colusión del Estado con este poder social, legitimando también de esta manera al Estado como un representante neutral y universal del pueblo. Ahora bien, MARX habla entusiasmado de la *emancipación política de los derechos burgueses* en el sentido de que el Estado nos considera como libres e iguales en tanto la perso-

nalidad y la pertenencia a una comunidad se presenta idealmente como no restringida por estos poderes sociales, la emancipación política constituye *progreso*. Los ideales de libertad, igualdad y comunidad en el Estado burgués, moldean el deseo por esos bienes que, en un proceso histórico gobernado por el materialismo dialéctico, serán realizados a través del establecimiento de las condiciones materiales necesarias. El egoísmo de la sociedad provoca demandas de derechos, la raza y el género aparecerían individualizadas en el discurso de los derechos. MARX entiende la promesa política como inherente al movimiento dialéctico de la historia hacia la libertad como fin de los derechos. FOUCAULT entiende que el fin de la historia es más un alivio político que un problema político, en el sentido de que los derechos cumplen un fin en sí mismo cuya meta no se verifica ni planifica plenamente, el ideal de MARX, según la creencia popular, es que el Derecho dejará de ser completamente necesario.

VI. INTENTOS DE MODERNIZAR LA DOCTRINA MARXISTA DE LOS DERECHOS

Pese a todo, las autoras defienden que la formulación marxista de los derechos posee fuertes argumentos a favor de su relevancia contemporánea (p. 120). Se hacen intentos por modernizar esa teoría (Patricia WILLIAMS y MACKINNON). WILLIAMS encuadra la teoría de MARX en el progresivo alcance de los derechos en la población negra en Estados Unidos, para ella la posición subjetiva es esencial para la formulación del derecho. La privatización — el espacio de intimidad — para WILLIAMS ha sido un problema para los derechos, viola el espacio público, despolitiza los problemas e injusticias socialmente construidos, exonera a los representantes públicos de su responsabilidad pública y socava una noción de la vida política como aquella que se preocupa por lo común y que nos obliga frente a lo común. Indica que el discurso de los derechos en una sociedad capitalista liberal, presenta como privadas posibles controversias públicas sobre la distribución de los recursos y sobre quiénes son las partes relevantes en la toma de decisiones. Convierte los problemas sociales en asuntos de daño si no hay agente o no hay un sujeto violado tangible. Defiende WILLIAMS que los derechos son forma histórica y actualmente existente de la libertad, pero su indeterminación le preocupa y los derechos quedan vacíos de contenido cuando tanto se habla de ellos. Las palabras cambian mucho, derechos, propiedad, democracia... y el factor político las hace cambiar hasta realmente hacerlas irreconocibles. Bajo el disfraz de lo concreto, lo que los derechos prometen puede ser tan escurridizo, tan ultramundano, tan inalcanzable, como lo que ofrece cualquier otro mito político (p. 135). La otra forma de modernizar el análisis marxista es la de Catherine MACKINNON al hablar del masculinismo del Derecho. Hay que reparar la desigualdad de las mujeres en los derechos, materia que MARX ciertamente ni imaginó. Quiere un proyecto feminista del Derecho, especialmente en áreas como el acoso sexual y la pornografía, es hacer que los derechos arti-

culen y respondan, en lugar de enmascarar, al funcionamiento sistemático de la subordinación de género.

MACKINNON intenta obligar al derecho a cumplir con su promesa universalista forzándolo a reconocer y rectificar relaciones de dominación entre sus sujetos —en particular, haciéndolo reconocer el género como una relación de dominación y no como un indicador benigno o natural de diferencia—. Hace lo que MARX creía que no podía hacerse, esto es, usa el discurso de los derechos para exponer y remediar las desigualdades cuyas formulaciones abstractas de la personalidad y la igualdad supuestamente oscurecen y despolitizan. Pero en el fondo (p. 142) lo que hace MACKINNON es oponer las libertades garantizadas por el constitucionalismo universalista y en este sentido reafirma, en lugar de reconstruir, la formulación que hace MARX de la oposición entre la emancipación política y la verdadera emancipación humana, entre el universalismo liberal y la dominación en la sociedad civil, entre la libertad burguesa y la verdadera igualdad. Puede decirse, tras su intento, que la confusión de los derechos con el dominio de la política se traduce en que los derechos no deben ser confundidos con la igualdad ni el reconocimiento legal con la emancipación y en esa confusión MARX caía en su base teórica también. Si como decía MARX hace más de 150 años, la fuerza democratizante del discurso de los derechos es inherente a su capacidad para representar un ideal de igualdad entre personas como personas, sin importar sus particularidades socialmente construidas y aplicadas, entonces el potencial político de los derechos no yace en su concreción, como dice Patricia WILLIAMS, sino en su idealismo, en su configuración inicial de igualitarismo social, un ideal que es contradicho por las desigualdades sociales sustantivas.

