

Roldolfo ARANGO RIVADENEIRA,
Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina,
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro,
México, 2016, 310 pp.

JESÚS IGNACIO DELGADO ROJAS
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: derechos, América Latina, constitucionalismo, jurisdicción, democracia.

Keywords: rights, Latin America, constitutionalism, jurisdiction, democracy.

Si hay una cuestión que atraviese la historia de los derechos humanos y afecte al núcleo de su importancia, esa es la relativa al problema de su fundamento¹. Para el autor del libro que ahora comentamos, *realizar los derechos* se compromete con una concepción pragmatista de los mismos. Se descarta tanto una justificación iusnaturalista, por las trabas que supone *tener derechos* per se o pensar que *nacemos* con ellos, como la tesis de los positivistas, para quienes los derechos humanos son una ficción a expensas del reconocimiento que, en su caso, les quisiera brindar la voluntad política al incorporarlos a un texto jurídico que garantice su eficacia. Pero, ¿por qué limitar los derechos a normas positivas que impongan obligaciones concretas y exigibles?

Abandonar tanto la concepción iusnaturalista, por su visión ontológica de los derechos, como la iuspositivista, por reduccionista y empirista, es por lo que aboga el profesor Rodolfo Arango en su último libro *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*.

El autor, ya desde el prólogo, firmado en agosto de 2016 desde su Universidad de Los Andes (Bogotá) en la que ejerce como Profesor Titular,

¹ Sigue siendo destacable, entre la vasta literatura existente en el tema, J. MUGUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, ed. preparada por G. PECES-BARBA, Debate, Madrid, 1989.

deja apuntada la gran ventaja que supone la concepción pragmatista de los derechos, ya que permite “describir más claramente que sus antecesoras la práctica social de los derechos en el mundo contemporáneo” (p. 13). Esta visión ofrece una mejor reconstrucción de la forma en que operan los derechos al concebirlos como “relaciones normativas dotadas por voluntad humana de diversos grados de garantía”. Estos grados pueden aumentarse y expandirse cuando se dan las circunstancias propicias para ello. Por eso “los derechos, en cuanto principios, están llamados a realizarse en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, no tanto porque se maximicen sino porque su forma de concretarse es progresiva, sin que ello demerite su contenido deóntico” (p. 13).

El libro recoge un conjunto de ensayos estudiados desde una doble perspectiva: la justificación filosófica de los derechos y su aplicación en la práctica del constitucionalismo latinoamericano.

La primera parte, dedicada a la *Filosofía de los derechos*, se ocupa del concepto de éstos; de su función en las democracias constitucionales contemporáneas; de diversas formas de concebirlos y de su goce efectivo en una realidad concreta. En esta primera parte prima el lenguaje normativo: ¿por qué es importante conservar la pretensión de objetividad a la hora de justificar filosóficamente los derechos?, ¿pueden las buenas razones ser suficiente motivación para mover a la acción o para justificar la omisión?, ¿es posible determinar objetivamente un mínimo de acciones u omisiones jurídica, moral y políticamente exigibles?, ¿en qué afecta a la práctica del derecho constitucional e internacional concebir los derechos como principios o fines? Estos interrogantes son abordados y discutidos a la luz de una concepción pragmatista de los derechos.

La segunda parte reflexiona sobre las perspectivas y los desafíos del derecho constitucional en América Latina. *Realizar los derechos* exige siempre tener los ojos bien abiertos a la realidad material que se pretende modificar mediante el uso del discurso normativo. El hecho de que los derechos se realicen de forma progresiva ha llevado a que algunos les atribuyan una supuesta naturaleza *aspiracional*. Tal apreciación no la comparte Arango: reducir la idea de los derechos humanos a meras *aspiraciones* “es recaer en una concepción bien sea iusnaturalista, en la que los derechos *per se* se tienen con independencia de la realidad sociológica, o iuspositivista, que los hace coincidir con acciones con mera relevancia simbólica” (p. 15).

