

LOS DERECHOS EN UN MUNDO POSTMETAFÍSICO*

Una lectura del texto de Rodolfo Arango
Mauricio Andrés GALLO CALLEJAS**

Es para mí un motivo de orgullo tener la oportunidad de presentarles el texto del profesor Rodolfo Arango *Los derechos humanos como límites a la democracia. Análisis de la Ley de Justicia y Paz*. Por lo reducido del espacio voy a limitar esta presentación a lo siguiente: en primer lugar, describiré la estructura del texto. En segundo lugar mostraré el ámbito y el sentido de la reflexión que nos propone. Luego intentaré sintetizar la tesis defendida por el autor, para, finalmente, concentrarme en las razones con base en las cuales aquella es construida. Voy a detenerme en tales razones en tanto ofrecen una opción hasta ahora poco explorada, al menos por los juristas colombianos, para seguir creyendo y *teniendo fe* en el discurso de los derechos. Inicio con lo primero.

El texto está dividido en tres partes. La primera es denominada por el autor como *La reflexión* y en ella se recopilan ocho ensayos académicos en los que nos ofrece su análisis de la Ley de Justicia y Paz. La segunda parte la denomina *La opinión* y en ella se recogen 19 artículos publicados en diferentes medios, como “*un testimonio personal de la marcha de los sucesos a lo largo de los dos últimos años*” (Arango, 2008:16). La tercera y última, es la parte de los anexos, en la que se incluye el material empírico que sirve de base para sus reflexiones –extractos de la LJP, extractos de sentencias emitidas por la Corte Constitucional, la CSJ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos–. Paso a lo segundo.

* Una versión de la reseña fue presentada en el III Congreso Iberoamericano de Filosofía, realizado de julio 1 al 5 de 2008 en Medellín - Colombia, organizado por el Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia y la Sociedad de la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Agradezco al profesor Rodolfo Arango las observaciones y anotaciones que gentilmente realizó a esta lectura que se propone de su texto.

** Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Especialista en derecho constitucional. Aspirante a Magister de Filosofía en el Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia. Miembro del “Grupo de Investigación en Filosofía Política –Gifp–” del Instituto de Filosofía de la misma universidad.

Fecha de recepción: Octubre 21 de 2008

En las primeras líneas de la introducción, el lector será llevado ante una muestra del grado de crueldad de la que somos capaces los seres humanos:

“no solo diseñaron un método de descuartizar seres humanos, sino que llegaron al extremo de dictar cursos utilizando personas vivas... eran pruebas de coraje... personas de edad que llevaban en camiones, vivas, amarradas... las instrucciones eran quitarles el brazo, la cabeza, descuartizarlas vivas... El uso de motosierra no era práctico porque la motosierra se enreda en la ropa, y por eso prefieren el machete... recibieron un tiro en la cabeza y luego fueron partidos en cada articulación prominente. ¿Por qué descuartizar? Por un pragmatismo macabro: ante la necesidad de correr menos riesgos con jueces de aquí y del mundo por crímenes de lesa humanidad, tenían que enterrarlos. Y para no tener que cavar fosas muy profundas –para ahorrar esfuerzo–, lo mejor era partirlos en pedazos... A la medida del tronco (de la víctima) usted hace el hueco, aunque hondo. Y todas las piezas las mete (...)” (15)

La indignación, el espanto y la vergüenza que producen actos en los que se practica con personas vivas técnicas para asesinar mejor, muestran el reto que tenemos los intelectuales en esta sociedad. Una sociedad que al perder las condiciones elementales de justicia y moralidad, tras años y años de violencia guerrillera y paramilitar, con combatientes que presentan esa ausencia de sentido moral –*lack of moral sense*– que les impide “*reconocerse en la víctima*” (Arango, 2008:16) y con ciudadanos que damos injustificables señales de indiferencia y hasta de asentimiento, se enfrenta a la barbarie, a la monstruosidad, o, a lo que Arendt denominó el *mal radical*. Este reto es asumido por el profesor Arango. En las páginas de su libro nos ofrece un análisis de la LJP, norma que revestida por el manto de legitimidad que confiere el lenguaje democrático, intenta, mediante la utilización de mecanismos de justicia transicional, allanar el camino para la paz y la reconciliación.

El ámbito en el que nos ofrece dicho análisis es el de la reflexión filosófica. Ámbito dentro del cual propone un juicio a la LJP para llenar un vacío en aquello que sólo puede obtenerse de este tipo de reflexión: la teoría como rectora de la praxis, el pensamiento como guía de la acción, las ideas como brújula para evitar extravíos, o en sus palabras, *la construcción de mundos posibles para orientar la acción política* (Arango, 2008:13). Esta reivindicación del vínculo entre pensamiento y praxis, es un capítulo más de un debate nada nuevo en occidente, recuérdese las discusiones entre el filósofo y el jurista hobbesianos, acerca de si la recta razón en el Estado civil es la simple voluntad del soberano o es una razón artificial que, resultado de años y años de reflexión se impone sobre aquella. Se trata del debate acerca de las relaciones entre poder, fuerza, moral y derecho. Y en medio de este debate, el sentido de la reflexión que nos ofrece el profesor Arango hace parte del horizonte de quienes creemos que el derecho se justifica como un instrumento con

