

La diferencia como complemento de la igualdad en la protección de los derechos fundamentales. Elementos teóricos para su consideración ***-****

Difference as a complement to equality on fundamentals rights' protection. Theoretical elements for its consideration

RESUMEN

El presente trabajo aborda críticamente la influencia del discurso político y filosófico en la comprensión de los derechos fundamentales, particularmente desde la crítica a las nociones de sujeto abstracto y titularidad universal. Este ejercicio propone la noción de diferencia como complemento epistémico para la comprensión de estos derechos, que permita situar a sus titulares en la materialidad que condiciona el ejercicio. Esta exploración tiene como horizonte una reconstrucción del discurso de los derechos desde una epistemología materialista de la diferencia y la subalternidad, que considere dicha condición en su ejercicio, especialmente cuando se trata de garantizar

* Profesor titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso (Valparaíso, Chile). Doctor en Derecho y magíster en Filosofía. Investigador del Centro de Estudios Interdisciplinarios en Teoría Social y Subjetividad, CEI-TESYS. Contacto: jaime.bassa@uv.cl ORCID: 0000-0003-1656-5885.

** Profesor de Historia del Pensamiento Filosófico, Universidad Andrés Bello (Santiago, Chile). Licenciado en Derecho, actualmente cursa el magíster en Filosofía, mención Pensamiento Contemporáneo, en la Universidad de Valparaíso. Investigador del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Valparaíso (CEPCV). Contacto: erick.gonzalez@postgrado.uv.cl ORCID: 0000-0002-0393-0209

*** Recibido el 9 de diciembre de 2019, aprobado el 12 de junio de 2020.

Para citar el artículo: BASSA MERCADO, J. y GONZÁLEZ PÉREZ, E. *La diferencia como complemento de la igualdad en la protección de los derechos fundamentales. Elementos teóricos para su consideración*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 47, septiembre-diciembre de 2020, 113-143.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.N47.04>

**** Este trabajo forma parte de la investigación del proyecto Fondecyt n.º 1180197, del cual Bassa es investigador responsable. Agradecemos al seminario “Poder, Política y Constitución”, que sesiona periódicamente en Valparaíso (Chile), por el ejercicio crítico que acompañó a la formulación de estas ideas.

la igualdad de personas pertenecientes a grupos sociales cuya identidad se configura, como en el caso de las personas migrantes, desde la diferencia.

PALABRAS CLAVE

Derechos, igualdad, diferencia, filosofía del derecho constitucional, hegemonía, subjetivación.

ABSTRACT

The present investigation reviews the political and philosophical discourse of Modernity, from a critic perspective, specially its influence on fundamental rights and their universal titularity. The authors propose the notion of difference as an epistemological complement for the modern comprehension on rights, from the material perspective that determines its exercise. This critic exploration aims to a reconstruction of fundamental rights theory, from certain materialism of difference and subalternity theory, which considers this condition in their exercise, especially guaranteeing equality among social groups whose identity configures from difference, like immigrants.

KEYWORDS

Rights, Equality, Difference, Constitutional law philosophy, Hegemony, Subjetivation.

SUMARIO

Introducción. 1. Una mirada a los derechos en términos de hegemonía: lo universal en disputa desde lo particular. 1.1. La universalidad en el discurso jurídico moderno. 1.2. La tensión entre lo universal y lo particular. 2. Para una crítica de la igualdad formal: hacia una reivindicación de la diferencia en el reconocimiento de los derechos fundamentales. 2.1. El problema de la igualdad formal desde una episteme materialista. 2.2. Hacia una perspectiva materialista del derecho constitucional. 2.3. La noción de diferencia y su importancia para una nueva lectura de la igualdad. Conclusiones. Referencias.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento normativo de derechos de titularidad universal data de los siglos XVII y, especialmente, XVIII, período de la historia marcado por las revoluciones burguesas que modifican las formas de organización política. De este período son las primeras declaraciones normativas que reconocen derechos, genéricamente, a las personas, entre las que destaca la Declaración

Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Este instrumento viene a consolidar una cierta racionalidad político-jurídica, propiamente moderna, la cual se construye con base en estructuras discursivas de corte esencialista que, ocultando las particularidades históricas de su emergencia y formulada desde una concepción particular –política– del bien, es presentada como universal¹. Este esencialismo es constitutivo del paradigma jurídico moderno de Occidente y de los derechos proclamados en clave de titularidad universal, configurando un sistema de protección de estos derechos en el que categorías abstractas (como el contenido esencial de los derechos) adquieren mayor relevancia que las materiales².

Las categorías conceptuales desde las cuales se construye el discurso jurídico de los derechos no solo condicionan la forma en que son garantizados por la Constitución, sino también la manera como se configuran las condiciones normativas y materiales para su adecuado ejercicio. El concepto de persona es una de esas categorías que configuran los límites o fronteras a partir de los cuales ciertos individuos pueden ser considerados, propiamente, personas o no. Dado el carácter estructural de esta división –que viene desarrollándose desde el derecho romano–, tales umbrales no pueden ser completamente suprimidos sino, como mucho, redefinidos según las circunstancias de cada momento histórico. Sobre el particular se ha señalado que el dispositivo romano de la persona evidencia,

... no solo el rol de una cierta figura jurídica, sino un aspecto que atañe al funcionamiento general del derecho, es decir, la facultad de incluir por medio de la exclusión. Por más que pueda ser ampliada, la categoría de quienes gozan de determinado derecho es definida solo por contraste con quienes, al no ingresar en ella, resultan excluidos [...] Desde su originaria prestación jurídica, es válida exactamente en la medida en que no resulta aplicable a todos³.

La invisibilización epistémica del concepto de persona nos impide comprender que este “no es más que el resultado, siempre provisorio, de un proceso de individuación, o de subjetivación, completamente irreductible al individuo y a sus máscaras”⁴, cuya pretensión de universalización no borra dichas fronteras, sino que las hace menos inteligibles.

1 Cfr. MOUFFE, CH. *La paradoja democrática*, Barcelona: Gedisa, 2003, 38-39; SANÍN RESTREPO, R. *Teoría crítica constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, 38-41; SANTOS, B. DE SOUSA. *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003, 160.

2 DOUZINAS, C. y GEAREY, A. *Critical Jurisprudence. The Political Philosophy of Justice*. Oxford: Hart, 2005, 181.

3 ESPOSITO, R. *El dispositivo de la persona*. Buenos Aires: Amorrortu, 2011, 22.

4 *Ibid.*, 49.

Respecto de los derechos, dicha pretensión se enfrenta a los desafíos propios de una comunidad política cada vez más compleja, como la chilena, compuesta por una pluralidad de sujetos políticos que, al alero de la historia social del siglo xx, vienen a tensionar dicha universalidad; de hecho, el presente se encuentra atravesado por dicha tensión, ante los desafíos que supone tanto el aumento en los flujos migratorios como la consolidación de diversas reivindicaciones políticas promovidas por sectores de la sociedad que demandan reconocimiento y protección⁵.

Así, parece necesario revisar los límites del paradigma jurídico vigente, dadas las dificultades que presenta en materia de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de aquellos sujetos políticos que tensionan la universalidad de su titularidad abstracta, para de ese modo mejorar sus estándares de garantía. En este proceso, la interpretación constitucional cumple un papel fundamental, pues determina las condiciones de posibilidad que permiten la adecuada garantía del ejercicio de los derechos, especialmente respecto de aquellos sujetos políticos que, ante la consolidación de recientes procesos sociales, reivindican el debido reconocimiento por parte del derecho.

En virtud de este trance histórico, parece necesario conectar el discurso jurídico moderno con la reflexión filosófica contemporánea, con el fin de ampliar la comprensión del fenómeno político-constitucional e incorporar las tensiones epistémicas que significan las reivindicaciones políticas de los últimos lustros. Esperamos que dicha perspectiva permita contribuir al reconocimiento de la diferencia y la alteridad en la protección de los derechos fundamentales, en tanto categorías tradicionalmente ausentes del discurso jurídico-político moderno y, por esa vía, considerar la importancia que tiene todo proceso de subjetivación y la tensión que produce en las categorías esenciales del paradigma actual.

Así por ejemplo, creemos necesario revisar la dicotomía entre la pretensión de universalidad de los derechos y las condiciones materiales que determinan su ejercicio. Allí hay desafíos importantes para la garantía de los derechos que es necesario abordar, entre estos, el atinente a cómo el discurso hegemónico asume distintos criterios de fundamentalidad para los derechos, tanto los de libertad como los sociales: mientras respecto de los primeros su fundamentalidad no se discute, los segundos todavía son una categoría en disputa. Esta disputa bien puede explicarse, entre otras variables, por la manera como la universalidad de los derechos ha sido predicada respecto de un titular configurado como sujeto abstracto.

Este sujeto abstracto tendría su co-relato en la configuración del ego epistemológico, desde donde se construye el sujeto moderno (que deviene en sujeto de derechos), tiene su antecedente más conocido en la filosofía

5 DOUZINAS y GEAREY. *Critical Jurisprudence*, cit., 188-190.

cartesiana y así da cuenta la historia de la filosofía moderna, al suponer la unidad del sujeto de conocimiento, supuesto que marca el hito fundamental del racionalismo, el que es proyectado en el devenir del discurso filosófico. Uno de los umbrales epistemológicos de la modernidad es fundado por la filosofía racionalista de Descartes y desplaza el anterior paradigma de la filosofía escolástica medieval hacia su des-espiritualización, racionalizando al sujeto de conocimiento e inaugurando así la época del sujeto científico-racional⁶. De alguna manera, criticar al sujeto abstracto de la modernidad supone criticar su configuración dentro del umbral epistemológico racionalista inaugurado por este “sujeto abstracto”, resultando necesario detenerse –en ciertos pasajes de esta investigación– sobre dicha configuración.

Por ello es que partimos de la premisa de que el “sujeto moderno” se encuentra en crisis, toda vez que invisibiliza las condiciones materiales de su constitución. Pues bien, el sujeto cartesiano deviene –a través de un largo proceso– en ciudadano, cuando transita de la edad media a la época moderna con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, generando una serie de rupturas que permiten entender esta nueva configuración y sujeción⁷ en relación con el derecho moderno, su universalización y su abstracción.

