

Representaciones y estilos de defensa de los derechos: una aproximación a los derechos subjetivos en Kelsen

*Liliana Fort Chávez**

Examino los conceptos estáticos de derecho subjetivo privado y público, y entre estos los derechos políticos y humanos. Afirmo que mirarlos descontextualizados del ejercicio del lenguaje simbólico y formación de identidad humana, distorsiona su sentido emancipador, aunque den la apariencia de ser democráticos pues implican la participación del sujeto en la elaboración de las normas. Por eso, parto de la trilogía de Sófocles: “Edipo Rey”, “Edipo en Colona” y “Antígona” para analizar comparativamente los estilos de representación y tratamiento de los derechos subjetivos privados y políticos, entre ellos los derechos humanos.

I examine the static concepts of subjective private and public law, and among them political and human rights. I say that to look at them decontextualized from the exercise of symbolic language and human identity formation, it distorts its emancipatory sense, although they give the appearance of being democratic as they involve the subject's participation in the development of standards. Therefore, I start from the trilogy of Sophocles' "Oedipus Rex", "Oedipus at Colonus" and "Antigone" to comparatively analyze the styles of representation and processing of subjective private and political rights, including human rights.

SUMARIO: Introducción / I. La historia de Edipo / II. El derecho subjetivo / III. Los derechos subjetivos políticos / IV. Derechos y libertades fundamentales / V. A manera de conclusión / Bibliografía

* Doctora en Derecho y Profesora Investigadora del Departamento de Derecho de la UAM-A.

Introducción

Kant consideró que el hombre había llegado a su mayoría de edad. El conocimiento objetivo que proporcionó la física fue el punto de apoyo para superar las supersticiones, los oscurantismos, las manipulaciones de la aristocracia y la Iglesia, o de los estamentos. A pesar que el lema de la Ilustración fue: *Sapere Aude!* Ten el valor de pensar por ti mismo,¹ escucha la voz del hablante. Los nuevos estados de derecho público que surgieron en la edad de las Luces, tuvieron como prioridad la organización de la democracia a partir del debate público. La voluntad de dominio, con la que cada uno nace, sólo es posible controlarla en la publicidad del debate, en donde los hablantes controlan sus pulsiones de poder para obtener el reconocimiento público de los demás. A dos siglos, más o menos, de haberse instaurado estados de Derecho, aún los juristas ignoran las propiedades del uso público de la razón, uso del discurso en donde emerge la libertad jurídica como liberación de dichas pulsiones de poder y la responsabilidad sobre los propios actos. En los espacios públicos surgiría la sociabilidad fundada en que cada uno puede autoobservarse en su situación original y la realidad posible, y mirar los riesgos que implican sus decisiones.

La psique del hombre primitivo se caracteriza por el hecho de que en él, el componente racional está muy debajo del emocional. El componente racional conduce a la idea de una conexión objetiva entre las cosas, a la realidad tal como la determinan para el hombre civilizado, las leyes de causalidad. La otra actitud lleva a ideas que ni describen el mundo ni satisfacen nuestra curiosidad y deseo de saber, sino sirven a intereses subjetivos no cognoscitivos.² Estas ideas son formadas más por la fantasía, que por la observación receptiva (imaginación). El hombre primitivo no conoció la diferencia entre sociedad y naturaleza: todo era explicado por él como movido por almas o dioses.

En *Sociedad y naturaleza*, Kelsen explica la importancia de interpretar correctamente las historias. El hombre primitivo interpreta sus mitos de manera conservadora. Tiene miedo de las almas de los muertos, posteriormente de los dioses, por tanto, las órdenes las obedece por la amenaza de retribución que el capo de la horda justifica en dichos entes metafísicos. El primitivo se subsume a las órdenes categóricas del capo, y no le queda más que aclamar y callar. No tiene conciencia de su propia corporalidad y se siente parte del grupo, por lo cual repite lo que le dicen. Es decir, conoce el derecho como un “orden coactivo de la conducta” y queda simplificado por tal definición.

En cambio, para Sófocles y Esquilo, aunque la retribución es idéntica a la justicia, ésta se refina desprendiéndose de la venganza de la sangre y abandonando la responsabilidad absoluta, en donde el capo decide y la sanción recae sobre los

¹ Immanuel Kant, *¿Qué es la Ilustración?*, México, FCE, 1970, p. 25.

² Hans Kelsen, *Sociedad y naturaleza*, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 7.

subordinados. El hombre primitivo no posee aún la connotación de liberación del mal o el carácter de redención. “La justicia se presenta más bien como inexorable destino que pende sobre el hombre, pero de ella se espera la salvación: en Edipo Rey, el héroe anuncia que tiene la intención de vengar la muerte de Layo a fin de liberar el país del desastre”.³

El logro de los poetas dramáticos fue la creencia en la justicia divina: como sumisión incondicional al orden natural y social que establecen los dioses, hasta la liberación que con Edipo se instaura. Aunque de ella él espera la salvación, pero Edipo no sabe a quién retribuir la venganza: no encuentra al culpable. Sófocles trata de describir a Edipo como inocente, pero la ley *diké*, es el destino que se conforma a la retribución como venganza, por tanto, no es injusto sancionar a Edipo, pero no con la misma muerte: Desde la ley categórica del primitivo, se hace posible la ley que: “El que mata, no siempre deba morir”. Aparece una nueva idea: sólo debe considerarse responsable al perpetrador por un resultado producido intencionalmente. Es decir, lo que uno mismo planea. De acuerdo a esto, podemos observar que Edipo sufrió inocentemente, pues aunque copuló con su madre y mató a su padre, él no sabía que lo eran. La responsabilidad absoluta es reemplazada por la jurisdicción de cortes en donde se responde a partir de la libertad de las inclinaciones y responsabilidad de sus actos.⁴ Con esto surge la responsabilidad por culpa, o sea responsabilidad por la intención.

En la comunicación se puede ver la diferencia entre la situación original primitiva y la posibilidad de lograr la civilidad planetaria. Nosotros partimos de la situación original: y podemos quedar detenidos en ese individualismo en donde el jefe del grupo comanda e impone. Pero, es posible, aunque no necesario, que transitemos hacia la civilización, si hay quien ponga las condiciones para discutir públicamente sobre las historias y elijamos aquella que queremos recorrer y en la cual queremos trascender. Sin embargo, el estar en una u otra situación es contingente, no necesariamente tenemos que estar en una u otra. Nosotros somos capaces de decidir racionalmente, cuando reflexionamos y vemos la diferencia entre uno y otro ambiente histórico.

Kelsen afirma que la noción de causa es la transformación de la noción de imputación.⁵ La causa y la culpa eran lo mismo: por lo que ambas se originaban en órdenes categóricas o inexorables. La ciencia moderna de la naturaleza es, así, el resultado de una emancipación del espíritu humano, que se ha desprendido del animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y otros seres, entre las personas y las cosas.

³ *Ibid.*, p. 313.

⁴ *Ibid.*, p. 315.

⁵ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1967, p. 23.

El componente racional conduce a la idea de una conexión objetiva entre las cosas, a la realidad tal como la determinan para el hombre civilizado, las leyes de causalidad. Pero Kelsen no sólo se refiere a la causalidad lineal, surgida con las ciencias de la física newtoniana, sino que se refiere a la causalidad que acaece cuando miramos los riesgos del futuro que nos estamos buscando y cambiamos para organizarnos de manera que podamos debatir y elegir nuestra historia. Morin explica este movimiento del futuro hacia el presente: “Es una causalidad recursiva, en donde los efectos o productos al mismo tiempo son causantes y productores del proceso mismo, y en el que los estados finales son necesarios para la generación de los estados iniciales”.⁶ Es decir, mirar los riesgos en que nos metemos cuando somos simplificados por un conocimiento debería llevarnos a transformar nuestras costumbres, nuestras preferencias electorales, nuestra manera de interpretar los “hechos” y de argumentar: transmutando nuestros egoísmos en deseos de opinión racional.