El plano normativo (de la primera parte) viene a complementarse con el plano de la facticidad (de la segunda): los derechos se realizan siempre en un

contexto histórico y geográfico concreto. El autor irá comentando un nutrido repertorio de ejemplos y asuntos jurisprudenciales del ámbito latinoamericano, del que es buen conocedor. No crea el lector que eso convierte al libro en una narración excesivamente localista y estrecha de miras. El profesor Arango escribe inspirado por los problemas que asolan a su país (Colombia) y a las regiones vecinas, con una sensibilidad y agudeza muy fina para diagnosticar problemas y vislumbrar estrategias para paliarlos. Sus tesis trascienden a las propias latitudes desde donde escribe y sus argumentos son muy válidos, también, para este otro lado del océano.

Las dos partes en que se divide el libro mantienen el mismo hilo conductor que les dota de coherencia y homogeneidad. Cada parte consta, a su vez, de cinco capítulos que tienen independencia teórica y aportan ideas diferenciadas para el conjunto de la obra.

El primer capítulo del libro, Arango lo dedica a *La objetividad de los derechos fundamentales*. En él sostiene que “es posible defender válidamente la objetividad de los derechos fundamentales desde una concepción pragmática del derecho, la cual considero la mejor concepción del derecho disponible hasta el momento” (p. 24). Para defender su tesis se refiere primero al *renacer del derecho natural* y muestra “las debilidades teóricas por las que la propuesta iusnaturalista debe ser rechazada”. Para ello el profesor de Los Andes realiza una crítica a John Finnis, Carlos Santiago Nino y Robert Alexy, quienes “han contribuido con sus tesis al renacer del derecho natural. Ello, no obstante, a mi parecer, sin éxito” (p. 25). Aunque puede ser más que cuestionable el intento, no sé si acertado, de incluir a Carlos Santiago Nino en la nómina de iusnaturalistas. Quizás sería más aconsejable considerarlo un “no-positivista”. Pero este no-positivismo, su *constructivismo ético* y su fundamentación de los derechos humanos en principios morales indiscutibles (la inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona humana), son condiciones que, si bien le separan del positivismo, tampoco pueden hacerle militar en filas que, creo, no le serían de su agrado.

En un segundo apartado, Arango presenta una concepción de la objetividad de los juicios de valor sobre derechos fundamentales a partir del pragmatismo de Hilary Putnam. Para llegar a lo que él denomina “un concepto bien desarrollado de derechos fundamentales” (p. 33). Es precisamente esta concepción de los derechos fundamentales como posiciones normativas con alto grado de importancia la que “es compatible con el enfoque pragmatista: presenta una estructura dialógica, discursiva, e im-

plica un juicio valorativo de fundamentalidad que puede justificarse racionalmente bien sea acudiendo a la solidaridad o a valores epistémicos compartidos por los operadores del derecho e identificables con aceptabilidad garantizada bajo condiciones ideales” (p. 34). Este enfoque pragmatista, concluye, “sigue siendo la mejor alternativa hasta hoy disponible para defender una objetividad de los derechos que ni se reduzca a hechos culturales o normas positivas ni se desvanezca en el cielo de los conceptos ontológico-trascendentales que cierran el discurso y desconocen el pluralismo valorativo” (p. 36).

En el capítulo segundo Arango ensalza el papel de *Los derechos humanos como límite a la democracia*. Se analizan las consecuencias de la “tesis de la coacción insuperable” para responder a la cuestión del fundamento de los derechos humanos como límite a las decisiones democráticas mayoritarias, sirviéndose del ejemplo del paramilitarismo colombiano: el ejecutivo sostuvo que quienes se aliaron y apoyaron las actividades paramilitares habrían actuado bajo causal de justificación; no siendo, por tanto, responsables penalmente. La pregunta que se debe responder es “si la persecución de la paz y la reconciliación justifican moral y jurídicamente las actuaciones de políticos y paramilitares en situación de necesidad extrema ante la ausencia del Estado” (p. 41).