El derecho moderno presume que los sujetos titulares de derechos comparten elementos constitutivos de su condición de persona, que justifican que estos sean proclamados como derechos de titularidad universal. Sin embargo, la individualidad de esos mismos sujetos –especialmente su pertenencia a grupos sociales eventualmente invisibilizados– se configura a partir de rasgos que constituyen su propia forma de ser, dando paso a la multiplicidad propia de las sociedades democráticas, plurales y diversas. Así, mientras el potencial emancipatorio del discurso de los derechos universales es innegable –toda vez que asume un supuesto antropológico único en la historia de la humanidad: las personas somos titulares de derechos por el solo hecho de ser personas–, no podemos desconocer aquella dimensión del discurso que amenaza ese mismo potencial, al invisibilizar las diferencias constitutivas de subjetividades (individuales y colectivas) diversas, las que hacen posible –a la vez que condicionan– el ejercicio de los derechos.

Creemos que para generar condiciones discursivas que permitan garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos es necesario revisar críticamente tanto el sentido de su universalidad como el valor epistémico de la diferencia que la complementa. Para estos efectos, tenemos en especial consideración los

6 BLENGINO, L. F. *El pensamiento de Michel Foucault. Cartografía histórica del poder y diagnóstico del presente*. Madrid: Escolar y Mayo Editores, 2018.

7 Existe un interesante análisis genealógico que explica el tránsito y la relación entre *subjectus* y *subditus* como antecedente del sujeto moderno, el que deviene en la figura del ciudadano-sujeto, sumergido en múltiples paradojas por la dimensión política que lo constituye, proyectando una nueva forma de articulación desde la igualdad y la universalidad. BALIBAR, É. *Ciudadano sujeto*. Vol. 1. *El sujeto ciudadano*. Buenos Aires: Prometeo, 2013, 41-72.

desafíos teóricos que supone la garantía de los derechos de grupos sociales que, en atención a aquellas especificidades que determinan su identidad, podrían encontrarse en condiciones de subalternidad, en particular la situación de los colectivos migrantes en Chile. En los últimos años, los flujos migratorios han tensionado el ordenamiento jurídico chileno, evidenciando sus falencias⁸, lo que constituye un marco de análisis especialmente interesante para estudiar la garantía de los derechos desde la diferencia. Por esta razón, recurriremos a algunos ejemplos contextualizados en dicho país, lo que nos permitirá relacionar la reflexión teórica de carácter más general que proponen estas páginas con situaciones concretas que pueden afectar la protección de los derechos, precisamente cuando la diferencia no es debidamente considerada.

Para abordar este objetivo, el presente trabajo recurre a una metodología descriptiva exploratoria mediante la cual se analizan propuestas teóricas de diversos autores, en un estudio analítico de las fuentes documentales seleccionadas, desde una perspectiva crítica. El presente texto se estructura de la siguiente manera: en primer término se revisa cómo se verifica la relación entre lo universal y lo particular en el discurso de los derechos, de manera particular cómo se disputa la comprensión de los derechos (especialmente sociales), en un contexto histórico marcado por la crisis de los discursos esencialistas y caracterizado por la irrupción de nuevas subjetividades (1); luego se formula una crítica al concepto de igualdad formal como piedra angular del ideal de universalidad de los derechos, con el fin de revisar el valor epistémico de la diferencia en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales (2); finalmente, se señala la importancia epistemológica de la noción de diferencia para una comprensión materialista de los derechos fundamentales, en tanto complemento necesario para garantizar su ejercicio (3).

1. UNA MIRADA A LOS DERECHOS EN TÉRMINOS DE HEGEMONÍA: LO UNIVERSAL EN DISPUTA DESDE LO PARTICULAR

1.1. La universalidad en el discurso jurídico moderno

La promesa de la modernidad es una promesa de libertad para el ser humano, construida por medio del discurso político contractualista⁹ y de matriz iusnaturalista que asume la existencia de derechos pre-estatales, provenientes

⁸ BASSA, J. y TORRES, F. *Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios*. En *Estudios Constitucionales*. Vol. 13, n.º 2, 2015, 103-124.

⁹ Boaventura de Sousa Santos evidencia la crisis del contractualismo moderno en el sentido de que existen (y siempre han existido) sujetos que están fuera del contrato social y que, al irrumpir en la exigencia de un espacio en dicho contrato, tensionan el pacto poniéndolo en cuestión. SANTOS, B. DE SOUSA. *Reinventar la democracia reinventar el Estado*. Madrid: Sequitur, 1998, 7-54. Esta crítica también se desarrolla en BASSA, J. *Constituyentes sin poder. Una crítica a los límites epistémicos del derecho moderno*, 2018, 72 ss.

de un supuesto estado de naturaleza anterior a la constitución de la sociedad civil. La potencia emancipatoria que tiene ese discurso es elocuente, pues en el estado de naturaleza todas las personas vienen a ser reconocidas como portadoras de los mismos derechos, sin importar lo que hasta ese momento era determinante: su posición concreta en una sociedad estamental. En consecuencia, una vez constituida la sociedad civil, todas las personas mantienen los mismos derechos, que deberán ser reconocidos y protegidos por el orden civil que se configura, teóricamente, con ese mismo objetivo.

Sin embargo, el fundamento igualitario constitutivo de esa propia potencia emancipatoria contiene, paradójicamente, el germen para un discurso moderno opresivo, el que tendrá una proyección ambivalente sobre el propio sistema de protección de los derechos de las personas, fuente de importantes conflictos durante los siglos venideros. En efecto, al menos dos factores han condicionado la forma en que se despliega la dimensión igualitaria del discurso moderno/contractualista de los derechos de las personas: la preconcepción antropológica que configura al sujeto titular de dichos derechos, y la conceptualización de dicho sujeto como uno universal.

Este sujeto moderno –que deviene del sujeto cartesiano y es concebido como titular de derechos universales– generó una profunda influencia en la configuración teórica del paradigma jurídico moderno. Descartes dio un importante paso en dirección a la salida del esencialismo espiritual para, finalmente, caer en otro, exclusivamente racional. Como ha señalado Foucault, en general la filosofía se cuestiona cuáles son las mediaciones que permiten al sujeto tener acceso a la verdad. En la época antigua era necesaria una transformación del sujeto (*épiméleia*), pero con el inicio de la época moderna el conocimiento deviene en la única vía de acceso a la verdad: es desde este momento que es posible afirmar que el sujeto puede alcanzar el conocimiento en la medida que se cumplan las exigencias intrínsecas a todo conocimiento verdadero; de esta manera, el saber se acumula en un proceso social objetivo. Consecuencia de ello es que el pensamiento y la historia de la verdad entran en la modernidad¹⁰.

Ya en la Ilustración y con mayor fuerza en la modernidad, la concepción de las personas como sujetos iguales pretendía terminar con la sociedad estamental y los estatutos jurídicos configurados según el rango de cada persona (nobleza, clero, hombres libres, mujeres, esclavos, etc.). Era, en efecto, una estrategia discursiva destinada a terminar con la hegemonía política y social del clero/nobleza, para situar a la clase mercantil en un plano de igualdad respecto de los integrantes de cualquier estamento; dicha igualdad es reclamada no en virtud de su condición de sujeto burgués, sino en tanto persona¹¹.

10 FOUCAULT, M. *Herменéutica del sujeto*. Madrid: La Piqueta, 1987, 33-43.

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 2001, 47 ss.

Para ello era necesario reivindicar el valor de la persona en abstracto, siendo el supuesto teórico del *estado de naturaleza* una pieza clave. Sin embargo, la despolitización asociada a este discurso de una universalidad natural¹² invisibilizó la forma en que los clivajes sociales explican el surgimiento de los derechos. Así, la posición material de noble, burgués o esclavo pasó a ser, en teoría, irrelevante para el reconocimiento de derechos pre-estatales que se definían por su titularidad universal¹³.

El altísimo nivel de abstracción necesario para crear ese nuevo hombre (*sic*) destinatario de estas formas discursivas configuró una categoría *universal* de sujeto, cuyo contenido fue concretado desde la estructura de relaciones políticas que siguieron a la Revolución francesa. Dicho *universal* surge desde la nueva hegemonía burguesa, proyectando la preconcepción antropológica del hombre propietario sobre él¹⁴ y excluyendo, en la práctica, a una serie de subjetividades postergadas que rápidamente devinieron en subalternas¹⁵. A poco andar, el siglo XIX da cuenta no solo del éxito (económico y político) que la Revolución supuso para la burguesía, sino también del fracaso de su discurso emancipatorio y universalista: la crisis de legitimidad de lo que se vino a llamar el Estado liberal/formal de derecho¹⁶, que evidencia cómo las grandes mayorías sociales –esos comunes invisibilizados por el discurso revolucionario¹⁷– estaban materialmente impedidas de ejercer los derechos que el ordenamiento jurídico les reconocía bajo la fórmula de la universalidad.

12 MOUFFE. *La paradoja democrática*, cit., 26-28.

13 FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta, 2003, 58-60.

14 MACPHERSON, C. B. *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*. Madrid: Trotta, 2005, 257 ss.

15 Recogemos la forma en que Modonesi aclara las diferentes connotaciones analíticas de la noción de subalternidad, como sinónimo de oprimidos o dominados. Aunque se trata de una interpretación aceptada con sobrada amplitud dentro del lenguaje político-filosófico, esta naturalización supone una pérdida de su fuerza explicativa, cayendo en teorizaciones aproximativas y resbalosas (2010: 25). Para evitar tal inclinación, consideramos que el trabajo del autor despeja las dudas y contradicciones del concepto, analizando y comparando la propuesta gramsciana con la deriva de la Escuela de Estudios Subalternos (EES), ambas articuladas desde el antagonismo: “partiendo de las reflexiones de Gramsci, podemos entender la subalternidad como condición y como proceso de desarrollo subjetivo –de subjetivación política centrada en la experiencia de la subordinación– que incluye combinaciones de aceptación relativa y de resistencia, de espontaneidad y conciencia. Esto implica distinguir tanto niveles y dimensiones como situaciones y momentos, reconocer distintas formas y pasajes, diversas manifestaciones de la subalternidad que sería necesario adjetivar. Al mismo tiempo, ampliar la mirada hacia procesos y dinámicas de subjetivación política que rebasan la resistencia –como postura defensiva– supone incorporar otras dimensiones y otros conceptos”. MODONESI, M. *Subalternidad, antagonismo, autonomía*. Buenos Aires, Prometeo, 2010, 52.

16 DÍAZ, E. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 2010, 103 ss.

17 Ya decía Sieyès que el tercer estado –aquel estamento en cuyo nombre hablaba– “posee en sí mismo todo lo necesario para formar una nación completa”. SIEYÈS, E. *Escritos y discursos de la Revolución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 86.

Son el exterior constitutivo del hombre burgués; si bien ya no pesaba sobre ellos la predeterminación de una sociedad estamental, siguieron sometidos a una relación de dominación ejercida por un nuevo *señor*, aunque como titulares de sus mismos derechos.