Y aunque el Estado moderno nace con el propósito de esclarecer la mente a través de la comunicación pública, las buenas historias de la literatura, en donde podemos contrastar los buenos y los malos representantes, y educar nuestras preferencias electorales, no se ha realizado. El ejercicio del lenguaje simbólico y la educación ciudadana no es prioridad de las academias, que están más dispuestas a aprender a bordar. Por tanto, nos hemos quedado sin criterio para saber cómo interpretar los casos y cómo argumentar, puesto que nuestra convicción disciplinaria nos ciega al mundo de la vida, que es lo más importante para la ciudadanía.

La Teoría del Derecho de Kelsen ha sido simplificada. Ha sido mutilada de la complejidad de discursos que implica y se ha convertido en una justificación del poder tiránico. Pienso que vale la pena reinterpretarla en su complejidad, puesto que la universidad no puede seguir siendo formadora de cuadros para el poder. Por eso, y siguiendo los ejemplos que Kelsen nos da en *Sociedad y naturaleza*, veremos la historia de Edipo y distinguiremos a aquellos que nos detienen e individualizan, de aquellos que nos exhortan a la liberación.

I. La historia de Edipo

Edipo ante la multitud preguntó ¿Por qué tal reunión? El corifeo le dijo que todos se habían congregado, puesto que la ciudad estaba abrumada por los turbiones de sangre. “La tierra se estaba secando, los rebaños morían. El germen humano atormenta las madres, pero no es fecundo”.⁷ Es decir, nacen los organismos inteligentes que se individualizan y luchan, por lo que no había las condiciones para que llegaran a ser razonables. Layo, antiguo gobernante imponía sus órdenes con amenaza de sanción,

⁶ Edgar Morin, Emilio Ciurana y Raúl Domingo Motta, *Educación en la era planetaria*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 40.

⁷ Sófocles, “Edipo rey”, en *Las siete tragedias*, México, Porrúa, 1994, p. 127.

por tanto sus ciudadanos estaban individualizados, aglutinados alrededor de él. La posibilidad de expresar sus deseos, escuchar al otro, comprender que si no se controlan las pasiones de dominio habrá violencia y cambiar para ser reconocido, era negada. Esta posibilidad del foro público, en donde uno afirma o propone, hace que las personas reflexionen sus propuestas y adquieran civilidad de costumbres, como es el cumplimiento de la palabra, el tirano de Layo la había negado.

Kelsen construyó una definición estática del derecho a partir de sus “notas comunes” en todos los sistemas jurídicos del pasado y presente; en el pensamiento de los juristas y amantes de la sabiduría; y en los usos del lenguaje. Por eso llegó a la conclusión de que el derecho siempre ha sido un orden de la conducta, y su diferencia con otros órdenes era la coactividad de la sanción.⁸ La ciencia jurídica brinda una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas, y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. Creonte se enroca en la primera definición, Edipo sabe que es en la dinámica de los actos del poder en donde se alcanza la unidad del orden jurídico.

Por ello, en Tebas consideraban a Edipo el mejor de los gobernantes, puesto que desde que había accedido al gobierno de Tebas, les había quitado el tributo que la Esfinge les había impuesto. Él conocía el dinámico orden de la vida, sabía que las normas no eran universales, sino pretenden serlo cuando se construyen en comunicación y distribución de bienes. Por la confianza que le tenían fueron a suplicarle que buscara el remedio para tanto mal.

Edipo ya había mandado a Creonte a preguntar a los expertos videntes cómo hacer para salir de la crisis en que estaba la ciudad. Llegado Creonte pide a Edipo hablar a solas, pero éste no accede. Por fin, Creonte declara que debían echar fuera a asesinos o hacer que muerte por muerte se pague. “La impunidad es la fuente de todos los males”, había dicho, por lo que debía castigarse la muerte de Layo, al cual Edipo jamás había conocido, y el dios había dicho que el asesino estaba en la ciudad.

Edipo preguntó si hubo quienes hubieran visto los crímenes. Fueron muertos todos, dijo Creón, sólo quedó uno dominado por el espanto. Edipo deseaba buscarlo par ver si encontraba algún indicio. Ladrones fueron los que le salieron al paso y lo mataron. Todos dijeron en su momento que fue una gavilla, no sólo un brazo. Edipo se sorprendió de que fueran ladrones. Reflexionando, preguntó que si acaso en Cadmos no se pagaba bien el trabajo, puesto que en un lugar en donde la gente tiene para sus necesidades básicas no hay ladrones, cuestión de sentido común que muchos olvidan.

Se refirió que si hubo quien pensó en la muerte del rey, pero nadie tuvo ánimo para vengar al muerto: no hubo quien ejercitara la justicia, puesto que nadie miraba más allá de su propio presente. Sin embargo, “Edipo ofrece ser el vengador, no por

⁸ Hans Kelsen, *Teoría pura...*, op. cit., p. 45.

el rey muerto, sino por sí mismo”.⁹ Edipo desea trascender en la memoria de las generaciones: quiere vivir en la buena opinión del que vive en la comunidad donde las decisiones se hacen en foros públicos. Edipo intuye la organización de la vida que perdura. Sabemos con Morin que “[...] la organización sistemática de la vida es más que las partes, pero también es menos. Es más puesto que es organización y es menos, puesto que es control de deseos y pulsiones de apropiación”.¹⁰

Como el pueblo estaba temeroso y pensaban que el pasado regresaba, Edipo les asegura que él haría justicia, pues ese era el medio para liberarse de los males. Aunque nada sabía de los hechos criminales, aseguró que investigaría. Como primera acción pide públicamente al autor de la muerte de Layo que se presente a declarar y ofrece una concesión de indulgencia. Nada habría de hacer la ciudad ni en castigo ni en venganza en su contra. “No se trata sólo del silencio que calla, sino de la gratitud que premia: eso tendrá”.¹¹ Pero si ese se empeñare en callar, él manda a todos que nadie le dirija la palabra, ni le deje asociarse a los sagrados ritos. En ese caso, mandó que lo expulsaran sin piedad, pues él era la causa de la horrible peste. Le auguró una vida intolerable, cruel y dura para el asesino. Él se había proclamado defensor de Layo, como si hubiera sido su padre.

Todos hablaron de que había sido muerto en manos de caminantes. Hubo quien pensó que eran guerrilleros, otros, los llamaron terroristas. El pueblo confundido acudió a Edipo a aconsejarle que vaya con algún otro científico como Tiresias, el vidente ciego, cuyos consejos fueran más eficaces. Como Edipo ya había encargado a Creón que lo llevara, éste llegó con Tiresias, que estaba molesto, pues ya Febo había dicho que el remedio estaba en desterrar o dar muerte a los asesinos de Layo. Edipo lo exhortó para que no negara su ciencia profética a los ciudadanos. “Terrible es el saber cuando el que sabe, de ello no aprovecha”.¹² Dijo Tiresias molesto. Pero Edipo quiere saber, le reclama que no muestra amor por su ciudad. Ni tú tampoco, replicó Tiresias. Si lo sabes y te callas, estás traicionando tu ciudad dijo Edipo que comienza a sospechar que el vidente ciego era el autor de todos los hechos. Tal vez tu mano no lo mató, pero si lo planeaste, le replicó a Tiresias. Éste, enojado, le dice que esa tierra estaba manchada por la infamia de un culpable, y ese culpable era el mismo Edipo. “Tú eres asesino y no te das cuenta de la infamia en que vives”, además le predice que todos lo habrían de vilipendiar: por tanto, conocía, al igual que Edipo estaba conociendo, que todos en Tebas habían sido simplificados por las órdenes con amenazas de Layo, el rey muerto.

El pueblo se dio cuenta que ninguno de los dos tenía tino. Rey eres, reconoce Tiresias, pero le recuerda que iguales somos en el derecho a hablar. Le advirtió que él no estaba sujeto a Edipo, sino a Apolo y que tampoco era favorecido de Creón.

⁹ Sófocles, *op. cit.*, p. 129.

¹⁰ Edgard Morin, *et al.*, *op. cit.*, p. 36.

¹¹ Sófocles, *op. cit.*, p. 130.