Arango rápidamente aventura el sentido negativo de su respuesta, pues “los derechos humanos limitan el ámbito de posibilidades políticas. Esto significa que no todo está a disposición de la voluntad de las mayorías” (p. 41). Para reafirmar su posición realiza un recorrido por la teoría de las emociones morales para defender que éstas “son objetivas y constituyen el fundamento de los derechos humanos. Su función es guiar el juicio práctico de forma que sea objetivo y correcto” (p. 50).

Para Arango “las emociones morales –p. ej., el autorespeto u orgullo, la indignación, el resentimiento, la culpa– importan. La racionalidad política no puede pasarlas por alto sin deslegitimarse, sin desconocer los límites morales que plantean dichas emociones” (p. 54). Hablar de emociones no nos condena al relativismo, ni a la metafísica ni a un mundo moral “allá fuera” que se escapa a las posibilidades de nuestro conocimiento. Al contrario, las emociones morales “nos señalan los límites de lo tolerable. Las decisiones políticas, así sean constitucionales, no pueden desconocer los derechos humanos como expresión del nivel de sensibilidad que como humanidad hemos logrado alcanzar” (p. 55). Aplicando esta tesis a la doctrina sentada por

la Honorable Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el auto del 15 de febrero de 2007, que privó de la libertad a seis congresistas por sus vínculos con paramilitares, a Arango no le queda más que “rechazar definitivamente el argumento de la coacción insuperable esgrimida por los políticos prácticos para aliarse con grupos paramilitares” (p. 58).

En el capítulo tercero, *Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales*, Arango se pregunta por la concepción de los derechos fundamentales más adecuada para un Estado constitucional, democrático y social de derecho. Esta pregunta es abordada a partir de la discusión de Habermas y Putnam sobre normas y valores y de las objeciones de Habermas a Alexy. Arango sustentará una tesis intermedia entre Habermas y Alexy y mostrará que los peligros de una teoría no estrictamente deontológica de los derechos fundamentales pueden ser evitados y que sus ventajas son mayores que sus desventajas cuando se entiende correctamente el rol de la razón en el derecho.

En el capítulo cuarto Arango rastrea la distinción entre *Derechos y fines políticos*, pues la falta de claridad que se cierne sobre unos y otros “amenaza con destruir el corazón del constitucionalismo democrático” (p. 85). En una primera parte se vuelve a tomar en serio la teoría política de Dworkin que diferenciaba entre argumentos de principios y argumentos políticos, para luego realizar un estudio de casos en los que la política ha ido difuminando los contornos de esa diferenciación. En la última parte, Arango encomienda a los jueces constitucionales “la tarea primordial de abrir, destaponar, destrabar los canales de información y deliberación democrática de toda la población, para permitir la participación activa y discursiva de todos los miembros de la colectividad política” (p. 107).

Muy interesante, y el más extenso, es el capítulo quinto dedicado al *Concepto de goce efectivo de derechos*. El análisis sobre el contenido del concepto se realiza a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y de la literatura existente sobre el tema. Abarca orígenes, funciones y alcances en el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas de atención a la población víctima del desplazamiento forzado en Colombia.

Constata Arango que “el lenguaje para referirse a los derechos humanos y fundamentales ha variado con el tiempo. Se ha pasado de un lenguaje de derechos de libertad, negativos o de abstención, donde las obligaciones del Estado se centraban fundamentalmente en abstenerse de violar los derechos

y protegerlos contra agresiones de terceros, a un lenguaje más abarcador que el de los derechos de libertad, y que incluye además de éstos a los derechos a la organización, al procedimiento y a prestaciones públicas positivas, donde las obligaciones del Estado son no solo de abstenerse de violar derechos para garantizar la inmunidad o intangibilidad de la persona, sino de actuar positivamente para garantizar el goce o disfrute efectivo de los derechos a las personas” (p. 110). Este cambio ha favorecido que las acciones de tutela (art. 86 de la Constitución colombiana) den paso a “las acciones afirmativas, para proteger especialmente a personas o grupos de personas en situación objetiva de desventaja” (p. 113).