Así, la dimensión igualitaria del discurso moderno solo se desplegó formalmente, limitándose a la declaración normativa de nuevos catálogos de derechos. En sus orígenes, y apelando a la naturaleza, sirvió para emancipar a la burguesía del clero/nobleza, reemplazando aquella hegemonía por la suya propia¹⁸. Luego de más de dos siglos de desarrollo y normalización del discurso de los derechos –radicalizado después de la Segunda Guerra Mundial–, cabe preguntarse si ha logrado desplegar su dimensión emancipatoria respecto de aquellos sujetos que devinieron en *subalternos* ante la consolidación burguesa o si, por el contrario, el discurso del *universal* sigue siendo dominado por aquella primera preconcepción antropológica del hombre blanco propietario. Ello supone revisar el alcance de la proclamación de igualdad y los rendimientos que ha presentado en los últimos siglos y, en especial, en las últimas décadas.

Como hemos dicho, la irrupción contemporánea de nuevas subjetividades trae aparejado un nuevo paradigma ontológico en cuanto al valor de la dignidad humana en la comprensión igualitaria de los derechos. Por una parte, es necesario analizar las viejas estructuras discursivas de la racionalidad clásica y, por otra, reivindicar el discurso de diferencia entre los seres humanos, con el objeto –como sostiene Butler¹⁹– de renegociar los límites de aquella universalidad estructuralmente excluyente, que se evidencia en el actual sistema político y en su modelo de reconocimiento y protección de derechos. Para ello es necesario revisar el concepto de *hegemonía* desde el paradigma de la posmodernidad y contrastarlo con la idea de una *universalidad objetiva* verificada, supuestamente, fuera de los límites de lo social.

El sujeto de derechos de la modernidad encierra una paradoja: por una parte es universal –en tanto declaración–, pero por otra es finitud y particularidad –en tanto facticidad–. Esta paradoja deja de ser político-filosófica para convertirse en una cuestión ontológica. En este sentido, los derechos sociales suponen –epistemológicamente– una ampliación o disputa de la comprensión unitaria del sujeto de derechos (sujeto metafísico) a quien se le reconoce la titularidad de los derechos. Así, la categoría *derechos sociales* (entendidos como el exterior constitutivo de los derechos fundamentales) revela los límites del discurso de los derechos fundamentales, por cuanto implica reconocer –a una colectividad no esencial– ciertos derechos con un contenido social

18 DOUZINAS y GEAREY. *Critical jurisprudence*, cit., 92-97.

19 BUTLER, J. *Replantar el universal: la hegemonía y los límites del formalismo*. En *Contingencia, hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011, 19-50.

específico pero no intangible, excediendo la lectura individualista de los derechos fundamentales de corte liberal.

1.2. La tensión entre lo universal y lo particular

Actualmente, el paradigma jurídico moderno enfrenta una importante crisis de legitimidad, en el contexto de una encrucijada política que tensiona la democracia representativa y a sus instituciones, caracterizada por la irrupción²⁰ de nuevas subjetividades que han sido excluidas de una episteme moderna hoy hegemónica y que resisten y re-definen sus límites constantemente. La categoría jurídico/política del sujeto moderno, titular indiscutido de los derechos universales, ha logrado consolidarse luego de un importante ejercicio de abstracción social. Sin embargo, dicho consenso ha dejado tras de sí una importante huella de exclusiones²¹, sujetos que formalmente son titulares de dichos derechos pero que se encuentran sustraídos de su garantía efectiva; se trata de una exclusión material, cuyo correlato teórico debe ser revisado en orden a posibilitar una apertura de las categorías epistémicas que permita dar cuenta de las particularidades y complejidades constitutivas de las sociedades contemporáneas.

Para enfrentar estos desafíos teóricos –que tienen un correlato material en el ejercicio de los derechos y cómo estos son garantizados por la Constitución– parece necesario revisar los esencialismos en los que descansa el discurso jurídico moderno de Occidente, especialmente en la interpretación de los derechos. Se trata de incorporar una clave de inteligibilidad crítica, que permita abrir el paradigma jurídico moderno ante la irrupción de nuevas subjetividades divergentes entre sí, es decir, incorporando diversas formas de antagonismo social en la conformación de lo político, y no solamente aquellas que emanan del factor clase social. Según veremos, diferentes autores han concurrido en ese ejercicio intelectual, estudiando las dinámicas hegemónicas, revisando los límites de toda universalidad y actualizando los contornos de la reflexión teórica, especialmente dados los desafíos que supone la garantía de los derechos en el actual escenario de las sociedades capitalistas²².

Contrario a esta pulsión antiesencialista, la universalidad clásica –aquella que configuró el discurso filosófico y político de los primeros siglos de la

20 Es necesario comprender esta irrupción desde el proceso de subjetivación política del sujeto subalterno: “el concepto de subalterno permite centrar la atención en los aspectos subjetivos de la subordinación en un contexto de hegemonía: la experiencia subalterna, es decir, en la incorporación y aceptación relativa de la relación de mando-obediencia y, al mismo tiempo, su contraparte de resistencia y de negociación permanente.” MODONESI, *Subalternidad, antagonismo, autonomía*, cit., 37.

21 ESPOSITO, *El dispositivo de la persona*, cit., 67-70; MOUFFE, *La paradoja democrática*, cit., 43-48.

22 LAVAL, C. y DARDOT, P. *Común*. Barcelona: Gedisa, 2015, 282 ss.

modernidad— emerge de una apropiación discursiva de la verdad política, donde un elemento particular asume una función universal estructurante dentro de un campo discursivo, como lo es el político-constitucional. A través de este fenómeno —que Laclau y Mouffe²³ denominan *point of caption* o significante amo—, una determinada concepción particular presenta su propia interpretación del fenómeno social, como si se tratara de una descripción objetiva y, por tanto, no política, generando una clausura discursiva sobre sí misma. Con ello, ese *particular* deviene en hegemónico y su interpretación de lo social se universaliza, generando dos efectos importantes: junto con naturalizar una parcialidad, consolida un cuadro de exclusión de aquellos particulares alternativos que estuvieron en pugna, dando paso a la consolidación hegemónica de un discurso particular. Como consecuencia de dicha hegemonía, otros particulares quedan confinados a los extramuros de la normalidad, fuera del universal al que sirven de exterior constitutivo; son el *ellos* que permite la existencia de un *nosotros*, frontera que tiene plena vigencia en los tiempos que corren²⁴.

Durante la segunda mitad del siglo xx, la filosofía política comienza a apartarse de los esencialismos, por dos factores: i. la limitación estructural del ser humano para conocer lo universal (universalidad que podría entenderse *sin paréntesis*, según la teoría de Maturana²⁵), y ii. la concepción de lo político como un fenómeno que se verifica dentro los límites de lo social, por lo que resulta teóricamente imposible explicar una universalidad fuera de dichos límites. En efecto, “los actores sociales ocupan posiciones diferenciales en el interior de aquellos discursos que constituyen el tejido social”²⁶, siempre dentro de sus límites, siendo las condiciones materiales determinantes para la comprensión de dichas relaciones.

Esta re-articulación de las premisas básicas de la democracia moderna nos permite lograr acuerdos con base en la diferencia y el antagonismo estructural de la sociedad, re-estructurando la noción de igualdad en la que descansa la democracia y re-planteando los límites de la racionalidad política en los que descansa el paradigma jurídico moderno²⁷. Ahora bien, al asumir que la sociedad se construye sobre la base de la diferencia y al antagonismo estructural de los agentes sociales, toda objetividad o forma de trascendencia se ve revelada en sus límites, puesto que “los antagonismos no son relaciones

23 LACLAU, E. y MOUFFE, CH. *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011, 18.

24 ESPOSITO. *El dispositivo de la persona*, cit., 2011, 68; BROWN, W. *Estados amurallados, soberanía en declive*. Barcelona: Herder, 2015.

25 MATURANA, H. *Emociones y lenguaje en educación y política*. Santiago: JC, 2013, 47-53.

26 LACLAU y MOUFFE. *Hegemonía y estrategia socialista*, cit., 13.

27 SANÍN RESTREPO. *Teoría crítica constitucional*, cit., 37 ss.

objetivas sino relaciones que revelan los límites de toda objetividad”²⁸. Por consiguiente, la sociedad se construye en torno a sus límites, los que son inherentemente antagónicos y contingentes, cerrando toda posibilidad de un consenso último o de una plena realización de la sociedad²⁹.

Así por ejemplo, la tensión discursiva en torno al reconocimiento y garantía de los derechos sociales puede ser explicada en clave de hegemonía: cómo un discurso hegemónico ya consolidado (los derechos de libertad, asociados al sujeto que satisface la preconcepción antropológica de la modernidad: el hombre blanco propietario) configura un exterior constitutivo (un *ellos*) al que se le niega la pertenencia al *nosotros* universal y naturalizado que, a su vez, emana de una concepción particular de la sociedad que se presenta a sí misma como natural y pre-política (los derechos individuales). Así, la categoría jurídica de los derechos fundamentales es reservada a cierto tipo de intereses y necesidades que se configuran en el seno de la sociedad, mientras que es negada, a través de formas discursivas ya consolidadas, a intereses y necesidades sociales que emanan de particulares subalternos, dominados, invisibilizados. Este antagonismo entre derechos, que los divide y clasifica entre derechos de libertad y derechos sociales, permite que cierto constitucionalismo reserve la categoría de *fundamentales* a los primeros, en desmedro de los segundos³⁰, es decir, de aquel exterior que permite la constitución de la categoría hegemónica.

De esta manera, cuando cierto particular (como los derechos de libertad) asume una función universal estructurante dentro del campo discursivo de lo político, se verifica una *relación hegemónica* donde dicha particularidad, en tanto significativo amo, asume la representación de una totalidad que, sin embargo, le resulta inconmensurable. Este fenómeno –equivalente a lo que Maturana denomina *objetividad sin paréntesis*– recibe el nombre de “universalidad contaminada”³¹, dada la tensión irresoluble entre lo particular y lo universal (siguiendo con el ejemplo: entre los derechos sociales como categoría particular y los *derechos fundamentales* como categoría universal).

Por su parte, Butler analiza los límites del formalismo de la tradición kantiana desde una perspectiva hegeliana, donde la universalidad –que en Kant se relaciona con el pensamiento abstracto– es binaria, desdoblada en

28 LACLAU y MOUFFE. *Hegemonía y estrategia socialista*, cit., 14.

29 A este respecto, valga considerar la crítica que se ha formulado al esencialismo liberal y su excesiva confianza en la razón, que no prevé que la consecución del fin último de la sociedad es también su desaparición, su auto-refutación (MOUFFE. *La paradoja democrática*, cit., 48 ss.). Y véase LACLAU y MOUFFE. *Hegemonía y estrategia socialista*, cit., 18.