¹² *Ibid.*, p. 131.

“Te burlas de mí, por ser ciego”, dijo el vidente, y le echó en cara a Edipo que él sí miraba con sus ojos, pero que no podía mirar la desgracia en que estaba viviendo: “no sabes con quién vives, ni con quién cohabitas. Tendrás un doble azote: de padre y de madre”.

Se enfrentaron los conocedores del mundo y la sociedad: Tiresias se burló de Edipo ¿No que eras tan bueno para descifrar enigmas? Tú, desde hace tiempo indagabas quién fue el asesino de Layo. Sin embargo, él está aquí y eres tú. “Le predijo que acabaría mendigando sostenido por un pobre bastón. Pronto se va a ver que eres regicida, parricida e incestuoso”.

Desde la Procuraduría general de justicia de la nación de Tebas, se manda buscar la huella del homicida, a quien nadie conoce. Se siente que allí arraiga el ombligo mismo de la tierra, pues está por emerger otra realidad posible o civilidad. Todos están espantados los agüeros de Tiresias. En medio de eso, Creonte demandó a Edipo de calumnias pues declaró no poder vivir en la infamia.

Como Yocasta, esposa de Edipo, lo miró muy abatido, les restó valor a los adivinos. Para probarlo, le contó que una vez le había llegado a Layo un vaticinio: “Que era destino suyo que muriera de un hijo suyo en mí engendrado”.¹³ Sin embargo, agregó que era fama pública que Layo sucumbió a manos de unos forajidos extranjeros en un sitio en que convergen tres caminos. Y el hijo que tuvimos, dijo, no bien había cumplido tres días, cuando Layo mandó que lo arrojaran a una montaña desierta tras haberle ensartado los pies con un garfio de hierro. Por ello Yocasta dijo que el oráculo de Apolo había quedado muy mal: ni el niño fue asesino de su padre, ni Layo, cual temía horrorosamente ser destronado, fue matado por mano de su hijo. Ella no creía en las predicciones de los oráculos y demás científicos sociales. Yocasta pensaba en ellos como conocedores de técnicas para realizar lo que los reyes ordenan. La mujer miraba lo que ocurría en lo inmediato y sabía que los reyes fabrican imágenes de identidad para engañar a sus pueblos, de manera que si los reyes quieren algo, así se los dicen a sus pueblos y con estas venganzas de ultratumba amenazan a sus pueblos.

Edipo se desesperó cuando escucha que Yocasta refirió que Layo había sucumbido en donde convergen tres caminos: comienza a sospechar de sí mismo. Le dijo a ella que buscaría al siervo del padre que había visto quién había matado al rey.

Edipo se acordó que en Corinto, reino de su padre, alguien rumoró que era adoptado, pero él no hizo caso, pues al interrogar a sus padres lo habían negado. Con esos datos, Febo y la Pitia, le hicieron una profecía: él subiría al lecho de su madre y engendraría una prole abominable para todos los hombres, y que habría de ser el asesino de su propio padre. Para no hacer esto, Edipo huyó muy lejos, donde los vaticinios no pudieran ser cumplidos. Errando había llegado al sitio donde había sido muerto Layo. Allí se tropezó con un heraldo y con una carroza, con un hombre igual

¹³ *Ibid.*, p. 137.

al que Yocasta refería. Ambos lo quisieron sacar del camino con violencia. Arrebatado de ira dio un golpe al que lo echaba, como el anciano que iba dentro también lo agredió y Edipo se defendió de él y murió. Igualmente mató a los otros agresores, menos al que había huido.

Edipo quería ver al criado de Layo, para corroborar sus sospechas. Se dio cuenta de que cuando estaba maldiciendo al asesino se estaba maldiciendo a sí mismo. Él mismo había decretado su expulsión del país. Además había profanado a su propia esposa, pues no sabía que era su madre ¿podía haber hombre más infame? Allí, precipitadamente concluyó que tenía que ser desterrado. El corifeo le dice que antes escuche al criado que había sobrevivido.

El pueblo quiere leyes correctas, no leyes de hombres, como Creonte, aunque si no tiene gobernantes con Edipo, se resigna a autoridades como Layo o Creonte. Los dioses ¿son los que mandan soluciones generales, o bien, los dioses son los que mandan controlar las pasiones para entrar a la sociedad civilizada del planeta Tierra? Tenemos esta alternativa: los dioses *a)* son las supersticiones que iglesias y estados propagandean y usan todas las tecnologías para esto, o bien, *b)* los dioses son las figuras arquetípicas, puesto que su único referente es el desarrollo cerebral, de aquellos que en dichos modelos de conducta se han identificado y discutido. Por tanto, estas imágenes de identidad implican el control del organismo a cambio del reconocimiento de dicho mérito. Por tanto, ya desde esta tragedia se nos plantea la contingencia entre el vivir bajo la superstición de los universales abstractas, o bien, de la cultura del discurso en donde se concretizan las decisiones que se hacen bajo el imperio de la ley.

Un mensajero de Corinto llega con la mala noticia de que Pólipo, el padre de Edipo, agonizaba. Al enterarse de que Edipo se había exiliado por el vaticinio de parricidio, el mensajero informo que Pólipo dijo que no temiera, pues él lo había adoptado. Este dijo haber recibido a Edipo con unos garfios en los pies, de un pastor. Edipo aumentó su sospecha, por lo que mandó que le presentaran al criado de Layo. Éste confiesa haberlo recibido de manos de Layo, enganchado por los pies a unos garfios. Layo había ordenado matarlo, pero él tuvo lástima y lo regaló al mensajero que allí estaba. Ante los apremios de Edipo, el siervo por fin confiesa que el niño nació en casa de Layo. Era hijo de los reyes que lo habían mandado aniquilar, pues se afirmaba que daría muerte a su padre. Como le había dado lástima el niño, lo regaló más adelante. El siervo atestigua que es el mismo niño, y lo probó mostrando sus pies deformes.

Las profecías del oráculo se habían cumplido. Edipo había cometido incesto y parricidio. Pero su delito más grave era que sabía que las normas categóricas tenían excepciones, como permisos, autorizaciones y facultades, pues los ciudadanos tenían derecho a impugnar las leyes. Un juez civilizado mira si las obligaciones y prohibiciones pueden cumplirse, al haber civilidad en comunicación pública y distribución de bienes. En caso contrario, el juez está autorizado a no sancionar. Además dicho juez observa que hay quienes tienen facultades de hacer normas y sancionar su

incumplimiento, aunque no tengan nombramiento por el poder. En cambio, Creonte consideraba universales categóricas las obligaciones y prohibiciones y no sentía que sobre él hubiera nadie más que lo autorizara a aplicar sanciones. Es decir, la unidad del orden jurídico, para Creonte, la dan las normas universales que él expide; en cambio, para Edipo, la unidad del orden jurídico se forma en la dinámica del discurso donde es posible justificar las excepciones a normas generales, como son los permisos. Ciertamente, en el sistema dinámico añadido al sistema estático, se dan autorizaciones para hacer normas y ejecutarlas, y es posible mirar quién sin autorizaciones como investiduras, está facultado a hacerlo.

Históricamente, el hombre primitivo no estaba organizado mediante la institución judicial para revisar la validez de sus normas generales. Sin embargo, desde dentro de los grupos primitivos surgen ciertas costumbres civilizadas, como es el discutir con los hablantes sin distinciones, aunque fueran mujeres. Por eso afirmamos que, quien teniendo la posibilidad de evolucionar, se detiene, es un corrupto que autodestruye la comunidad en que vive.

Son dos estilos de representación los que hemos expuesto con la tragedia de Edipo, y son dos maneras de entender la cultura de los derechos: Creonte define el derecho como el conjunto de sus normas coactivas, Edipo lo define de manera compleja puesto que incluye la discusión pública de las historias y formación de identidad, cuya dinámica da sentido al orden estático original.

