Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

Prólogo

Decir que los derechos "se realizan" suena extraño cuando se parte de una concepción *iusnaturalista* o *iuspositivista* de los derechos. En el primer caso, es común oír que "se tienen derechos", o que "se nace" con ellos, mientras en el segundo caso, los derechos subjetivos son mera "ficción". Las mejores razones hablan, no obstante, a favor de una tercera opción: una concepción *pragmatista* de los derechos. Esta concibe los derechos como relaciones normativas. Si abandonamos la visión ontoteológica de los derechos, una de cuyas versiones dice que los derechos son legados por Dios a los hombres desde su nacimiento —¿por qué la selectividad y discriminación con otras especies?—; y si también abandonamos la otra visión por reduccionista o empirista —¿por qué limitar los derechos a normas positivas que imponen obligaciones concretas y exigibles?—; podemos ganar espacio para una comprensión relacional de los derechos que supere las limitaciones de las visiones anteriores.

La gran ventaja de la concepción pragmatista de los derechos consiste en describir más claramente que sus antecesoras la práctica social de los derechos en el mundo contemporáneo. Los derechos, en cuanto relaciones normativas dotadas por voluntad humana, de diversos grados de garantía son vehículo ideal para concretar mínimos de justicia que, en condiciones propicias, pueden expandirse o aumentarse. 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.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

La presente colección de ensayos parte de una concepción de los derechos con las características anotadas: relacional, deóntica, contextual y gradual. El libro unifica un conjunto de ensayos que se agrupan a partir de una doble perspectiva: la justificación filosófica de los derechos y su aplicación en la práctica del constitucionalismo latinoamericano. Razones normativas, construidas mediante entramados de juicios de valor, sustentan posiciones y relaciones normativas. Unas y otros ganan objetividad a partir de un discurso intersubjetivamente compartido que exige, para su aceptación y ejecución o cumplimiento, adoptar un punto de vista interno o del participante en la práctica social específica. El plano normativo viene a complementarse con el plano de la facticidad: los derechos se realizan siempre en un contexto histórico y geográfico concreto, en nuestro caso el discurso y la práctica del derecho constitucional en Latinoamérica, lo que otorga marcadores particulares al tratamiento del tema. Como en la literatura, el lector de otras latitudes podrá, si mantiene la mente abierta, encontrar semejanzas y diferencias en la reconstrucción de su propia práctica de los derechos, cuyo perfeccionamiento trasciende la utilidad local.

La primera parte se ocupa del concepto de los derechos, en sus modalidades de humanos y fundamentales; de su función en las democracias constitucionales contemporáneas; de diversas formas de concebirlos y de su goce efectivo en una realidad concreta. El objeto de estudio es el lenguaje normativo desde una perspectiva pragmática. ¿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? ¿Las actuaciones basadas en buenas razones debidamente justificadas son exigibles vía la coerción organizada en el Estado constitucional y democrático de derecho? ¿Es posible determinar objetivamente un mínimo de acciones u omisiones jurídica, moral y políticamente exigibles? ¿En qué afecta la práctica del derecho constitucional e internacional concebir los derechos como principios o fines? Todos estos interrogantes son abordados y discutidos a la luz de la concepción pragmatista de los derechos aquí definida.

En particular interesa al autor de estas líneas explorar y esclarecer la relación entre razón y emociones, a la vez que analizar

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

si cierto tipo de emociones morales —*i. e.,* el resentimiento, la indignación, la vergüenza o la culpa—, pueden servir de indicador objetivo de un mínimo de justicia exigible de una persona con sentido de la justicia (Rawls). Estudios más detallados sobre la relación de emociones, racionalidad y derechos se incluyen en otro libro mío de pronta aparición en Colombia bajo el título *El sujeto de la democracia. Emociones, educación y democratización de la sociedad*.