30 Por todos, GÓMEZ BERNALES, G. *Constitución, derechos esenciales y tratados*. En *Dogmática Constitucional y Derechos Humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico*. N.º 27, 1993, 84: “Si los derechos humanos o esenciales se extienden sin límite a los de primera, segunda y tercera generación y así sucesivamente, la teoría del mercado como asignador de los recursos y la teoría de las decisiones públicas pierden sentido”.

31 LACLAU y MOUFFE. *Hegemonía y estrategia socialista*, cit., 13.

concreta y abstracta, dando cuenta de una transición epistemológica hacia el materialismo³². La universalidad abstracta es la forma interna de una universalidad liberada de toda particularidad; sin embargo, “el formalismo es un producto de la abstracción que requiere su separación de lo concreto, lo cual deja su huella en el trabajo mismo de la abstracción”³³; en consecuencia, “dicha abstracción no puede permanecer rigurosamente abstracta sin exhibir algo de lo que debe excluir para constituirse como abstracción”³⁴. Esto supone que aquello que es presentado como abstracto está directamente imbricado con lo concreto, por lo que la abstracción no puede permanecer rigurosamente abstracta sin tener un impacto en aquello que ha de ser transformado o explicado. Esta propuesta teórica permitiría explicar cómo es que los derechos sociales han devenido, en el marco del paradigma jurídico moderno, en el exterior constitutivo del discurso hegemónico de los derechos fundamentales.

En Butler, lo abstracto depende, fundamentalmente, de lo concreto (así como la formalidad abstracta del enunciado normativo depende de la materialidad que regula), de modo que “las categorías por las cuales podemos acceder al mundo son continuamente re-hechas por el encuentro con el mundo que ellas facilitan”³⁵. Así como el ser social (y su dimensión política inherente) se encuentra en constante devenir, el mismo acto de conocer impacta en lo conocido, de modo que nuestras categorías cognitivas van haciendo y deshaciendo aquel objeto que ha de ser transformado y aprehendido. Este universal “concreto” constituye un giro epistémico interesante de plantear, por cuanto asume la realidad fenoménica como elemento fundamental de la universalidad hegemónica moderna; un reconocimiento de cómo la facticidad permite la transformación continua y permanente de la realidad social, conforme a una práctica consuetudinaria que condiciona la sustancia universal. De esta forma, el individuo realiza un trabajo universal en su quehacer individual, incluso inconscientemente³⁶.

Llegados a este punto, parece posible concluir que solo la apertura epistémica en la hegemonía de los derechos permitirá construir las bases teóricas y discursivas necesarias para el efectivo reconocimiento y protección de los intereses y necesidades subalternas –aquel *ellos* respecto de la preconcepción antropológica moderna–, que hasta ahora han recibido el nombre de *derechos* sociales. Sin esta apertura, las reivindicaciones sociales asociadas a la protección de estos derechos no encontrarán, en las actuales formas discursivas de la cultura jurídica hegemónica, el espacio necesario para su debido reconocimiento y garantía.

32 BUTLER, *Replantear el universal*, cit., 26.

33 *Ibid.*, 26.

34 *Ibid.*, 26.

35 *Ibid.*, 28.

36 *Ibid.*, 28.

Al profundizar en la noción de universalidad y los riesgos políticos de concebirla estáticamente, Laclau y Mouffe la consideran imposible pero necesaria. Imposible, por cuanto es una particularidad que nunca puede explicar, ni aprehender, una universalidad que le es inconmensurable; y necesaria, a la vez, porque en su persecución se pueden resolver una serie de problemas parciales y más concretos. Así, la lucha discursiva por un universal es ideológica, antagónica, inclusiva/excluyente, pudiendo llegar a extremos incluso violentos para el posicionamiento de un particular³⁷. En una perspectiva similar, Žižek afirma que la universalidad abre y cierra, simultáneamente, el espacio para cuestionar las inclusiones y exclusiones de lo social, para re-negociar sus límites, como parte de la constante lucha ideológica y política por la hegemonía, analizando cómo los derechos humanos universales –en tanto discurso hegemónico forjado desde la Revolución francesa y plenamente vigente en la actual estructura política– dan paso a inclusiones y exclusiones que no son fijas sino que, por el contrario, contienen una lucha político-ideológica para re-definir los límites de lo universal y las exclusiones estructurales de las que se vale³⁸. Según la noción desdoblada o binaria de Hegel, la universalidad subyacente a los derechos humanos puede ser también desdoblada, por un lado, en un campo cerrado, conquistado o muerto (universalidad abstracta) y, por el otro, en un campo que es abierto (universalidad concreta), donde se negocian los límites de la noción hegemónica. Así, la universalidad pasa a ser concreta cuando tematiza las exclusiones en las cuales se funda.

Por consiguiente, la tarea contra-hegemónica consiste, precisamente, en “explorar las mutaciones fundamentales en la lógica misma del funcionamiento de la universalidad en el espacio socio-simbólico”³⁹. El desafío radica, precisamente, en trazar genealógicamente las inclusiones y exclusiones en que descansan las nociones clásicas de la racionalidad moderna (como la noción de derechos fundamentales), para de-construir sus argumentos y fundamentos en miras a un desenmascaramiento de la razón hegemónica predominante en la institucionalidad chilena y permitir, así, las condiciones que hagan posible el surgimiento de discursos contrahegemónicos que revisen las fronteras constitutivas de lo social y propongan mecanismos para superar las exclusiones constitutivas del orden vigente (siguiendo con el ejemplo, la adecuada garantía de los derechos sociales).

Un retorno de lo excluido (derechos sociales) nos permite levantar discursos políticos reivindicativos y re-negociar los límites de los discursos hegemónicos predominantes (derechos individuales), re-articulando la relación entre

37 LACLAU y MOUFFE. *Hegemonía y estrategia socialista*, cit., 82-83.

38 ŽIŽEK, S. *Lucha de clases o posmodernismo. ¡sí, por favor!* En *Contingencia, hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011, 109.

39 *Ibid.*, 110.

poder, saber y verdad propios de la cultura jurídica occidental y el análisis filosófico de sus fundamentos y metodologías. Una de las estrategias más efectivas para la consolidación de las minorías dominantes se verifica en el razonamiento jurídico y su efecto performativo respecto de la realidad que interpreta. En ese aparato discursivo, la igualdad jurídico-formal cumple una función clave, que revisaremos a continuación.

2. PARA UNA CRÍTICA DE LA IGUALDAD FORMAL: HACIA UNA REIVINDICACIÓN DE LA DIFERENCIA EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el presente acápite revisaremos la noción de diferencia –como lo opuesto a la igualdad del discurso liberal-burgués– tomando como punto de partida las críticas de Marx y Nietzsche a la modernidad y siguiendo con un análisis desde los debates político-filosóficos posteriores. Dicha revisión parece fundamental para comprender el sentido y alcance de los debates políticos contemporáneos y el papel que cumplen el conflicto y la noción de diferencia en la conceptualización moderna de lo político y su imbricación con lo social. Así, trazaremos una línea argumentativa que descansa en una visión *agonista* del fenómeno político⁴⁰, con el fin de analizar el discurso de los derechos construido a partir de una determinada preconcepción del sujeto moderno y de su relación con una igualdad formal que, asentada en la pretensión de objetividad de la episteme jurídica moderna, consigue homogeneizar la subjetividad⁴¹.

2.1. El problema de la igualdad formal desde una episteme materialista

A través de la universalización del sujeto moderno, el discurso liberal-burgués ha socavado progresivamente la irreductible singularidad en la que los seres humanos cultivan su individualidad y sus potencialidades. La *enajenación* del ser humano, como una relación concreta con su mundo, no es sino producto de la racionalización de la realidad por parte de la producción capitalista, que priva a la sociedad de la capacidad transformadora que la propia persona posee. La potencia transformadora de una sociedad no puede ser sino colectiva: habiendo superado el estado de trascendencia, el sujeto ya no huye del mundo, lo soporta⁴². Así, el materialismo histórico de Marx profundiza los lineamientos hegelianos respecto de la historia de la humanidad y la transformación del mundo, pero invirtiendo la perspectiva

40 MOUFFE. *La paradoja democrática*, cit., 95-118.

41 GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos*, cit., 34 ss.; DE CABO MARTÍN, C. *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*. Madrid: Trotta, 2010, 58 ss.

42 KOJEVE, A. *Dialéctica del amo y del esclavo en Hegel*. Buenos Aires: Fausto, 1999, 80.

para el análisis de la realidad. En virtud del tránsito epistémico que realiza Marx respecto de Hegel –quien supone un punto de partida desde un “yo” idealizado como ego epistemológico fundamental hacia el mundo que ha de ser transformado–, aquel asume el mundo ya verificado, cuyas condiciones particulares de lucha explican el punto de partida desde donde el individuo ha de explicarse a sí mismo⁴³.

A partir de distintas perspectivas teóricas, este tránsito materialista permite comprender la importancia epistémica de la materia y el cuerpo, así como la de aquellas emergencias que posibilitaron lo que, desde una clave teórica foucaultiana, será concebido como el desplazamiento del umbral epistemológico de la modernidad⁴⁴; en efecto, las premisas de las que arranca la concepción materialista de la historia “son las de los individuos reales, su acción y condiciones materiales de vida, tanto aquellas con la que se ha encontrado ya hechas, como las engendradas por su propia acción”⁴⁵. También Nietzsche, en su crítica radical a la modernidad, asume como punto de partida la vida desde la cual el ser humano despliega su potencia creadora, transformadora y expansiva. Su recurso y retorno al cuerpo como *centro de gravedad*⁴⁶ va en esa dirección, al reivindicar las fuerzas vitales como complemento del excesivo racionalismo moderno; de hecho, el nihilismo sería la consecuencia del cansancio de las fuerzas vitales manifestadas en las instituciones políticas, que explicaría el desolador vaticinio de los siglos posteriores⁴⁷.