Edipo, ante la evidencia, se auto-sancionó. No se consideró culpable ni de incesto ni de homicidio, pues concluyó que no cometió intencionalmente ninguno: él no sabía que ellos eran sus padres. Además, él había actuado en legítima defensa. Su falta, consideró, era más bien de tipo epistémico: no había considerado todos los datos que conoció, en su momento no consideró los rumores de que era adoptado. En cambio, Creonte si lo considera culpable y, por tanto, la pena de muerte la conmuta por destierro. Sin embargo, a pesar de que lo consideró criminal, lo va a buscar cuando apoya la campaña electoral del hijo menor de Edipo y necesitó la presencia de éste, para legitimar frente al pueblo que lo ama, a su candidato.

Edipo sufrió mucho puesto que ninguno de sus hijos se sintió con derecho para decir que no era válida la norma en donde se llamaba criminal a Edipo y lo sancionaban con el destierro. Realmente los hijos eran los parricidas, porque ninguno siguió el ejemplo del padre que ponía las condiciones para que el discurso público se civilizara. Igualmente, sus hijos eran incestuosos, puesto que ellos privilegiaban a los que se apropiaban de la tierra y de sus recursos, sin compartir con nadie de sus conciudadanos y, mucho menos, con la humanidad que hay en otros pueblos.

Vemos con claridad que los usos del lenguaje de cada uno de estos representantes son distintos: con Creonte el pueblo se subsume a sus órdenes categóricas y repite lo que Creonte define como derechos subjetivos. En cambio, los usos del lenguaje de Edipo expresaban la existencia de cada hablante y civilizaban sus costumbres al verse frente a todos. Por ello, los hablantes tienen facultades de criticar a sus gobernantes y saber cuándo son válidas sus normas y cuándo los líderes sociales tienen

esta facultad discursiva para exponer a los servidores públicos que no sirven al público, sino sólo a sus intereses personales.

La Teoría Pura del Derecho presupone dicha distinción, que se mira en la cultura de la academia. Pero hoy en día, dicha distinción se ha trivializado, por lo que se impulsan las miradas de Creonte en la academia y se lucha en contra de la cultura privilegiando las “disciplinas” y la tecnocracia.

II. El derecho subjetivo

Hemos ilustrado el estilo de Creonte como aquel que impone una orden con amenaza de retribución, justificándola en almas, dioses, naturaleza, y hoy, mediante una razón mecánica, de esta manera se afirma que hay derechos previos al debate entre los hombres que deben ser reconocidos por el derecho positivo. Kelsen lucha contra este dualismo que suele presentarse en la teoría del derecho, como lo es aquel entre el derecho natural y el derecho positivo, que supone que el primitivo conoce los derechos “naturales” y que el derecho positivo es válido en la medida en que los reconoce. Sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.¹⁴ Esta es la idea de juristas autoritarios que definen los derechos con relación a ciertos valores que se afirman como eternos e inmutables. La teoría pura del derecho afirma que la norma constituye los valores, por lo tanto, la verificación de su un hecho o conducta es un juicio de valor, se explica puesto que el derecho supone comunicación pública y distribución, para confeccionarse. De esta manera, la dualidad entre lo que debe ser y lo que es, queda eliminada; porque lo que el *deber ser* emerge del debate civilizatorio.

Sin embargo, observa Kelsen, que “el principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y el de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan”.¹⁵ Hoy se ha regresado a la teoría del derecho natural porque se tiene la idea que ella permite defender eficazmente al capitalismo contra el comunismo. Partidarios de Creonte y, por tanto, del derecho natural estiman, que una de las principales funciones del Estado es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza.

Igualmente, la distinción entre derecho subjetivo y derecho objetivo ha sido usada para imponer ciertos límites a la dinámica del derecho.

¹⁴ Hans Kelsen, *Teoría pura...*, op. cit., p. 103.

¹⁵ *Ibid.*, p. 109.

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, así se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tienen un carácter normativo, es un conjunto de normas: un orden; en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único.¹⁶

Por tanto, se desechan las explicaciones del derecho subjetivo como voluntad de alguno o interés jurídicamente protegido, pues ambas aceptan las voluntades o intereses de hecho dominantes que se afirman como lógica y temporalmente anteriores al derecho objetivo.¹⁷

Si se admite que el derecho subjetivo es un interés protegido o una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo; estamos admitiendo que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. De esta manera:

Los derechos subjetivos nacerían primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultado de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparecería mas tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente.¹⁸

El sujeto de derecho tendría como modelo al propietario o titular de un derecho subjetivo, que el derecho posteriormente reconoce. De esta manera se ocultan las obligaciones de aquel que tiene derechos subjetivos de propiedad. Esta es una definición ideológica que trata de mantener la idea de que el derecho subjetivo es una categoría trascendente al derecho objetivo, que no puede ser suprimida y transformada por éste. Tiranos como Creonte y demás iusnaturalistas, consideran la relación entre derecho y sociedad, particularmente entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior.

Cuando se define la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se dice que alguien tiene derecho sobre determinada cosa. De aquí deriva la distinción entre *jus in rem*, y *jus in personam*, es decir, el derecho de exigir de otro que se conduzca en determinada forma. El derecho a una cosa, sin embargo, parece ser un caso del derecho a la conducta. De esta manera no todos serían libres, sino estarían sujetos a un derecho de otros. “Mi libertad jurídica es siempre la sujeción jurídica de otro, y mi derecho subjetivo es en todo caso el deber jurídico de una persona

¹⁶ *Ibid.*, p. 113

¹⁷ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1969, p. 91.

¹⁸ Hans Kelsen, *Teoría pura...*, *op. cit.*, p. 115

Sección Doctrina

distinta”.¹⁹ Entonces, si alguien me impide hacer algo, viola un deber que el orden jurídico impone y queda expuesto a una sanción. Decir que soy dueño de una cosa significa, desde el punto de vista jurídico, que todo el mundo está obligado a no estorbar la facultad que tengo de disponer de esa cosa. Incluso se dice que hay una obligación y un derecho “reflejo”. Cuando el derecho tiene el carácter subjetivo, es necesariamente un derecho a la conducta ajena, o sea, a la conducta a que otro está jurídicamente obligado. El derecho subjetivo de una persona presupone el deber jurídico de otra. “Si alguien interfiere con esa autorización, comete un acto antijurídico y se hace acreedor a una sanción”.²⁰ La obligación de devolver las cosas prestadas, o la obligación de no privar de la vida, corresponden a derechos subjetivos que otros tienen para pedir la devolución, o el respeto a la integridad física. Kelsen, sin embargo, pone el acento en el derecho subjetivo de la propiedad privada, pues ha sido tan defendida por el modelo de representación tiránico que se ha dado obligación por parte de todos de respetarla.

Otro uso común del concepto de derecho subjetivo ha sido el de “pretensión” de conductas obligatorias. A esta pretensión, más bien debería llamársela ejercicio de un derecho.²¹ Este derecho no es más que un reflejo de la obligación, por lo que no forma parte del concepto de derecho subjetivo, por lo que este punto de vista es superfluo, puesto que no en todos los casos de obligación jurídica de una persona, se da la existencia de un derecho subjetivo reflejo. Por ejemplo, cuando la “pretensión” puede formularse en un acto jurídico que sólo aparece cuando se puede hacer valer el incumplimiento de la obligación mediante una acción procesal o querella.

Técnicamente, el derecho de propiedad sólo lo tiene un individuo

[...] cuando el orden jurídico lo faculta, no sólo para impedir la violación de la obligación de no obstaculizarlo en los actos de disposición sobre determinada cosa, sino para hacer valer con una acción ante la justicia el hecho de ese incumplimiento de la obligación.²²

Este concepto implica la participación del sujeto en la creación del derecho a través de una acción, aunque los ideólogos del derecho se interesan más por los derechos subjetivos y se ciegan a los deberes jurídicos que acompañan dichos derechos.

Un derecho subjetivo, en sentido técnico, consistente en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación.²³ El ejercicio de este derecho no está codeterminado en la conducta de la obligación, como el derecho reflejo a la obligación; sino que está en relación con la realidad que vive e instauro el sujeto facultado a exigir el cumplimiento de las obligaciones del pro-

¹⁹ Hans Kelsen, *Teoría general...*, op. cit., p. 88

²⁰ *Idem*.