VII. VALORACIÓN PERSONAL

Como valoración final de esta obra, de lectura desigual en cuanto a su amenidad, se puede indicar que es pesimista en su planteamiento de los derechos, su reflexión es preocupante sobre el concepto de los derechos para cualquier jurista. Para afrontar y atacar los grandes conceptos, principios, de la organización jurídica y social, hay que proponer otros y aquí no se hace, simplemente se constata que hay ideas, conceptos, principios que son utilizados por el Poder político, pero no nos imaginamos su papel si de ellos no se trata. Por ello, si se parte de que los derechos están siendo utilizados sólo para las minorías, habría que hablar mucho del uso de los derechos por las mayorías, no es un análisis completamente ajustado a nuestro juicio. Que el discurso político recurre a grandes conceptos o ideas es cierto como son los derechos. Que entre esos discursos está el de los derechos también lo es. Pero no porque se utilice con fines públicos o en el discurso público el Derecho está pasando crisis alguna ni tampoco los derechos como concepto otro problema es su realización personal y no sólo grupal, pero es idea central de cualquier organización política o consensuada trabajar por los derechos. Al con-

trario, el uso político entendido como predicable a toda la comunidad es el que hace que el Derecho merezca la pena, y también los derechos, la obra pretende una expansión de los derechos a todos que es la lucha de la humanidad. Luchar por ellos ha transformado la sociedad mundial, y en ello se está con las minorías, pero el problema ya no es estrictamente jurídico en los planteamientos de este libro, pues la existencia de minorías nos lleva a factores múltiples, económicos, culturales, sociales... y no sólo jurídicos o políticos. Bien parece el modernizar a los clásicos que se dejen (como MARX, que es lo que se pretende en esta obra) pero no hay que llevarlo más allá de lo que el propio autor indicó o pudo intuir, centrado en los derechos exiguos de una población obrera y proletaria, que hoy ya, afortunadamente —y en parte a períodos del Estado Liberal próspero o con políticas liberales de partidos de izquierda cuya diferencia económica con los partidos de centroderecha es inapreciable—, no posee las calamitosas condiciones de su época. La idea de que todo está perdido mientras haya injusticia social no es predicable sólo a los derechos, si estos se encuentran en el plano universal, no descender al plano concreto es un recurso imposible de llevar a cabo para cualquier análisis. Los grupos o identidades se unen (colectivos antirracistas, gay, pacifistas, raza negra... que cita el libro como ejemplos minoritarios lo que es discutible) como también lo hacen los grupos más numerosos para reivindicar políticas públicas que favorecen derechos individuales, por ejemplo, cuando no se quiere una norma de educación complementaria a otra, y se predica que desaparezca o que sea optativa ese grupo se une con un fin de derecho individual, pero sólo el individuo no es tomado en cuenta por el Poder público en sus reivindicaciones más allá de acudir al derecho judicial.

El análisis de MARX es siempre interesante, pero no es ya plenamente entendible al transformarse el Estado capitalista que él creía culpable de todo, en la multinacional silenciosa universal que nadie sabe concretar, en la despolitización de la clase obrera (que ya no sabemos reconocer como identificada) es un análisis que decae por la complejidad social que desdibuja las identidades tan nítidas que reconocía este gran autor, con el que lejos de estar de acuerdo o no, que es difícil en su totalidad decantarse, sembró las bases del discurso posterior. Se ha desdibujado en exceso la clase trabajadora como se ha esfumado en Estado capitalista, que hoy MARX no sabemos con lo que lo identificaría, pues la globalización económica le hace ser todo poderoso y no nacional como partía de su discurso. La modernización de las teorías jurídicas (políticas y antropológicas) como es el marxismo no puede conseguirse a cualquier precio, no se puede transformar la sociedad para que coincida con un análisis ciertamente desfasado en la esfera europea y americana, si bien, la desigualdad y la pobreza junto con la existencia de grupos marginales existe y desgraciadamente existirá. La obra tiene partes realmente innovadoras a la hora de conseguir esa modernización del marxismo, esta doctrina ha sido esencia en sus conceptos de la política europea y mundial en el siglo XX, ni qué decir tiene el de «progreso», indeterminable y utilizado políticamente y no filosóficamente por sus propios detractores y partidarios exactamente tan devaluado como para las autoras de la obra se encuentra el derecho. El con-

texto, por tanto, de complejidad afecta también a los derechos que se podrán criticar, pero siempre están ahí, vinculantes o no, en la Constitución mundial en la Europea, y siempre se transformaran como se quiera, pero su desaparición, que en ningún momento se deduce de la lectura de este interesante volumen, es imposible para la consecución de una sociedad, si se quiere desigual, injusta, con imperfecciones, pero sociedad. Son el centro de la política, del Derecho, de la vida, son la base central de cualquier proyecto de futuro de cualquier sociedad mundial, algo que se está viendo en la Constitución o Tratado europeo que se plantea en el año 2007.