La historia del siglo xx confirma esa pérdida de sentido, en que la intolerancia totalitaria y los abusos de la razón provocan la eclosión del Estado de derecho, en un contexto marcado por luchas sociales cada vez más complejas: la *enajenación* del trabajador, la moral del egoísmo liberal y, en general, los abusos de la racionalidad capitalista avanzada en perjuicio de la actividad transformadora de la historia y de la vida, que han convertido al ser humano en un explotador de sí mismo⁴⁸. En esta perspectiva es posible revisar críticamente la racionalidad de las estructuras políticas desde la materialidad

43 MARX, K. *Crítica para la introducción de la filosofía del derecho de Hegel*. En HEGEL, G. F., *Filosofía del derecho*. Buenos Aires: Claridad, 2009, 9-22.

44 BLENGINO. *El pensamiento de Michel Foucault*, cit., 49 ss.; FOUCAULT, M. *La arqueología del saber*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2008, 13.

45 MARX, K. *Escritos sobre materialismo histórico*. Madrid: Alianza Editorial, 2012, 43.

46 Noción trabajada y propuesta por José Jara en un acto intempestivo de recuperación del cuerpo como guía epistémica para una comprensión vitalista de la filosofía en clave nietzscheana: “A diferencia de lo que ha hecho la tradición con respecto al hombre, que en lo fundamental se ha preocupado por investigar qué son el espíritu y la razón, cuáles son sus condiciones de posibilidad, cómo proceden, cuáles son sus límites, en caso de que los tenga, y cuáles son sus fines, Nietzsche se preocupa por pensar e investigar aquello que ha sido negado, o bien, marginado, subestimado, por esa tradición: el cuerpo”. JARA, J. *Nietzsche, un pensador póstumo*. Valparaíso: UV, 2018, 45.

47 NIETZSCHE, F. *La voluntad de poder*, 2011, 31, prefacio: “El nihilismo está ante la puerta: ¿de dónde nos llega este, el más inquietante de todos los huéspedes?”.

48 HAN, B.-CH. *Psicopolítica*. Barcelona: Herder, 2017.

de las condiciones sociales de los sujetos que exigen el cumplimiento de los derechos reconocidos por el Estado moderno; en dicha materialidad, la preconcepción antropológica del hombre (*sic*) libre e igual ha sido desbordada por la emergencia de nuevos y diversos sujetos políticos. Es por ello que para comprender las consecuencias de la racionalidad moderna en la protección de los derechos fundamentales es necesario abordar la manera como la emergencia histórica de nuevas subjetividades dentro del campo social tensiona el contenido de la igualdad formal.

La Revolución francesa simboliza el advenimiento de la burguesía capitalista europea en el ejercicio del poder político, a través del discurso de los derechos⁴⁹. La transición epistémica del siglo XVIII es evidente: con Hegel, el principio de la razón contribuyó a la consolidación del poder político burgués, plasmada en la famosa sentencia del prefacio de su *Filosofía del derecho*: “todo lo real es racional y todo lo racional es real”⁵⁰. Hegel no se detiene ante una *cosa en sí* (noúmeno) fuera de lo cognoscible para explicar la realidad; por el contrario, la filosofía del Espíritu se apropia de la totalidad de la realidad, en tanto desenvolvimiento histórico dialéctico de la nueva unidad que encarna el ser humano. Aunque puede ser catalogado como uno de los primeros filósofos modernos preocupados por la historia humana en su conjunto, Hegel integraba aquel idealismo alemán ilustrado en virtud del cual la reflexión filosófica se construye a partir de un sujeto preconcebido en términos ideales y abstractos⁵¹.

Al afirmar que “no es la consciencia la que determina la vida, sino que es la vida la que determina a la conciencia”⁵², Marx formulará una dura crítica a dicho idealismo, concibiendo al ser humano como la sustancia histórica concreta desde la cual se transforma la realidad; es decir, el acto de conocer como una actividad humana y no como simple contemplación⁵³. Asimismo, Marx entiende que la estructura económica de la sociedad se traduce en una dominación política en términos de clase donde la burguesía, con la Revolución, se apropia del poder político y de los mecanismos jurídicos institucionalizados que permiten la consolidación del Estado liberal, donde la razón –como vehículo para la libertad– está en el centro de toda justificación política⁵⁴; sus manifestaciones más concretas son el Estado de derecho y la técnica de codificación decimonónica de normas.

Ante ese panorama, el fin del siglo XIX y el transcurso del siglo XX se envuelven, fundamentalmente, bajo una *emergencia* concreta: la modificación

49 GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos*, cit., 26 ss.

50 HEGEL, G. W. F. *Filosofía del derecho*. Buenos Aires: Claridad, 2009, 33.

51 DOUZINAS y GAEREY. *Critical jurisprudence*, cit., 14-15.

52 MARX, K. y ENGELS, F. *La ideología alemana*. Montevideo: Pueblos Unidos, 1968, 26.

53 ENGELS, F. *Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana*. Barcelona: Debarris, 1997, 35-40.

54 MARCUSE, H. *Razón y revolución*. Madrid: Alianza Editorial, 2015, 16.

de las condiciones materiales y formas de vida al alero del desarrollo del capitalismo, así como la progresiva irrupción de nuevos sujetos políticos en el campo de lo social. En este tránsito se evidencian tanto los abusos como las limitaciones de la racionalidad liberal-burguesa y las consecuencias políticas sobre la vida social y el conocimiento, dado que la nueva hegemonía es ejercida por aquellos grupos sociales minoritarios que satisfacen la preconcepción antropológica de la modernidad: un hombre blanco propietario, maquillado tras las declaraciones de derechos universales⁵⁵.

En este sentido, la modernidad apelaba a una noción de igualdad que podríamos considerar reactiva, dada la distancia epistémica (y ontológica) que existió en su momento entre los agentes de la sociedad feudal y los demás estamentos, una diferencia histórica irresoluble. La igualdad universal declarada no fue más que una pretensión de *igualación*, que devino en la *homogeneización* del sujeto político, como si fuera solo uno. La *emergencia* de la *diferencia* –como foco de conflictividad inherente al campo de significación de lo social y como resistencia a la igualación ontológica del discurso liberal igualitario– nos permite entender que la pretensión universalista que encarna la visión moderna de los derechos fundamentales resulta contraproducente, dado que: (i) cristaliza un concepto puramente formal del hombre (*sic*) titular de derechos humanos universales; (ii) dicha concepción descansa sobre una preconcepción antropológica rígida que opera desde una episteme hegemónica ideológicamente conservadora, y (iii) el componente material que sustenta la interpretación de los fenómenos sociales queda invisibilizado bajo la estructura exclusivamente abstracta del derecho moderno.

2.2. *Hacia una perspectiva materialista del derecho constitucional*

La universalidad del sujeto moderno tiene su correlato en la racionalidad que da forma al constitucionalismo, cuyo discurso se construye desde la garantía de derechos donde su titularidad es predicada respecto de un sujeto universal y abstracto, junto al declarado objetivo de limitar el ejercicio del poder. El sujeto emerge como una categoría de unificación de lo social, tanto en la concepción renacentista del *homo faber* como en la presencia avasalladora del individualismo revolucionario, cuya racionalidad se proyecta sobre el paradigma jurídico vigente, tanto en el derecho público (el sujeto constituyente) como en el derecho privado (el sujeto contratante)⁵⁶. Sin embargo, en un contexto de fragmentación social, la unidad en la igualdad formal ya no es suficiente para encubrir la desigualdad real, tanto política como social, por lo que parece necesario que la teoría y la práctica del derecho constitucional

55 MACPHERSON. *La teoría política del individualismo posesivo*, cit., 264 ss.; BARCELONA, P. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996, 89.

56 DE CABO. *Dialéctica del sujeto*, cit., 14.

(como ordenamiento normativo) y del constitucionalismo (como estudio teórico de dicho orden) comiencen a considerar cómo las estructuras de poder social impactan en aquello que configura sus pilares fundamentales: la protección de los derechos y el ejercicio del poder. Así, desde una perspectiva crítica, parece necesario revisar en qué medida el sentido común del constitucionalismo contemporáneo⁵⁷ es funcional a (i) la protección de los derechos de los sectores sociales en condiciones de subalternidad y (ii) la habilitación jurídica para una distribución social del ejercicio del poder político, precisamente porque el constitucionalismo moderno ha sido concebido para garantizar los derechos desde la universalidad⁵⁸ y para limitar el ejercicio del poder estatal, especialmente en contextos de crisis.

Sin embargo, dada la abstracción necesaria para garantizar aquellos derechos y principios declarados en las normas constitucionales, diversas categorías teóricas constitutivas de lo constitucional fueron radicalmente escindidas de sus contextos sociales de elaboración, dando paso a lo que Marx llama fetichismo⁵⁹: instituciones sociales que, una vez formuladas, devienen en intangibles para la sociedad, naturalizando su contenido⁶⁰. A partir de estas categorías teóricas ha sido posible construir una falsa objetividad u *objetividad sin paréntesis* del enunciado normativo, condicionando tanto su interpretación como la aplicación de su contenido. Entre estas objetividades destaca el llamado contenido esencial de los derechos fundamentales (recogido, por ejemplo, en el artículo 19 n.º 26 de la Constitución chilena y de vasta aplicación jurisprudencial), en virtud del cual se afirma que los derechos tendrían un contenido predeterminado por la Constitución e intangible al legislador⁶¹. De esta forma, los propios derechos devienen en límites a la libertad política para el ejercicio de la soberanía, verdaderos cotos vedados a la deliberación democrática cuyo control es entregado a la justicia constitucional.

Tanto la evolución histórica del derecho como la siempre compleja interpretación de los derechos fundamentales dan cuenta de que su contenido

57 MUÑOZ LEÓN, F. *Hegemonía y nueva constitución. Dominación, subalternidad y proceso constituyente*. Valdivia: UACH, 2015; NOGUERA FERNÁNDEZ, A. *El sujeto constituyente. Entre lo nuevo y lo viejo*. Madrid: Trotta, 2017.

58 A este respecto es muy ejemplificadora la forma en que Ferrajoli aborda la relación entre igualdad y diferencia pues, intentando responder a las reivindicaciones sociales (y sus marcos teóricos) que se articulan desde el reconocimiento y la redistribución –especialmente el feminismo–, persiste en abordar la cuestión en clave universal, sin enfrentar el impacto de la diferencia social en la configuración de los derechos, ni siquiera de lo que él llama “la ley del más débil”. FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2002, 73-76.

59 MARX, K. *El capital. Crítica de la economía política*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2012, 36-47.

60 Esta crítica al fetichismo en clave jurídica se desarrolla en BASSA. *Constituyentes sin poder*, cit., cap. II, “El autoritarismo epistémico detrás del poder constituyente moderno”.