²¹ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1970, p. 140.

²² *Ibid.*, p. 145.

²³ *Ibid.*, p. 147.

pietario, o bien, a expropiar por causas de interés público. Este derecho subjetivo, así como la obligación, no están frente al derecho objetivo como algo fuera de él. En ambos casos se trata de una norma jurídica, que otorga un poder jurídico específico; de una norma jurídica que faculta a determinado individuo.²⁴ Que ese individuo “tenga” un derecho subjetivo o sea, que “tenga” determinado poder jurídico, significa solamente que una norma jurídica hace de determinada conducta de ese individuo la condición de determinadas consecuencias. En la facultad como poder jurídico conferido a un individuo, esta comprendida la facultad de introducir, por apelación, un denominado recurso judicial en caso de que la sentencia judicial le fuera desfavorable, alegando que la misma no se adecua al derecho; el procedimiento iniciado mediante ese acto puede llevar a la revocación de la sentencia recurrida y a su remplazo por otra.²⁵ El sujeto de una facultad jurídica es el individuo cuya manifestación de voluntad, dirigida hacia la imposición de la sanción, constituye una condición de la sanción misma.²⁶ Sin embargo, alerta, los derechos subjetivos dados a ciertas personas son una técnica típica del capital y sus formas de propiedad, que los conciben como derechos reflejos, pues es pensable que terceros interesados, puedan tener otros derechos subjetivos y que se les conceda acción para recurrir normas, como es el derecho al medio ambiente, a la alimentación, al tránsito, etcétera. Es precisamente la participación en la creación de normas jurídicas el elemento con el cual Kelsen construye la definición de derecho subjetivo. En el estilo de representación que ejerce Creonte, se cierra la relación de obligación y derecho subjetivo en un reflejo entre dos personas, y ya no se miran los derechos de terceros negándoseles el derecho de acción. En cambio, cuando el representante pone las condiciones para comunicar y conocer el mundo en que se vive, surgen las voces que impugnan las acciones contrarias al ejercicio orgánico de la propiedad, que se entiende como la procuración de la buena vida de la humanidad planetaria, que comienza con los conciudadanos.

Otro uso común del término de derecho subjetivo es “la permisión (administrativa) positiva del orden jurídico que condiciona determinada actividad a la “concesión” u otorgamiento de “licencia”, como una permisión que debe ser concedida por determinado órganos de la comunidad, sea por un funcionario, sea bajo condiciones previas que el orden jurídico determina, o según la libre discrecionalidad del órgano correspondiente”.²⁷ Pero tampoco este uso participa del concepto de derecho subjetivo, construido mediante la participación de los hablantes en la creación y aplicación de normas.

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, quere-

²⁴ *Ibid.*, p. 148.

²⁵ *Ibid.*, p. 149.

²⁶ Kelsen, *Teoría general...*, p. 97.

²⁷ Hans Kelsen, *Teoría pura...*, 1970, p. 150.

lla o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor.²⁸

Nota Kelsen que esta noción únicamente aparece desarrollada de forma completa en el ámbito del derecho “privado” y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues en lugar del individuo lesionado en sus intereses interviene un órgano estatal: el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

III. Los derechos subjetivos políticos

Caracterizado el concepto de derecho subjetivo por la capacidad de crear normas y aplicarlas, se delinea otra clase especial de derechos subjetivos constituida por los denominados derechos “políticos”. Se suele definirlos como una autorización para influir en la constitución de la voluntad estatal; ello significa participar, directa o indirectamente en la producción del orden jurídico, en el que se expresa la “voluntad estatal”. “Cuando se trata del orden jurídico personificado como ‘voluntad estatal’, generalmente se piensa sólo en las formas de formulación generales de las normas jurídicas constitutivas de ese orden”.²⁹ Sin embargo, la participación de los sometidos a las normas en la legislación, es decir, en la producción de normas jurídicas generales, es la característica esencial de la forma democrática de Estado a diferencia de la forma estatal autocrática, en la cual los súbditos están excluidos de toda intervención en la constitución de la voluntad estatal, sin tener derechos políticos. La legislación democrática puede ser realizada en forma inmediata, por el “pueblo”, o bien, la actividad legislativa es efectuada por el pueblo sólo mediatamente; es decir, es ejercida por un parlamento elegido por el pueblo. En consecuencia, en este caso existe un derecho subjetivo de los electores, que configuran un círculo más o menos grande, a saber, el derecho al voto; y un derecho los electos —menos en número— es decir, el derecho a participar en las actividades parlamentarias, tomando la palabra y votando. Se trata de derechos políticos.³⁰

Habermas refiere que la opinión pública es la única base reconocida de la legitimación del dominio político: el Estado moderno presupone como principio de su propia verdad a la soberanía popular, y ésta, a su vez, tiene que estar encarnada por la opinión pública.³¹ Sin la ficción de la opinión pública como origen de toda autori-

²⁸ *Ibid.*, p. 122.

²⁹ *Ibid.*, p. 123.

³⁰ Hans Kelsen, *Teoría pura...*, 1970, p. 151.

³¹ Jürgen Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública: La transformación estructural de la vida pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 2006, p. 262.

dad de las decisiones obligatorias (tomadas por las autoridades que nos representan), falta a la democracia moderna la sustancia de su propia verdad. Y la opinión pública se forma en el ejercicio del lenguaje simbólico: vemos cómo Creonte hace cálculo de los riesgos para llevar a cabo sus negocios, calcula también los riesgos cuando impone políticas que benefician a quienes se defienden como propietarios; sus súbditos lo aclaman pues es la historia en que viven. Pero cuando surge algún líder como Edipo, que pone las condiciones para comunicar y distribuir bienes, comienza a ser posible mirar los riesgos de violencia, ingobernabilidad, inseguridad, pobreza, devastación ecológica, que se forman en regímenes autoritarios. Por esto es necesario, para ejercitar realmente los derechos políticos, la comunicación general en donde debatimos las historias y nos damos cuenta de los riesgos de los tiranos y las ventajas de tener un régimen en donde los ciudadanos den prioridad a su participación y sepan elegir un buen representante. Es en los foros públicos en donde se organizan las personas y aprenden a ejercer decisiones racionales al ver la situación originaria o primitiva y el mundo posible de la civilidad. Desgraciadamente, dichos foros son “concesionados” a la iniciativa privada por Creonte y la ciudadanía se somete a historias unilaterales. La cultura de los grupos liberadores podría organizar así a la ciudadanía para mejorar la situación, pero hoy todos están presos por discursos universalistas y disciplinarios, como el de Creonte, ensalzados por los mass media.

En *Sociedad y naturaleza* Kelsen distingue entre la interpretación conservadora de las historias que hacen los tiranos y las justifican en almas o dioses; de la interpretación en lenguaje simbólico, en donde los hablantes pueden educar sus decisiones mirando los riesgos que nos estamos buscando. Kelsen, en consonancia con Habermas, piensa que no es posible abandonar el mandato constitucional (a veces implícito) de una publicidad políticamente activa, como la de Edipo, a la facticidad del tirano que disgrega la publicidad y se reduce a una simple información de lo que hacen sus órganos.

El liberalismo quiso salvar la comunicación de público raciocinante del ambiente del público meramente aclamativo de la iglesia y la nueva clase burguesa. Sin embargo, el conocimiento del derecho fue reducido a normas universales abstractas, y no a una universalidad cuya concreción se construye en una dinámica de actos de voluntad que crean leyes generales en el ambiente de comunicación, y las concretizan los jueces, examinando la civilidad del imputado y la distribución de bienes que ha gozado. Marx, pensó con razón que las libertades y derechos políticos, de esa manera se convertían en ideología. Postuló una revolución para concretizar dichos derechos con pretensión de universalidad que permanecía abstracta: hoy, se postula la teoría del discurso para reconocer los estilos de representaciones y defensa de derechos, pero hay muchos académicos que se oponen a esto, puesto que prefieren ver al derecho simplemente como orden coactivo de la conducta y lo definen como instrumento de dominación, olvidando su dinámica.