El principio de progresividad de los derechos, en cuanto a su contenido prestacional, señala el camino normativo a seguir en materia del goce efectivo. Han sido los jueces constitucionales colombianos (por todas, Sentencia T-025 de 2004) los que han ido concretando el contenido del concepto de *goce efectivo de derechos* por referencia a cinco componentes: a) al conjunto de derechos fundamentales del que es titular toda persona en tal situación; b) al enfoque diferencial en el reconocimiento de sus derechos; c) al nivel mínimo de su satisfacción que debe asegurarse, en todo tiempo y circunstancia, para entender satisfechas las obligaciones constitucionales correlativas del Estado; d) a indicadores de *goce efectivo de derechos*²; y e) a la participación activa en la formulación de las políticas públicas.

El capítulo sexto, *Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho*, inaugura la segunda parte de la obra (*Constitucionalismo latinoamericano*). En este capítulo Arango defiende la tesis de que “conviene orientar los estudios sobre integración latinoamericana hacia el derecho constitucional comparado, en particular, el constitucionalismo de los derechos sociales” (p. 169). Para sustentar su idea aborda, en primer lugar, las grandes aporías de la integración por vía del derecho, haciendo hincapié en cómo el derecho puede ser un obstáculo para la integración. Luego se refiere al papel positivo pero insuficiente de organismos internacionales de protección de los dere-

² Entre estos indicadores es de destacar el de la *superación del Estado de Cosas Inconstitucional* (p. 139): el gobierno nacional debe demostrar el restablecimiento de las condiciones de normalidad y el juez constitucional declarar superada la anomalía teniendo como referente principal el *goce efectivo de derechos*. Sobre el tema puede consultarse R. ARANGO, “Superación del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) en materia de desplazamiento forzado”, en *Desplazamiento Forzado. ¿Hasta cuándo un estado de cosas inconstitucional?*, Bogotá, Codhes, 2009, t. 1, pp. 91-114. Además de los Autos 008 de 2009 y 385 de 2010 de la Corte Constitucional.

chos humanos. Finalmente defiende la importancia de avanzar en el derecho constitucional comparado de derechos sociales y en los mecanismos para su protección.

Entre las realidades que impiden una integración económica y política en América Latina, llama el autor la atención sobre la precaria cultura política y la inestable institucionalidad democrática, donde “no es fácil superar la tradición autoritaria y el caudillismo” y cuando la ideología se impone al derecho. También hacen difícil la integración los conflictos fronterizos (Colombia y Venezuela, Chile y Bolivia, Argentina y Uruguay); o las condenas por masacres en diversos países proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³ (p. 172).

A las anteriores limitaciones a la integración se pueden añadir algunas aporías: la vieja trampa del “divide y vencerás” es la estrategia de Estados Unidos al “firmar por separado tratados bilaterales de comercio con cada uno de los países latinoamericanos” (p. 173). A ello se suma que el sistema financiero internacional, al ejecutar grandes obras y macroproyectos en el continente, no siempre tiene en cuenta el impacto de tales inversiones sobre la población y el medio ambiente; o que el fenómeno del narcotráfico amenaza gravemente la estabilidad política.

En el capítulo séptimo Arango se propone tratar los *Derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión y perspectivas de futuro*. Retoma la tesis de que los “los sistemas regional e internacional de protección de derechos humanos presentan un avance perceptible pero insuficiente para la realización de los derechos sociales en Iberoamérica” (p. 204).

La situación actual de los derechos sociales se ve afectada por la depresión económica mundial (p. 205) y la crisis de un modelo liberal al que no se le opone alternativas (p. 208), lo que explica, a su vez, el renacer del interés por las obras de Marx (p. 209).