61 Esta crítica se desarrolla en BASSA, J. y VIERA, C. *Contenido esencial de los derechos fundamentales*. En CONTRERAS, P. y SALGADO, C. (eds.), *Derechos fundamentales. Teoría general*. Santiago: LOM, 2017.

no es autoevidente ni se desprende en términos puros y simples de la norma constitucional; por el contrario, este se construye hermenéuticamente a través de argumentaciones que podrán contar, o no, con el respaldo institucional de quien detente la hegemonía de la ‘verdad constitucional’. Siendo los derechos una construcción cultural que deriva de un proceso históricamente determinado, en el que han intervenido como protagonistas una serie de sectores que se han rebelado contra relaciones concretas de dominación⁶², oponer un supuesto contenido esencial a nuevas manifestaciones de esa voluntad popular deviene en un dispositivo que vuelve intangible una determinada concepción de los derechos.

Estas categorías jurídicas se enmarcan en una concepción racionalista del derecho moderno, que presenta el ordenamiento jurídico como políticamente neutro y, por cierto, como una manifestación racional de la voluntad soberana (ya sea del legislador o del constituyente, ambos sujetos abstractos cuya voluntad se presume unitaria). Ello ha condicionado el estudio de las instituciones jurídicas, dando paso a una dogmática que se limita a la reconstrucción descriptiva y acrítica del contenido de las disposiciones normativas y, eventualmente, de los argumentos recogidos por sentencias destacadas. Esta aproximación metodológica al estudio del fenómeno jurídico –separada de su carácter histórico y cultural– contribuyó a la naturalización de las instituciones jurídicas y de las estructuras sociales sobre las cuales opera, mediante la intangibilización de las decisiones de quien detenta el monopolio de la interpretación auténtica. Así, una parte de la sociedad se arroga la representación del todo, aun cuando no tenga el control sobre los fundamentos⁶³.

La historia del paradigma jurídico moderno muestra cómo su configuración se explica a partir de diversas rupturas epistémicas, que permitieron invisibilizar la diferencia y configurar un orden basado en la pretensión de unidad característica del Estado-nación y de sus instrumentos totalizadores de la realidad política, como el Estado de derecho. Si bien esta discusión no ha estado especialmente presente en el constitucionalismo chileno, es posible dar cuenta de algunas manifestaciones recientes, ya sea a través del desarrollo de una teoría crítica que avanza en la protección de los derechos fundamentales de los grupos desaventajados⁶⁴, ya sea desde el reconocimiento institucional de las condiciones materiales de existencia como un criterio para el reconocimiento y protección de dichos derechos. Este último punto parece especialmente relevante, dado el impacto que generaron una serie de sentencias del Tribunal Constitucional chileno que defendieron la protección constitucional del trabajo no desde el derecho individual a la libre contratación, sino desde la protección del trabajo propiamente tal, esto es, desde

62 DOUZINAS y GAEREY. *Critical Jurisprudence*, cit., 177 ss.

63 MOUFFE. *La paradoja democrática*, cit., 113.

64 Véase, MARSHALL, P. *Citizenship and Disadvantage Groups in Chile*. New York: Lexington Books, 2018.

las condiciones materiales de ejercicio del derecho⁶⁵. Avanzar en esta línea –esto es, en reconocer la importancia de las condiciones materiales para la emergencia de la subalternidad– supone mejorar las condiciones institucionales para el ejercicio de los derechos, por cuanto la titularidad universal de los derechos –que los enunciados normativos teorizan en torno a un sujeto universal, abstracto y reducido a la categoría moderna de *persona*– genera efectos contradictorios con la pretensión de protección universal, precisamente porque su formulación teórica prescinde de las condiciones materiales de existencia de sus titulares. Al omitir este elemento, contribuye a borrar las huellas históricas de exclusión social sobre las cuales se construye la idea de derechos y la forma en que dicha universalidad incluye, paradójicamente, mediante la exclusión⁶⁶.

En efecto, la preconcepción antropológica tras los derechos –aquella que constituye al sujeto moderno desde un determinado particular que devino en hegemónico durante las revoluciones burguesas– condiciona su propia materialización, evidenciando lo que las formas discursivas de la modernidad ocultan: la garantía efectiva de los derechos no se materializa a través de su titularidad, sino a través de su ejercicio. Esta constatación permite comprender, al menos, dos situaciones invisibilizadas por el discurso jurídico de los derechos: (i) por qué quienes no satisfacen la preconcepción antropológica del sujeto moderno siguen demandando la realización de la promesa emancipatoria de la modernidad recurriendo al discurso de los derechos (sociales, por ejemplo), reivindicando la satisfacción de sus necesidades más básicas y la protección de sus intereses todavía pendientes; y, (ii) cómo es que el ejercicio efectivo de los derechos declarados universales ha derivado en la constitución de verdaderos privilegios, precisamente para aquellos individuos que sí satisfacen la preconcepción antropológica desde la cual se ha configurado el sujeto moderno. En otras palabras, dada la imposibilidad de garantizar el estándar material mínimo requerido para el ejercicio de los derechos, la universalidad de su titularidad queda vaciada de contenido, configurándose como una quimera para la gran mayoría de la población y, a la vez, como privilegio para sectores sociales muy minoritarios; así, la pretensión de universalidad de los derechos entra en crisis frente a las categorías de subciudadanía y sobreciudadanía, “resultado de la copresencia desigual, asimétrica, de distintos grupos microsociales y del pluralismo cultural propio de la heterogeneidad estructural de las formaciones sociales de nuestra región, que sin embargo ha sido omitida, invisibilizada o negada

65 En este grupo se encuentran las sentencias del Tribunal Constitucional chileno roles 1852, 2086, 2110, 2114, 2182, 2197; aunque existen fallos contradictorios (sentencias roles 2199, 2213, 2186, 2340, 2398), la última sentencia en la materia, rol 2470, retoma la línea iniciada en la sentencia rol 1852.

66 ESPOSITO. *El dispositivo de la persona*, cit., 70-71.

por el estado monocultural y su práctica constitucional tradicional desde una epistemología política y jurídica racista, clasista, patriarcal y eurocentrada”⁶⁷.

Sabemos que la pretensión de universalidad del sujeto moderno y de sus derechos no tiene correlato en el mundo material en el cual estos son ejercidos. Dada la evidente brecha entre el orden discursivo y las prácticas que dicho orden configura, tanto la universalidad de los derechos como el carácter abstracto del sujeto moderno podrían ser considerados como dispositivos de dominación cultural, que actúan mediante la apropiación de los discursos de verdad con pretensiones de objetividad. Dicha episteme, luego de devenir en hegemónica, excluye múltiples formas de subjetividad, las que interactúan en la materialidad de la dimensión social, quedando relegadas a un reconocimiento parcial, generando cotos para una construcción política y social contingente. Ese sentido común, que garantiza la reproducción del sistema social dominante, no es, de hecho, homogéneo; por el contrario, la pluralidad de prácticas y relaciones sociales abre un importante espacio para el reconocimiento y protección de derechos que surgen desde prácticas subalternas, desde otros paradigmas culturales que pueden conducirnos hacia una nueva época de los derechos⁶⁸.

Creemos que la garantía efectiva de los derechos, así como la debida protección de su ejercicio —especialmente dada la potencia emancipatoria de su universalidad—, demanda la incorporación de la diferencia en el discurso jurídico, es decir, generar las condiciones teóricas necesarias para que la universalidad de los derechos no se diluya ante la inconmensurabilidad de los particulares postergados, y para que los nuevos sujetos emergidos del devenir histórico puedan incorporarse plenamente en un ámbito de lo constitucional históricamente adaptado a nuestros tiempos⁶⁹. Este es, sin duda, el mayor aporte que la crítica marxiana-nietzscheana (expuesta *supra*) puede hacer al constitucionalismo contemporáneo, pues permite asumir la *diferencia* como un valor constitutivo de las sociedades contemporáneas y, de esta forma, revisar la escala de valores jurídicos propios de la modernidad liberal, revalorando a la igualdad como una de las grandes contribuciones del paradigma jurídico moderno, esta vez desde una diferencia que asuma la imposibilidad de representar lo social a partir de la pretensión moderna de unidad.

2.3. La noción de diferencia y su importancia para una nueva lectura de la igualdad

La noción de diferencia es clave para comprender la dialéctica de la constitución del *yo* moderno, pues la construcción del *sí mismo* europeo se produce

67 MEDICI, A. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano y filosofía política: la necesidad de un pensamiento situado y crítico para refundar nuestras bases constitucionales*. En *Debates Urgentes*. Año 2, n.º 3, 2013, 65.

68 NOGUERA. *El sujeto constituyente*, cit., 177-179.

69 *Ibid.*, 180.

mediante la negación del *otro*. Para Negri y Hardt, esta dialéctica negativa permite comprender la dinámica colonialista productora de órdenes de alteridad que, posteriormente, son excluidos para la reafirmación del *yo* hegemónico europeo⁷⁰, cuyo supuesto antropológico es heredado por la práctica política latinoamericana. Creemos que la subversión de estos órdenes de exclusión es posible mediante la recuperación epistémica de la diferencia y la alteridad en la construcción complementaria y crítica de la episteme moderna, develando la faz opresiva presente en la noción de persona en tanto sujeto abstracto. En este sentido, parece necesario recuperar el agonismo como forma de comportamiento político, desde donde se formula una de las críticas filosóficas a la modernidad más significativas para la comprensión de las dinámicas sociales y políticas.

Esto supone el reconocimiento de la *diferencia*⁷¹ en tanto dimensión constitutiva de lo humano –complemento de la igualación ontológica hecha por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano– y de la funcionalidad del conflicto social para la consecución de ciertos fines políticos, donde la idea de disenso cumple un papel fundamental tanto a nivel social como individual⁷². De esta manera, el valor de la diferencia permitiría complementar aquella igualdad de los derechos fundamentales, al reconocer epistémicamente las limitaciones de la abstracción jurídica moderna para abordar cómo las condiciones materiales de existencia afectan el efectivo ejercicio de los derechos, especialmente de aquellos particulares que, dada su distancia respecto de la preconcepción antropológica que articula al derecho moderno, han sido relegados al exterior constitutivo del universal hegemónico.