Hoy miramos que en los medios de comunicación masiva son un desierto de sentimientos, de difusas opiniones y popularizados puntos de vista individualistas, los

Sección Doctrina

mismos medios de comunicación masiva se ocupan de manipular y no de ofrecer la posibilidad de interactuar al público. “Allí es más difícil que nunca que una opinión pública razonante consiga imponerse. Puesto que el momento de la publicidad es la garantía de racionalidad”.³² Desgraciadamente, vivimos en un régimen en donde no hay publicidad de los debates, puesto que la ciudadanía no participa en dichos debates, sino que sólo observa cómo otros pocos lo hacen. Nadie discute una buena narración, puesto que no perciben que para el pueblo lo más importante es el mundo de la vida. Por ello, no hay educación ciudadana para reconocer a los buenos gobernantes, defender los derechos humanos y hacer decisiones racionales.

La ficción de la opinión pública, característica del Estado de derecho, no puede ya seguir identificándose con el comportamiento real del público; pero tampoco puede decirse que la atribución de la opinión pública a determinadas instituciones políticas le quite ese carácter ficticio.³³ La opinión pública se forma en el debate de historias, allí se educan las costumbres: al transitar de ver al otro como objeto del deseo y dominio, hacia verlos como hablantes de la ecología y la economía en un mismo planeta, sin distinciones. Hemos perdido la noción de que nacemos en la situación originaria planteada con Creonte, pero es posible transitar a la historia humana donde el sujeto se libera de su voluntad de dominio y se hace responsable de sus actos. Sabemos que este tránsito no es necesario, pero es posible a través de la comunicación y debate público de las historias: lo que necesitamos es aprender a distinguir al buen candidato.

De esa manera, los hablantes, desde el interno de sus grupos, se organizan para la vida planetaria, como vemos con Edipo, quien controla su organismo, impulsa a que otros lo hagan y todos se integren a un mismo mundo civilizado. Morin explica que esta totalidad es más que las partes, pues emerge la civilidad, pero es menos, puesto que se controla la voluntad de dominio.³⁴

Para Kelsen, el Estado es la fuerza del derecho, no es una organización independiente del buen funcionamiento de éste. El buen funcionamiento implica la comunicación y concientización de las historias, sólo de esa manera podemos hablar de un Estado de Derecho. Por ello hablamos de la complejidad epistemológica para conocer el derecho: este comienza con la comunicación acerca de las historias y la formación de identidad humana a través de la educación de las decisiones: esto da sentido a los conceptos estáticos del derecho, como son los derechos subjetivos privados o públicos. Sin los discursos de la comunicación y formación de identidad, se hipostasía la existencia de un Estado y se le supone pre-existente, fundamento de derechos de propietarios, impuesto a través de propaganda. En este segundo caso, tanto los derechos subjetivos privados (propiedad) como los derechos subjetivos políticos, son meras fantasías, aunque se exalte la participación ciudadana en la creación normativa, puesto que ésta es manipulada.

³² *Ibid.*, p. 263.

³³ *Ibid.*, p. 264.

³⁴ Edgar Morin, *et al.*, *op. cit.*, p. 37.

Kelsen construye epistemológicamente su objeto de derecho subjetivo, con una nota común, tanto para el derecho subjetivo privado, como para el derecho subjetivo político, en la medida en que ambos cumplen la misma función jurídica: la participación de los sometidos al derecho, en la producción del derecho; es decir, en cuanto en ambos se expresa la función de producción jurídica.

IV. Derechos y libertades fundamentales

Las constituciones de los Estados modernos regulan en cuanto que garantizan la igualdad ante la ley, la libertad (es decir, inviolabilidad) de la propiedad, la libertad personal, la libertad de opinión (en especial la libertad de prensa), la libertad de conciencia, incluyendo la libertad de religión, de asociación y de reunión, etcétera. Estas garantías establecidas en la constitución jurídica no constituyen de por sí derechos subjetivos, cuando no pueden ser derogadas por “inconstitucionales” mediante un procedimiento especial previsto para ese efecto, puesto que son consideradas como derecho reflejos.

Las garantías constitucionales de los derechos y libertades básicos son disposiciones de la constitución que determinan, en forma negativa, el contenido de las leyes, y que prevén un procedimiento mediante el cual las leyes que no se adecuen a esas disposiciones puedan ser anuladas.³⁵

Toda ley que no cumpla con los principios y reglas constitucionales, nos dice, puede ser anulada.

Kelsen no sólo habla del poder de los representantes y los órganos del Estado, sino también de las facultades como poderes de hacer o derogar normas, en defensa de aquellos que se identifican como digna su existencia orgánica en sí misma, por ser susceptibles de ser libres de las pulsiones corporales de dominio y responsables de las propias conductas. Recordamos la máxima de Edipo, de proteger a las mujeres y darles igual valor, pues todos los hablantes son susceptibles de ser civilizados. Y observamos también, cómo fue objetivo al no reconocer como buen gobernante a ninguno de sus hijos.

Volviendo a la historia, vemos que recién exiliado Edipo, Creonte pasó a ser rey interino, mientras que Polínice el hijo mayor tuviera edad para gobernar. Pasado el tiempo, Creonte apoyó al menor Etéocles, en contra del primogénito. En plena campaña electoral el tirano visitó a Edipo, pues necesitaba mostrar la reconciliación con él para ganarse al electorado. Al negarse Edipo a regresar a Tebas, Creonte secuestra a sus hijas, para forzarlo. Teseo, rey de Atenas, a donde Edipo se había refugiado, las rescata. Edipo reconoce en Teseo un buen representante y, por tanto, un rey justo:

³⁵ Hans Kelsen, *Teoría pura...*, 1970, p. 153.

Sección Doctrina

por lo que, a su muerte, se las confía y le aconseja proteger a las mujeres. Ellas son tan dignas de la palabra como de ser libres de su voluntad de dominio y responsables de sus actos.

Edipo sabía que ninguno de sus hijos era digno de ser gobernante, por eso no los apoyó: cuando él fue exiliado de Tebas, puesto que Creonte lo había acusado de criminal, ninguno de sus hijos había impugnado esa decisión. Por eso, partió sólo con su hija Antígona.

Kelsen observa que los denominados derechos y libertades fundamentales pueden ser lesionados, no sólo por leyes, sino también por reglamentos de aplicación, actos administrativos y sentencias judiciales. Normas distintas de aquellas que aparecen en forma de ley pueden tener contenidos contrarios a la Constitución y ser derogadas por esa razón. La protección de derechos y libertades radica en esto, y no, como hacía Creonte, en incluirlos en la Constitución y negar acciones para derogar leyes que los lesionaran.

Luego que Polínice y Etéocles, hijos de Edipo, murieran por mutua mano, luchando por el gobierno de Tebas, Creonte expidió un edicto, donde mandaba enterrar al segundo con todos los honores, en cambio, a Polínice, el primogénito, ordenó tirarlo al monte a que las fieras se sirvieran de él, con ello mostraba que él no tenía valor. Aunque Edipo no reconoció dotes de buen representante a ninguno de sus hijos, Antígona defendió la dignidad igual de sus hermanos: ambos tenían derecho igual de manifestarse y ser notados en el orden de las generaciones. Ella ridiculiza a Creonte, cuando le dice que su bando es sólo la ley de un hombre cuyas leyes pensaba que eran categóricas. Antígona fue detenida, luego de enterrar a su hermano. Le gritó a Creonte que los dioses “no han impuesto tales leyes a los hombres, por lo que apeló a leyes no escritas, fijas siempre, inmutables, divinas”.³⁶ Y estas leyes, aunque en diversas ocasiones han sido citadas por jusnaturalistas, más bien se refieren a la inmutabilidad de nuestro ser orgánico, que no puede ser eliminado por cualquier propagandista que se autodenomine representantes por vía de la manipulación. Tampoco habló de dioses como seres sustanciales, sino como patrones de conducta con pretensión de ser universales.