Arango divide las estrategias para avanzar en la realización de los derechos sociales en tres tipos: (i) jurídicas, que versan sobre “la determinación de cuáles son los derechos sociales reconocidos constitucionalmente, cuál es el alcance de su contenido; quiénes son sus titulares y obligados; y cómo se

³ Recuerda Arango que Colombia ha sido condenada cinco veces por sucesivas masacres practicadas por grupos paramilitares con la complicidad de miembros de las fuerzas militares contra campesinos y personas acusadas de colaborar con la guerrilla izquierdista: Sentencias de la Corte Interamericana en los casos de Mapiripán, El Aro e Ituango, Pueblo Nuevo, 19 Comerciantes y La Rochela.

establecen sus límites” (p. 217). En este sentido el alcance de los derechos sociales ha sido establecido caso por caso en la jurisprudencia constitucional colombiana⁴; (ii) políticas, que “se relacionan fundamentalmente con las reformas de diseño institucional a favor de los derechos sociales y su mayor grado de realización, con el activismo de organizaciones sociales y la movilización ciudadana en el proceso político y en la lucha por el reconocimiento de los derechos sociales, y con la protección multinivel utilizada para satisfacer este tipo de derechos” (p. 220); y (iii) económicas y culturales, ya que, por ejemplo, “el hecho de compartir casi en su totalidad una sola lengua, el castellano, constituye una apreciable ventaja frente a la Comunidad Europea” (p. 225).

En el capítulo octavo, quizás el más filosófico de todos, Arango aqueja *La insuficiencia republicana de nuestras instituciones*. En un primer momento se refiere el profesor a cinco características del republicanismo provenientes de la antigüedad griega: las virtudes cívicas, la participación política, la división y control del poder, la ciudadanía social y la deliberación constitucionalizada. Después hace alusión a las insuficiencias republicanas de las instituciones políticas.

Entre las posibles medidas para ahondar en esa dirección republicana se citan, y Arango las explica detenidamente, la importancia de “la educación universal basada en las virtudes cívicas de apertura, curiosidad y escrutinio crítico” (p. 253), la participación popular, no solo espontánea, ocasional o en procesos electorales, sino a través de la cultura, con “sus clubes de lectura, de poesía, de teatro, de danza y música, deportes, comunicaciones, así como la integración en grupos, partidos o movimientos políticos” (p. 254). También hace referencia a las redes sociales como “un factor positivo que abre múltiples posibilidades a la vez que algunos riesgos de abuso que deben ser controlados” (p. 255), o la necesidad de la división de poder para neutralizar la arbitrariedad, aunque el presidencialismo no parezca abogar por ese diseño.

Se trata de apostar por una ciudadanía social –o “agencia social”, como prefiere Arango– capaz de hacer frente a la “deliberación crítica institucio-

⁴ Denuncia Arango la falta de claridad de la que adolece al respecto la Constitución colombiana de 1991, pues al situar los derechos civiles y políticos en un capítulo diferente al de los derechos sociales, se pensó que sólo a los primeros se les reservaba el carácter de fundamentales, mientras que los segundos quedaban relegados al desarrollo legal progresivo. No obstante, la Corte Constitucional, desde sus primeras sentencias en el año 1992, dejó claro que la fundamentalidad de un derecho no depende de cómo estén organizados en el texto constitucional.

nalizada” más importante que afronta el país: un proceso de paz que es el “intento más ambicioso de nuestra historia republicana que busca abandonar el estado de naturaleza y pasar a un estado de civilidad en el que rijan el respeto y la obediencia a unas mismas reglas del juego” (p. 257).

En el capítulo noveno Arango reivindica los *Fundamentos del ius constitutionale commune en América Latina*. Su tesis parte de que “el derecho constitucional latinoamericano se basa en tres pilares: una concepción interdependiente de los derechos fundamentales; una social de la democracia y una participativa de la justicia constitucional” (p. 261). El elemento común en la justicia constitucional es una visión sustantiva del derecho que aplica prioritariamente la parte dogmática de la constitución sobre la parte orgánica funcional y acoge con rango supraconstitucional el derecho internacional de derechos humanos en el orden interno bajo la figura del bloque de constitucionalidad.