En clave nietzscheana, podemos decir que la homogeneización del ser humano le ha condenado a una determinada forma de dominación civilizatoria: la transformación de la animalidad humana en poder político⁷³. Los efectos de esta homogeneización son diferentes si esta es entendida en términos de igualación y no de igualdad, como propone el paradigma jurídico moderno⁷⁴. En concreto, luego de la consolidación de la burguesía

70 NEGRI, A. y HARDT, M. *Imperio*. Buenos Aires: Paidós, 2012, 212-222.

71 VANESSA LEMM, en la lectura que hace del *orden de rango* (*Rangordnung*) en Nietzsche –como forma de diferenciación y responsabilidad del cultivo de dicha individualidad y la libertad que conlleva–, propone una salida epistémica a la igualación ontológica llevada a cabo por las expresiones civilizatorias de la modernidad y que debe/puede ser corregida en orden a destrabar las falencias de los instrumentos políticos universales: “Nietzsche entiende que esta libertad y pluralidad se ve amenazada por una sociedad en la que existe igualdad de derechos, donde igualdad significa la identidad universal de todos más que el respeto universal frente a la singularidad distintiva de cada individuo”. LEMM, V. *Nietzsche y el pensamiento político contemporáneo*. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2013, 81.

72 MOUFFE. *La paradoja democrática*, cit., 112 ss.

73 LEMM. *Nietzsche y el pensamiento político contemporáneo*, cit., 171-193.

74 Según la distinción antitética que hace Nietzsche entre cultura y civilización y que es analizada en LEMM, V. *Nietzsche y la ‘Dialéctica de la Ilustración’*, 2013, 137 ss.

como sujeto político dominante, su discurso totalizante consigue borrar lo que Nietzsche denomina el *pathos de la distancia*⁷⁵, esto es, la brecha que media entre un ser humano y otro. Esta distancia asume, de manera radical, la existencia de una *diferenciación ontológica* del valor humano, expresado en aquel abismo que media entre el valor de un ser humano y otro. En virtud de esta perspectiva es posible asumir que en las prácticas políticas y sociales existen dos extremos que se alejan y acercan constantemente en la dinámica de relaciones humanas, devenir epistémico que es clave para comprender la igualación o diferenciación entre los unos y los otros (y que podría marcar la diferencia, por ejemplo, entre un régimen democrático y otro totalitario). Aquí, Nietzsche toma partido por la autodeterminación de la *voluntad de poder* y, asimismo, por la diferenciación antes que por la igualación ontológica (revisando críticamente el efecto de las declaraciones de derechos universales)⁷⁶. En otras palabras, borrar el *pathos de la distancia* supone homogeneizar algo que es irreductiblemente singular y diverso, que se reconoce a sí mismo como valioso y digno de elevación. La disolución de aquella distancia que nos hace diferentes socava no solo la potencia transformadora de cada individuo, sino la posibilidad misma de construirse en el marco de una sociedad plural y diversa. En este sentido, para Rancière, por ejemplo, emanciparse no es escindirse, sino afirmarse como copartícipe de un mundo común⁷⁷, existiendo siempre una participación individual y colectiva en los procesos político-sociales.

Esta noción de diferencia –y su rearticulación desde la igualdad– contribuye a la búsqueda radical de una forma más alta de individuo y de sociedad, como una posibilidad cierta de desarrollo material y espiritual que cualquiera pueda/quiera alcanzar, y no reservada, como ocurre en el marco de las sociedades capitalistas neoliberales, para una pequeña élite. De esta manera, Nietzsche propone una política que explora el cultivo de prácticas identitarias y fomenta tanto la libertad individual como ciertas formas de sociabilidad colectiva, las que solo pueden ser comprendidas desde un horizonte situado fuera de los límites impuestos por una política de la dominación y la explotación⁷⁸. En el mismo sentido, Rancière ha señalado que el proceso político de verificación

75 NIETZSCHE, F. *Más allá del bien y del mal*. Madrid: Edimat, 2011, IX parte. Nietzsche se refiere al *pathos* de la distancia como “ese deseo de ampliar las distancias dentro de la propia alma para conseguir estados cada vez más elevados, más singulares, más lejanos, más vastos, más abarcadores, en suma, del tipo ‘hombre’, esa constante autosuperación del hombre, por expresar una expresión moral en sentido supramoral”.

76 *Ibid.*, 129: “la igualdad, una cierta asimilación efectiva que se expresa en la teoría de la ‘igualdad de derechos’, forma parte esencial de la decadencia. Lo propio de toda época fuerte es lo que yo llamo el *pathos* de la distancia, es decir, la existencia de un abismo entre unos individuos y otros, entre unas capas sociales y otras, la multiplicidad de tipos, la voluntad de ser uno mismo, de destacarse”.

77 RANCIÈRE, J. *En los bordes de lo político*. Buenos Aires: La Cebra, 2010, 69-70.

78 LEMM. *Nietzsche y el pensamiento político contemporáneo*, cit., 67.

de la igualdad es, precisamente, el de la diferencia, pues supone un proceso de desclasificación y desidentificación de un sujeto respecto de determinado reparto de lo sensible⁷⁹, pero en un plano de igualdad entre hablantes para la reparación de un daño específico y diferencial. Esa reparación no puede darse en la identificación con un metarrelato histórico de víctimas universales⁸⁰, como plantea el paradigma jurídico moderno al garantizar los derechos de sujetos que solo existen en la abstracción de una declaración normativa. Invocar los derechos de esa manera torna en infértil cualquier política emancipatoria, por cuanto supone profundizar la brecha que existe entre la declaración formal de un derecho (asumiendo el carácter abstracto del presupuesto antropológico de la modernidad) y su ejercicio material, particular y efectivo que estamos criticando; por el contrario, la reivindicación de esos derechos debe verificarse a través de la revisión crítica del orden dado, es decir, mediante la disputa por la desclasificación/desidentificación que realiza el sujeto frente a aquello que es concebido como normal.

Conjugar igualdad y diferencia es la médula de un proceso de subjetivación, verificado en el devenir polémico de la clasificación/desclasificación. La irreductible singularidad de un sujeto político queda entregada al proceso mismo de resistencia al orden policial, siendo la igualdad el único presupuesto universal válido para garantizar la simetría discursiva en la dinámica agonista o conflictual. Ahora bien, dado que los procesos de desclasificación, que polemizan con el orden vigente, son contingentes y no universales, las subjetividades producidas serán también contingentes y, por tanto, plurales, diversas y nunca completas.

En efecto, existen diversas formas de tensiones sociales entre los sujetos, las que dan paso a procesos de subjetivación que interpelan la garantía de la igualdad formal, en virtud de las diferencias constitutivas de sujetos que polemizan con el orden normalizado que, invocando dicha igualdad, en la práctica se la niega. Creemos que esta lectura transdisciplinaria, que recurre a categorías propias de la filosofía para proponer una nueva lectura de los derechos, puede contribuir a una rearticulación epistémica del concepto de diferencia que nos permita entender, desde un nuevo campo de significación, la relación entre la dimensión normativa de lo constitucional –para estos efectos, el reconocimiento de derechos fundamentales y el diseño de herramientas

79 Rancièrre llama reparto de lo sensible a ese “sistema de evidencias sensibles que permite ver al mismo tiempo la existencia de un común y los recortes que definen sus lugares y partes respectivas. Un reparto de lo sensible fija al mismo tiempo algo común repartido y ciertas partes exclusivas. Esta repartición de las partes y de los lugares se basa en un reparto de espacios, de tiempos y de formas de actividad que determina la forma misma en que un común se presta a la participación y donde unos y otros son partes de ese reparto”. RANCIÈRE, J. *El reparto de lo sensible: estética y política*. Buenos Aires: Prometeo, 2014, 19.

80 RANCIÈRE, J. *Política, identificación, subjetivación*. En *Metapolítica*. Vol. 8, n.º 36, 2004, 26-32.

que garantizan su ejercicio– y su dimensión política: cómo reconocer las prácticas identitarias que germinan fuera de la preconcepción antropológica de la modernidad. Este reconocimiento es especialmente complejo –a la vez que productivo para la protección de los derechos– cuando las prácticas sociales tensionan aquello que ha sido normalizado en la homogeneización del orden vigente, denunciando las relaciones de subalternidad que impiden el ejercicio igualitario de los derechos, como ha ocurrido con la población migrante en Chile.

Esta disputa por el reparto sensible de lo social permite comprender el valor epistémico del conflicto social, en tanto productor de la diversidad (diferencia) que da forma a las sociedades contemporáneas y que la homogeneización del paradigma jurídico moderno tiende a invisibilizar. Creemos que esta comprensión agonista de los procesos sociales, piedra angular de la democracia y de las instituciones jurídicas que la sostienen, permite comprender el carácter productivo del conflicto social, dado su impacto en los procesos históricos de reconocimiento de derechos, así como en la configuración contingente de sus titulares. Frente al consenso liberal que tiende a la igualdad por vía de asimilación, el *pluralismo agonista* de Mouffe asume la inherente conflictividad en torno a lo político como condición de existencia y límite de la democracia moderna⁸¹. El *agon* –conflicto productivo también presente en Nietzsche⁸²– supone que la objetividad social se construye mediante actos de poder que dan paso a una serie de diferencias estructurales dentro de los límites de lo social, las que, dado el impacto en el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales, no puede ser desconocida por el derecho.

CONCLUSIONES

Las transformaciones sociales que siguieron al advenimiento de la sociedad moderna han atomizado al sujeto político respecto del cual se predica la titularidad universal de derechos fundamentales, marcando un tránsito desde una concepción del sujeto en abstracto hacia una diversidad de sujetos sociales concretos y situados. Esta transformación ha llevado a controvertir la preconcepción antropológica del sujeto moderno, al evidenciar cómo amplios sectores de la sociedad son marginados de una garantía efectiva en el ejercicio de los derechos, a pesar de ser, formalmente, de titularidad universal.

81 MOUFFE. *La paradoja democrática*, cit., 116.

82 “Para Nietzsche, en las ideologías políticas modernas, sean estas socialistas, nacionalistas o liberales, no está presente la idea de que la libertad presupone un conflicto productivo (*agon*). Esta forma de libertad requiere del cultivo de una sociedad que afirme la diferencia irreductible entre los individuos (desigualdad) y que perciba en esta afirmación (de la desigualdad) no sólo una precondición para el conflicto productivo [...] sino también una garantía para la pluralidad de valores”. LEMM. *Nietzsche y el pensamiento político contemporáneo*, cit., 80.

Dada la modificación de las condiciones materiales y formas de vida de las sociedades contemporáneas, entre ellas, las del sujeto abstracto titular de derechos universales, en ese contexto teórico, creemos que una lectura agonista de la democracia podría contribuir a que el fenómeno constitucional incorpore tanto aquellas relaciones políticas y sociales que emanan de la democracia consensual característica del período de la segunda posguerra, como las construidas desde la diferencia. Así, una apertura epistémica de lo constitucional hacia las implicancias de los procesos de subjetivación –en tanto formas de desclasificación/desidentificación respecto de un orden formalmente igualitario– permitiría conjugar la construcción de una identidad diferencial, que complemente la igualdad universal del discurso jurídico moderno en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales.