Antígona impugnó la manera de Creonte de “reconocer” representantes. Ambos tenían el derecho a la palabra y no había razón para distinguir entre uno y otro. Ella ama a sus hermanos biológicos y no mira distinción. Ella ama también a sus hermanos simbólicos que son la ciudadanía de Tebas que sucumbía ante la publicidad de Creonte, que ensalzaba a uno en contra del otro, cuando ninguno era realmente un candidato a rey que supiera formar humanidad en comunicación y distribución. Ambos eran iguales a Creonte quien privilegiaba a los propietarios, sus “cuates” y los derechos subjetivos reflejos de la obligación de respeto de los otros; y ambos daban un tratamiento unilateral a los derechos políticos. Igualmente hacían con las libertades y derechos humanos: podían incluirlos en la Constitución para demostrar

³⁶ Sófocles, “Antígona”, en *Las siete tragedias*, México, Porrúa, 1994, p. 195.

un respeto finto, pues la ciudadanía no tenía los medios para impugnar e invalidar las normas que no les permitieran gozarlos.

Representantes tiranos como Creonte crean instituciones similares a las “Comisiones Nacionales de Derechos Humanos”, para sancionar la falta de legalidad del procedimiento, en la defensa de un derecho subjetivo reflejo de una obligación. Si al ciudadano no se le concede la facultad jurídica y de hecho de llegar a invalidar una ley, sentencia o resolución judicial por inconstitucional, los derechos políticos y humanos son pura fantasía: una mala ficción. Y esta defensa parcial ni siquiera es ofrecida en todos los campos. En México dicha institución nació sin tener competencias jurisdiccionales de fondo y laborales. Por lo que la ciudadanía no tiene posibilidad de anular y declarar una decisión como inconstitucional, sólo tiene derecho a revisar el procedimiento por el cual fue afectado. O bien, tratándose de afectar el sistema económico del capital, en donde el trabajador no tiene posibilidad de participar para defenderse, y defender el planeta, o defender el trabajo no alienado y su subsistencia digna, sino que es preso por el estilo de vida consumista, que propagandean los empresarios amigos de Creonte o Layo. Por ello se hace necesario recordar figuras como Edipo y Antígona que se oponen a la universalidad de normas legislativas, administrativas o judiciales, la voz de las generaciones y de la única fuente de bienes económicos que la humanidad posee y que es el planeta.

Hoy vemos por el mundo a tanto Creonte deplorar la acción comunicativa y discusión de las historias, y declararse “comunitarista” y partidario del “estado social”. Acusan a la acción comunicativa de las democracias, en donde los derechos y libertades constitucionales, en tanto individualistas y formalistas, son prioritarios. El tirano no se pronuncia por un esquema igualitario de derechos y libertades, sino por la defensa de las metas sociales de igualación o identificación social que sus amigos los empresarios están posibilitando a través de sus negocios.

Para clarificar esto, recordamos que “las cuestiones éticas se miden sobre la base de hiperbienes sociales, en la autocomprensión y en el proyecto de vida perspectivista de grupos particulares, es decir, sobre aquello que visto desde nuestra perspectiva hacia la totalidad “es bueno para nosotros”.³⁷ Es decir, la transformación de las formas de vida cuando nos miramos entre la historia original y la historia posible y optamos, ante la visión de los riesgos de violencia, ingobernabilidad, inseguridad, pobreza o devastación ecológica, entre otros, que creamos en cada decisión que hacemos.

En la medida en que la formación de la opinión y de la voluntad política de los ciudadanos se orienta por la idea de la realización de los derechos, no debe igualarse ésta con una auto comprensión ético política simplificada, como lo proponen esos “comunitaristas”; pues el proceso de realización de los derechos debe empotrarse en contextos que requieren como una parte importante de la política, precisamente también discursos de autocomprensión ético-política, como discusiones sobre una

³⁷ Jürgen Habermas, “¿Qué es la pragmática universal?”, en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, México, Rei, 1993, p. 133.

Sección Doctrina

conceptualización compartida de vida buena planetaria y sobre el reconocimiento de la forma de vida deseada como auténtica. Es decir, estas son discusiones en las que los ciudadanos de una determinada república, como habitantes de una determinada región, como herederos de una determinada cultura, deciden qué tradiciones continúan o interrumpen, y cómo quieren tratar su destino histórico, ente sí, y a la naturaleza, deciden defender sus derechos y libertades, etcétera. Y naturalmente, “la elección del lenguaje burocrático o la decisión sobre el currículum de las escuelas públicas, toca a la auto-comprensión ética de una nación”.³⁸

Los derechos y libertades fundamentales, tienen que complementarse con políticas éticas que integren al individuo, mediante el derecho, en los contextos de acción y operación que lo envuelven, que lo vinculen con los demás, desarrollando y asegurando las instituciones jurídicas en las que el individuo ocupa la posición de miembro.³⁹

Dichas políticas de reintegración deben superar marginaciones sociales, económicas y políticas, para acceder a la palabra. Por ello, volvemos a hacer notar que ese ciudadano que habla y se sabe parte del mundo, se forma en el ejercicio del lenguaje simbólico: en donde mira la diferencia de historias que puede fundar con sus decisiones. Por eso, la cultura y las humanidades deben incluirse en la enseñanza del derecho y la defensa de derechos subjetivos privados y políticos. Ante la ausencia de esta educación, Creonte se alegra puesto que puede seguir alienando mediante telenovelas.

Una garantía eficaz de los denominados derechos y libertades fundamentales, sólo ocurre cuando la Constitución que los garantiza no puede ser enmendada mediante legislación ordinaria, sino sólo por un procedimiento especial, distinto del legislativo ordinario. Si la constitución pudiera ser enmendada por una simple ley, podría ser suprimida por “inconstitucionalidad”, puesto que la constitución quedaría eliminada, con respecto al dominio de validez de la ley, por la ley misma. Por ello, se justifica su rigidez. Pero mientras que la garantía constitucional de los llamados derechos y libertades fundamentales no signifique otra cosa más que la mayor dificultad señalada en la limitación por ley de esos “derechos”, la ciudadanía no tendrá derecho alguno en sentido subjetivo. A lo más tenemos una apariencia de vivir en una cultura de los derechos humanos.

Un derecho fundamental, o libertad básica, sólo constituye un derecho subjetivo en el sentido de un poder jurídico, cuando el orden jurídico otorga al individuo que es afectado por la ley inconstitucional, un poder jurídico para iniciar, con una queja, el procedimiento que conduce a la supresión de la ley inconstitucional.⁴⁰

³⁸ Jürgen Habermas, “La reconstrucción interna de los derechos”, en *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2010, p. 145.

³⁹ *Ibid.*, p. 153.

⁴⁰ Hans Kelsen, *Teoría pura...*, 1970, p. 155.

Y esto forma un precedente que permite a otras decisiones basarse en él.

Pero para esto se necesita que la intersubjetividad alce la voz, como Edipo hacía y esperaba de sus ciudadanos a los cuales hablaba de frente y exhortaba a la expresión. Como hizo Antígona, que fue más allá de los derechos subjetivos de propiedad y las obligaciones reflejas de todos los demás; y más allá de los derechos políticos de electores alienados.

Órgano de una comunidad, dice Kelsen, “[...] es aquel individuo que ejerce una función que puede ser atribuida a la comunidad, función, pues de la que se dice que la comunidad, pensada como una persona, la ejerce a través del individuo que actúa como su órgano”.⁴¹ De ahí que puede designarse al individuo que ejerce un poder jurídico que le ha sido conferido, sea que interponga una demanda judicial, o celebre un negocio jurídico, como órganos de derecho, constituyendo el poder jurídico que se le ha conferido, su competencia o capacidad jurisdiccional, y ello en el mismo sentido en que se considera órganos al legislador, al juez o al funcionario administrativo, y se denomina “competencia” al poder jurídico que se les otorga. Es de notarse que hasta el individuo que cumple con su obligación jurídica, que ejerce un derecho reflejo o utilizar una permisión positiva puede ser considerado órgano jurídico.