Ni la concepción liberal de Hobbes, con derechos subjetivos entendidos como ámbitos de autodeterminación individual que impiden los excesos de terceros, ni la concepción de derechos fundamentales como garantías individuales y precondiciones de la democracia en el sentido de Hans Kelsen o más recientemente de Habermas, son satisfactorias para explicar la dinámica de los derechos en el mundo latino. En cambio, “los tribunales constitucionales en Latinoamérica conciben los derechos fundamentales como un todo integral, lo cual añade complejidad y mayores exigencias metodológicas a la teoría y práctica constitucionales. Puesto que los jueces constitucionales en sociedades del Sur reconocen en la práctica derechos fundamentales con independencia de su estatus negativo o positivo, el *ius constitutionale commune* latinoamericano ofrece un diseño más complejo y sutil de los poderes deónticos que se muestra más apto para enfrentar las realidades de la desigualdad y la inequidad sociales que otros modelos abstractos e ideales” (p. 265).

De la misma manera, ni el modelo liberal representativo ni el modelo deliberativo de democracia dan habida cuenta del *ius constitutionale commune* latinoamericano. Frente a ellas, “una concepción social de la democracia se diferencia de los modelos liberal y deliberativo porque toma en serio la necesidad de incluir a todos los seres humanos en el proceso y transformar por este medio la sociedad en general, democratizándola, esto es, llevando la democracia del ámbito meramente público político –la elección periódica de representantes mediante sufragio universal– al ámbito público informal –la empresa, la familia, los partidos políticos, las universidades–” (p. 266).

Este modelo de democracia social –democracia asociativa en el lenguaje de Ronald Dworkin– asegura “una protección especial del Estado a personas o grupos en situación de debilidad manifiesta” y “parece ser más adecuado que sus competidores para responder a las circunstancias especiales de las sociedades no bien ordenadas del continente latinoamericano” (p. 269).

El profesor de Los Andes atribuye en este modelo a los jueces constitucionales el “papel central para evitar que los preceptos constitucionales sean letra muerta debido a las realidades económicas de las que depende el ejercicio del poder político” (p. 269). Es decir, “una jurisdicción constitucional que esté a la altura de una concepción integral de los derechos fundamentales y una concepción social de la democracia tiene necesariamente que ser participativa para posibilitar que todas las voces, por diferentes o extrañas que sean, tengan en ella cabida en la comunidad y puedan ser cobijadas por la protección constitucional” (p. 271).

En el último capítulo del libro, *Libre comercio y sus peligros para la democracia*, Arango reflexionará sobre los efectos de la liberalización del comercio a nivel mundial, mostrando por qué el libre comercio, tal como ha sido concebido y viene siendo practicado, implica un peligro para la democracia y el orden constitucional democrático y republicano. Al final esboza cómo podría concebirse un orden político que, sin negar las bondades del mercado, ponga el énfasis, no en la acumulación de capital, sino en la emancipación humana, finalidad que debe guiar la convivencia democrática y el orden político cosmopolita.

Para el ámbito cultural, Arango retoma la última conferencia de Carlos Gaviria Díaz en el Colegio Gimnasio Moderno de Bogotá el 11 de marzo de 2015, en la que el exmagistrado de la Corte Constitucional colombiana apostaba por la tarea “de construir un sujeto político (pueblo) apto para instituir una democracia plena, sin exclusiones” (p. 290). En esta tarea “el programa de la Ilustración, bien formulado por Kant, sigue vigente”. También Rousseau nos avisó que no habría democracia sin suficiente participación (p. 291).

Ese “nuevo orden democrático y republicano” (p. 288) debe “superar el cosmopolitismo de mínimos propuesto por Kant, limitado a la hospitalidad respecto del extranjero” y avanzar en pro “de naciones libres e iguales, unidas por lazos solidarios y de cooperación, ajenos al ajedrez de la geopolítica” (p. 291).

En definitiva, estamos ante un libro que explora los caminos para una realización cada día mayor de los derechos. Y, para ese viaje, Rodolfo Arango se revela como un magnífico caminante.

JESÚS IGNACIO DELGADO ROJAS
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: jesusignacio.delgado@uc3m.es