Así, la garantía de la universalidad de los derechos podría verificarse considerando esas diferencias constitutivas, sin negarlas en la formulación abstracta de la persona como su titular. La consideración del valor epistémico de la diferencia permite repensar la garantía efectiva de los derechos, ya no solo desde una titularidad universal formal, sino desde la incorporación de aquellos rasgos que constituyen la identidad particular del sujeto, como pautas a considerar para una garantía efectiva del ejercicio de los derechos. De esta manera, a partir del piso epistémico que significa la universalidad de los derechos, parece necesario avanzar en una revisión crítica de la efectiva garantía en su ejercicio, considerando no solo la creciente diversidad de sujetos políticos que han surgido durante los últimos dos siglos y que han desbordado el supuesto antropológico universal del sujeto titular de derechos, sino también dada la forma en que la categoría ‘derechos’, en tanto universal vacío, determina las condiciones de posibilidad de particulares que, como los derechos sociales, son configurados en clave individual. Estos han sido sometidos a una crítica sistemática que, desde los albores del siglo xx, ha estado destinada a desconocer su condición de fundamentales. Proyectar la relación dialéctica entre universal y particular hacia los derechos genera un efecto elocuente pues, dado que los derechos de libertad se han erguido como un *universal* (a pesar de su condición de *particular*), han colmado toda la categoría conceptual ‘derechos fundamentales’ en desmedro de otros como, precisamente, los sociales.

Nos parece inevitable considerar que la reflexión sobre el discurso jurídico, y especialmente sobre el discurso constitucional de los derechos fundamentales y sociales, está directamente implicada en el aparato teórico y discursivo de la filosofía. El discurso filosófico de la modernidad ha resultado instrumental a las formas político-jurídicas que configuraron y consolidaron al Estado moderno⁸³, por lo que las nuevas categorías filosóficas pueden

83 FOUCAULT, M. *Hay que defender la sociedad*. Madrid: Akal, 2012, 29 ss.

contribuir en la comprensión de las *emergencias* históricas y su impacto en la configuración de los pueblos y de los sujetos en tanto titulares de derechos. Negar estas emergencias sociales, o bien invisibilizar su impacto en el orden constitucional, significaría naturalizar ciertas violencias epistémicas, incluso recurriendo a discursos que, a pesar de su apariencia emancipatoria, todavía privilegian las prácticas políticas de las *intelligentsias* hegemónicas.

De esto da cuenta, por ejemplo, el tratamiento político que produce la *emergencia* del aumento del flujo migratorio en América Latina, especialmente en Chile, en el que el sistema de protección de derechos evidencia toda su precariedad. Si bien el derecho moderno reconoce la titularidad universal de los derechos constitucionales y humanos, la configuración identitaria de ciertos migrantes hace que su ejercicio sea prácticamente imposible, especialmente dadas sus particulares condiciones materiales de existencia y precariedad. La invisibilización de esta circunstancia afecta la legitimidad del paradigma jurídico vigente, puesto que importantes declaraciones normativas quedan vacías de contenido para importantes sectores de la sociedad. Tal como durante el siglo XIX, eso afecta seriamente la legitimidad del orden vigente y puede poner en cuestión su propia continuidad.

Respecto de las formas constitucionales, la esencialización y naturalización del discurso jurídico deriva en una violencia epistémica, dada la hegemonía de los criterios para la configuración de la normatividad constitucional en perjuicio de los subordinados al sistema político global. El análisis filosófico de esa realidad, como experiencia vivida, no puede descansar exclusivamente en una racionalidad formalista y esencialista. El aparato discursivo moderno inscribe sus formas de control a través de violencias constitutivas que deben ser revisadas⁸⁴, en orden a mejorar la garantía de aquellos derechos que han sido relegados al exterior constitutivo de los derechos individuales. El ocultamiento de las estructuras implícitas de la racionalidad moderna evidencia la crisis del discurso político de la modernidad en sí. Dicha ruptura, que se viene verificando desde hace más de un siglo, obliga a revisar las bases conceptuales de nuestro sistema político y constitucional, especialmente respecto del ejercicio de los derechos fundamentales y el rendimiento que tiene la diferencia como complemento a la visión universalista y abstracta del derecho constitucional.

La sociedad occidental ha estado marcada por luchas dialécticas entre dominadores y dominados, que se verifican y reactualizan conforme a las contingencias históricas que han marcado las rupturas entre los paradigmas de la cultura occidental. Esta visión tiene su correlato en las diversas tensiones dialécticas que se verifican en el devenir de la historia occidental –tales como la de amo-esclavo desarrollada por Hegel o la de burgués-proletario

84 BENJAMIN, W. *Para la crítica de la violencia*. En *Ensayos escogidos*. Buenos Aires: El Cuenco de Plata, 2010, 153-180.

desarrollada por Marx—, con diversas configuraciones a lo largo del siglo xx, hasta llegar a la emergencia de nuevos sujetos en tensión. La subalternidad se posiciona en esta misma tensión, dado que la alteridad se produce desde la exclusión, donde el retorno de lo excluido tensiona la estructura discursiva de las fuerzas dominantes.

REFERENCIAS

- BALIBAR, É. *Ciudadano sujeto*. Vol. 1. *El sujeto ciudadano*. Buenos Aires: Prometeo, 2013.
- BARCELLONA, P. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996.
- BASSA, J. y VIERA, C. *Contenido esencial de los derechos fundamentales*. En CONTRERAS, P. y SALGADO, C. (eds.), *Derechos fundamentales. Teoría general*. Santiago: LOM, 2017.
- BASSA, J. y TORRES, F. *Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios*. En *Estudios Constitucionales*. Vol. 13, n.º 2, 2015, 103-124.
- BENJAMIN, W. *Para la crítica de la violencia*. En *Ensayos escogidos*. Buenos Aires: El Cuenco de Plata, 2010.
- BLENGINO, L. F. *El pensamiento de Michel Foucault. Cartografía histórica del poder y diagnóstico del presente*. Madrid: Escolar y Mayo Editores, 2018.
- BROWN, W. *Estados amurallados, soberanía en declive*. Barcelona: Herder, 2015.
- BUTLER, J. *Replantear el universal: la hegemonía y los límites del formalismo*. En *Continencia, hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- DE CABO MARTÍN, C. *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*. Madrid: Trotta, 2010.
- DÍAZ, E. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 2010.
- DOUZINAS, C. y GEAREY, A. *Critical Jurisprudence. The Political Philosophy of Justice*. Oxford: Hart, 2005.
- ENGELS, F. *Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana*. Barcelona: Debat, 1997.
- ESPOSITO, R. *El dispositivo de la persona*. Buenos Aires: Amorrortu, 2011.
- FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2002.
- FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta, 2003.
- FOUCAULT, M. *Hay que defender la sociedad*. Madrid: Akal, 2012.
- FOUCAULT, M. *Hermenéutica del sujeto*. Madrid: La Piqueta, 1987.

- FOUCAULT, M. *La arqueología del saber*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- GÓMEZ BERNALES, G. *Constitución, derechos esenciales y tratados*. En *Dogmática Constitucional y Derechos Humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico*. N.º 27, 1993.
- HAN, B.-CH. *Psicopolítica*. Barcelona: Herder, 2017.
- HEGEL, G. W. F. *Filosofía del derecho*. Buenos Aires: Claridad, 2009.
- JARA, J. *Nietzsche, un pensador póstumo*. Valparaíso: UV, 2018.
- KOJÈVE, A. *Dialéctica del amo y del esclavo en Hegel*. Buenos Aires: Fausto, 1999.
- LACLAU, E. *Identidad y hegemonía. El rol de la universalidad en la constitución de lógicas políticas*. En *Contingencia, hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- LACLAU, E. y MOUFFE, CH. *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- LAVAL, C. y DARDOT, P. *Común*. Barcelona: Gedisa, 2015.
- LEMM, V. *Nietzsche y el pensamiento político contemporáneo*. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2013.
- MACPHERSON, C. B. *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*. Madrid: Trotta, 2005.
- MARCUSE, H. *Razón y revolución*. Madrid: Alianza Editorial, 2015.
- MARSHALL, P. *Citizenship and Disadvantage Groups in Chile*. New York: Lexington Books, 2018.
- MARX, K. *Escritos sobre materialismo histórico*. Madrid: Alianza Editorial, 2012.
- MARX, K. *El capital. Crítica de la economía política*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2012.
- MARX, K. *Crítica para la introducción de la filosofía del derecho de Hegel*. En Hegel, G. F., *Filosofía del derecho*. Buenos Aires: Claridad, 2009.
- MARX, K. y ENGELS, F. *La ideología alemana*. Montevideo: Pueblos Unidos, 1968.
- MATURANA, H. *Emociones y lenguaje en educación y política*. Santiago: JC, 2013.
- MEDICI, A. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano y filosofía política: la necesidad de un pensamiento situado y crítico para refundar nuestras bases constitucionales*. En *Debates Urgentes*. Año 2, n.º 3, 2013.
- MODONESI, M. *Subalternidad, antagonismo, autonomía*. Buenos Aires, Prometeo, 2010.
- MOUFFE, CH. *La paradoja democrática*. Barcelona: Gedisa, 2003.

- MUÑOZ LEÓN, F. *Hegemonía y nueva constitución. Dominación, subalternidad y proceso constituyente*. Valdivia: UACH, 2015.
- NEGRI, A. y HARDT, M. *Imperio*. Buenos Aires: Paidós, 2012.
- NIETZSCHE, F. *Más allá del bien y del mal*. Madrid: Edimat, 2011.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, A. *El sujeto constituyente. Entre lo nuevo y lo viejo*. Madrid: Trotta, 2017.
- RANCIÈRE, J. *El reparto de lo sensible: estética y política*. Buenos Aires: Prometeo, 2014.
- RANCIÈRE, J. *En los bordes de lo político*. Buenos Aires: La Cebra, 2010.
- RANCIÈRE, J. *Política, identificación, subjetivación*. En *Metapolítica*. Vol. 8, n.º 36, 2004.
- SANÍN RESTREPO, R. *Teoría crítica constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- SANTOS, B. DE SOUSA. *Reinventar la democracia reinventar el Estado*. Madrid: Sequitur, 1998.
- SANTOS, B. DE SOUSA. *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003.
- SIEYÈS, E. *Escritos y discursos de la Revolución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ŽIŽEK, S. *Lucha de clases o posmodernismo. ¡sí, por favor!* En *Contingencia, hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.