Un individuo es órgano de una comunidad en tanto y en cuanto cumple una conducta atribuible a la comunidad; y una conducta es atribuible a la comunidad cuando se encuentra determinada, como condición o consecuencia, por el orden normativo constitutivo de la comunidad. Éste es el concepto primario, básico, de la función “órgano”, de la función orgánica —no el de órgano nombrado— el que capta, especialmente en el terreno de la ciencia jurídica, la situación objetiva esencial.⁴²

De hecho, Edipo antes de ser rey mató a Layo. Creonte, en tanto órgano interino, lo consideró el homicida y lo mandó exiliar. Edipo, en cambio, se exoneró de la muerte o del exilio, puesto que todo aquel ciudadano que ejercita legítima defensa es órgano ejecutor del derecho. Él sancionó más bien el hecho de no haber visto todos los datos de su vida, no indagando a aquellos que rumoraban que era adoptado.

Si se emplea la palabra “facultar”, no sólo en el sentido restringido de concesión de un poder jurídico para producir y aplicar normas jurídicas, sino también en el sentido más lato comprensivo de “ordenar” y “permitir positivamente”, estamos en un ámbito que la ciencia jurídica conoce y que hemos ejemplificado con Edipo. Pero si aparece una tendencia a atribuir solamente a la comunidad jurídica la conducta de un individuo en cuyo respecto el individuo en cuestión esté “autorizado”; de suerte que sólo la conducta mediante la cual se producen y aplican normas jurídicas, así como la conducta obligatoria, pero no prohibida, y la conducta positivamente

⁴¹ *Ibid.*, p. 163.

⁴² *Ibid.*, p. 161.

permitida, son atribuidas a la comunidad jurídica, considerándose únicamente al individuo órgano de esa comunidad en la medida en que cumple la conducta “autorizada” por el orden jurídico en los sentidos indicados, estamos en la realidad original de Creonte, hablados y simplificados por el poder. Ese es el uso común o vulgar del lenguaje en donde se simplifican y trivializan los términos, de lo cual Kelsen alerta, pero que, a pesar suyo, en las academias ha sido totalmente aceptado por éstas, que se han vuelto oficialistas y, en vez de enseñar a valorar y criticar representantes, se enseña el sometimiento a sus órdenes.

Desgraciadamente, el concepto de órgano, de facultad, de derechos subjetivos privados y derechos políticos y humanos, es empleado comúnmente con estas limitaciones. Incluso, en la curricula de las escuelas, el conocimiento disciplinario del derecho nos ciega a la posible función de órganos de la ciudadanía y de todo aquel que tiene facultades para hacer y aplicar normas, pues conoce la organización de la vida.

Nota Kelsen que no todo individuo que cumple semejante función es denominado “órgano” en este sentido más estricto, aunque hay muchos “funcionarios” del estilo de Creonte que excluyen a las personas: esto es el inicio de la simplificación y unilateralización del discurso; de la corrupción de la civilidad humana y de la violencia y de la producción de los riesgos antes nombrados. En cambio, los órganos ciudadanos serían los que hablan como Edipo o Antígona: son representantes del pueblo civilizado y titulares del derecho. Son los líderes que las escuelas deberían estar formando.

En un sentido muy alto, determinada conducta de determinado individuo se encuentra facultada por el orden jurídico, no sólo cuando se concede al individuo un poder jurídico, esto es, la capacidad de producir normas, si no en general, cuando la conducta del individuo es convertida en condición directa o indirecta de la consecuencia jurídica, esto es, del acto coactivo instituido como debido, o constituye ella misma la conducta consistente en el acto coactivo. Sólo la conducta humana puede ser considerada como “facultada” por el orden jurídico al ser determinada por éste como condición o consecuencia. El hombre que puede efectivamente realizar esa conducta queda capacitado, por el mismo orden jurídico, a comportarse de esa manera. Pero el orden jurídico no se reduce a las formalidades de Creonte, sino a la capacidad discursiva y humana de Edipo o Antígona, quienes saben impugnar órdenes y limitar su validez, puesto que su discurso propio consiste en la realización del derecho. Por ello, dentro de la teoría pura, vista en su integridad, la capacidad procesal no se reduce a una obligación refleja, ni a quienes son dependientes de Creonte, sino a la representación humana como organismos valiosos de un mismo planeta.

En tanto se considera la función que se configura mediante el ejercicio del poder jurídico otorgado por el orden jurídico, dice Kelsen que no se justifica esta limitación del concepto de competencia.

La capacidad contractual y el derecho subjetivo —privado o político— de un individuo son, en el mismo sentido, su “capacidad jurisdiccional”, o su “competencia”, como la capacidad de determinados individuos de hacer leyes, dictar sentencias judiciales o adoptar una.⁴³

La terminología tradicional oculta el parentesco esencial que hay entre todas esas funciones, en lugar de expresarlas nítidamente.

De ahí que cualquier conducta de un individuo, determinada por el orden normativo y autorizada por éste en ese sentido amplio, pueda ser atribuida a la comunidad constituida por el orden normativo, e interpretada como función de la comunidad; y todo individuo, cuya conducta determine el orden normativo, y en ese sentido, esté autorizada por aquél —es decir, todo miembro de la comunidad— puede ser considerado como órgano de la misma.⁴⁴ Pero esto es consecuencia de definir el derecho en manera compleja: comenzando por el ejercicio del lenguaje simbólico y formación de identidad planetaria.

V. A manera de conclusión

En conclusión, la cultura de los derechos humanos supone la superación de supersticiones y la imposición de órdenes categóricas para construir las normas con pretensión de universalidad en comunicación y distribución de bienes, como bien supieron Edipo y Antígona. Los derechos subjetivos tanto políticos como privados, son parte de un concepto complejo que surge del debate de historias y formación de identidad como tolerancia, y se enlaza al procedimiento estatuido de crear normas con sanción coactiva.

No podemos seguir concibiendo al derecho como universal categórico, como hacen aquellos que imitan la causalidad newtoniana: debemos mirar que el derecho surge de la causalidad recursiva: miramos los riesgos que nos buscamos cuando existe comunicación y educamos nuestras preferencias para poder trascender en las generaciones. De esta manera surge una opinión pública razonante de un pueblo soberano, que defiende sus derechos y limita derechos subjetivos que no cumplen obligaciones para con toda la civilidad humana. Es decir, se otorga la voz y derecho de impugnación a todo hablante, para que el titular del derecho subjetivo de propiedad se ejercite públicamente y, pueda ser expropiado conociendo el interés público genuino y los derechos a la alimentación, al tránsito y al sustento de la vida.

Mirar las simplificaciones de Creonte y distinguirlas del mundo complejo en donde todo hablante es incluido en la toma de decisiones que pretenden ser universales, nos llevará a superar los estilos autoritarios y aparentes de defender los

⁴³ *Ibid.*, p. 160.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 161.

Sección Doctrina

derechos y comenzar a defenderlos en serio, como posibilidades de crear y aplicar normas jurídicas de aquellos que se preocupan de la trascendencia de nuestras vidas, aunque no hayan sido nombrados y autorizados por un poder central.

Bibliografía

- Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. México, Rei, 1993.
- . *Historia y crítica de la opinión pública: La transformación estructural de la vida pública*. Barcelona (España), Gustavo Gili, 2006.
- . *Facticidad y validez*. Madrid (España), Trotta, 2010.
- Kant, Immanuel. *¿Qué es la Ilustración?* México, Fondo de Cultura Económica, 1970.
- Kelsen, Hans. *Sociedad y naturaleza*. Buenos Aires (Argentina), Depalma, 1945.
- . *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires (Argentina), Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1967.
- . *Teoría general del derecho y del Estado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1969, (Textos Universitarios).
- . *Teoría pura del derecho*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979.
- Morin, Edgar, Emilio Ciurana y Raúl Domingo Motta. *Educación en la era planetaria*. Barcelona, Gedisa, 2003 (Libertad y Cambio).
- Sófocles. *Las siete tragedias*. México, Porrúa, 1994, (“Sepan cuantos...”, 14).