La segunda parte del libro reflexiona sobre el estado, las perspectivas y los desafíos del derecho constitucional en América Latina en los últimos dos lustros. Realizar los derechos, sean humanos, constitucionales o fundamentales, 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 equivocadamente a algunos a atribuirles una supuesta naturaleza "aspiracional". Tal apreciación no es compartida aquí; su efecto devalúa el carácter normativo de los derechos. Asociar los derechos humanos y fundamentales, en particular los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, a "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 ficciones con mera relevancia simbólica. La agitada realidad económica y política de los países de América Latina muestra el carácter cambiante de las condiciones en las que se realizan los derechos humanos y fundamentales. La dialéctica entre normatividad y facticidad conduce a la conflictiva y productiva relación entre economía y derecho, donde es relevante preguntarse por el manejo sostenible de los recursos materiales y los límites al uso del discurso normativo que otorga legitimidad al orden político y jurídico existente. El énfasis en el contexto de aplicación y realización de los derechos, aquí en Latinoamérica, obedece a la necesidad de diferenciar entre sociedades "bien ordenadas" y sociedades "no bien ordenadas" para efectos de la realización efectiva de los derechos en la práctica, entre otras por vía del activismo judicial. La conclusión de esta segunda parte del libro es que mientras se han hecho grandes esfuerzos normativos e institucionales para asegurar el cumplimiento de las obligaciones correlativas a los derechos hu-

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

manos y fundamentales en las sociedades no bien ordenadas del Sur —con alto grado de corrupción política, desigualdad económica y social, disfuncionalidad de las institucionales, en particular de representación democrática—, las condiciones de las que depende la satisfacción de los derechos mínimos se han venido deteriorando rápidamente. Lo anterior, no obstante, no lleva a la tesis desesperanzada según la cual el discurso de derechos es una forma de enmascaramiento o de manipulación de las mayorías por parte de una minoría privilegiada que usa el derecho como instrumento de dominación de clase (Marx), tesis que justificaría prescindir del lenguaje o discurso normativo de los derechos para privilegiar una comprensión más realista o materialista de las relaciones humanas. Por el contrario, considero que el discurso de los derechos puede tener gran capacidad transformadora de la situación de injusticia existente. No se trata entonces de ser ingenuos y dormir en el "cielo de los conceptos jurídicos" —aquí los derechos humanos y fundamentales como meras aspiraciones—, ni tampoco de terminar en el determinismo materialista de ciertas visiones economicistas, sino de moldear y dirigir las relaciones humanas existentes según principios a realizarse de forma gradual, continua, recíproca y equitativa.

Deseo agradecer a las personas y entidades que han hecho posible la presente publicación, en especial al Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, que encabeza su director, profesor Rogelio Flores. Para mí es un gran honor y motivo de regocijo que estas líneas vean la luz en México, y esto *ad portas* de la celebración por el centenario de la Constitución de 1917. Debo aclarar que el libro reúne un conjunto de artículos dispersos, algunos de ellos publicados anteriormente y de difícil acceso al público lector debido a la no reimpresión o reedición de ediciones agotadas. Los dos primeros capítulos fueron originalmente publicados por la extinta editorial *Norma* en Bogotá bajo el título *Derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la Ley de Justicia y Paz* en 2008. El tercer capítulo "Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales" fue publicado en español por Laura Clérico, Jan Sieckmann y Daniel Oliver-Lalana (coords.) en el libro *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada, Editorial Comares, 2011. El cuarto ca-

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

pítulo "Derechos y fines políticos" se incluye en la *Revista Jurídicas, Universidad de Caldas*, Derecho y Política (ed. Monográfica), vol. 9, núm. 1, 2012, páginas 14-31. Los capítulos quinto y décimo son inéditos y se publican aquí por primera vez. El sexto capítulo "Las aporías de la integración latinoamericana por vía del derecho" se incluye en el libro *¿La integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, de Armin von Bogdandy, César Landa y Mariela Morales Antoniazzi (eds.), Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009. El capítulo séptimo "Derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión y perspectivas" hace parte del libro *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*, coordinado por Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi, Lumen Juris, Río de Janeiro 2010. El capítulo octavo "La insuficiencia republicana de nuestras instituciones" fue publicado en *Revista Temas Socio-Jurídicos,* vol. 32, núm. 65, 2013, páginas 179-196. Finalmente, el capítulo noveno "Fundamentos del *Ius constitutionale commune* en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional" hace parte del libro colectivo *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades, desafíos,* publicado por Arwin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, M. Morales (coords.), Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Rechts und Völkerrecht-México, UNAM-IIJ, 2014. Agradezco a todas las personas e instituciones citadas su autorización para reeditar mis escritos, ahora unificados en el presente volumen. Los errores que haya podido cometer en el contenido y la edición son de mi entera responsabilidad.

Rodolfo Arango
Profesor Titular
Universidad de los Andes
Agosto de 2016

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/