el que los hombres podemos escapar de la crueldad, defendernos de la violencia y evitar la guerra de todos contra todos. Qué mejor manera de describir este sentido que con el epígrafe que da inicio al tercero de sus ensayos, evocando a Kant, y *Sobre la paz perpetua*: “*El derecho de los hombres debe mantenerse como cosa sagrada por grandes que sean los sacrificios del poder dominante*”. Esta vez, tal sentido será conducido al problema de las relaciones entre el lenguaje del constitucionalismo liberal y el lenguaje democrático, para afirmar que aquellos –los derechos– se constituyen en el límite y la barrera infranqueable para las decisiones de las mayorías. Paso a lo tercero.

Desde este horizonte resulta posible describir la tesis del autor acudiendo a tres perspectivas en las que la voluntad democrática encuentra un límite en los derechos, la perspectiva de la legitimidad, la de la validez y la de la eficacia. Aunque perspectivas diferenciables hace parte de la tesis del texto señalar que entre ellas existe una conexión necesaria: la conexión derivada de las relaciones poder-moral-derecho. Las razones que generan para el filósofo la ilegitimidad de la LJP, generan para el jurista su invalidez y para el politólogo su ineficacia: la violación de los límites impuestos por los derechos humanos hace que la LJP sea extremadamente injusta, sea una norma inconstitucional y sea inútil para alcanzar los fines de la paz para los que fue creada. Ante tales razones normativas y fácticas, nos dice el autor, *será necesario pensar en alternativas diferentes hacia el futuro* (Arango, 2008:16).

Más allá de un juicio a una norma jurídico positiva, más allá de la LJP, esta tesis nos ofrece algo que tiene que ser resaltado. Las razones con las que ella es construida ofrecen un nuevo camino para seguir creyendo y *teniendo fe* en el discurso de los derechos en una sociedad como la nuestra: nos abren la puerta hacia una fundamentación no metafísica de los derechos desde las emociones morales. La comodidad que me generan tales razones espero sea una excusa suficiente para detenerme en ellas, con lo que doy inicio a la cuarta y última parte de esta presentación.

Para que tenga sentido afirmar que enunciados como los ofrecidos por el lenguaje de los derechos, representan un límite a las decisiones políticas tomadas bajo la regla de las mayorías, resulta necesario hacer posible la idea de que la posición normativa de *a* frente a *b* para exigir *G* no es un asunto abandonado a la voluntad caprichosa del poder de turno, bien sea el poder de las propias mayorías o a la ideología del juez encargado de su adjudicación normativa. La posibilidad de algún grado de independencia del lenguaje de los derechos frente a esa voluntad política, es lo que el autor denominará la objetividad de los derechos, asunto que será abordado principalmente en los dos primeros ensayos.

Defender tal posibilidad en el mundo de hoy no es una tarea fácil. “*Corrientes escépticas (...) han cuestionado renovadamente la objetividad en el derecho (han) allanado el camino al análisis del derecho como campo de lucha política* (Arango, 2008:54). La fuente de este escepticismo, la fuente de esta puesta en duda de la objetividad en el derecho, está en el rechazo de toda teoría de la verdad como correspondencia. Pero dentro de un mundo como éste, ante la negación de “*un mundo “allí afuera” que convalide las proposiciones sobre él (ante) (e)l rechazo a una realidad moral independiente del sujeto*” (Arango, 2008:54) surge la gran pregunta “*cabe preguntarse si es posible defender la objetividad de los derechos humanos o fundamentales pese a rechazar su fundamentación ontológico-trascendental*”. Ante un mundo en el que tanto dioses como sabios nos han abandonado ¿estamos obligados los hombres a renunciar a la idea de los derechos como límites a la voluntad de las mayorías? ¿el mundo actual es un mundo sin ningún instrumento que nos permita librarnos de la crueldad, salvo implorar para que las mayorías no quieran ser crueles o no quieran justificar prácticas crueles? ¿es este el mundo en el que el más fuerte impone su voluntad utilizando el lenguaje de los derechos?

Mientras que son cada vez mayores las voces de crítica a este lenguaje, para poner sólo algunos ejemplos señalemos (i) el argumento comunitarista que sostiene que en un mundo fragmentado en múltiples sentidos de *lo bueno* y de *lo justo*, creer en los derechos se asemeja a creer en brujas o unicornios; o (ii) el argumento de “neocolonialismo” que ve los derechos como *un instrumento de dominación política y cultural de los Estados capitalistas occidentales en otras sociedades* (Forst:27), o (iii) el argumento de la indeterminación que hace de este, un lenguaje sin una carga política inherente, un lenguaje que fluctúa entre el ir de una indiscutible fuerza emancipatoria y el devenir de un discurso regulador, como *medio para obstruir o cooptar demandas políticas (emancipatorias) radicales* –Wendy Brown– o finalmente (iv) el argumento de *la pérdida de fe* y la invitación a cambiar de lenguaje, derivado de la pérdida de fe en la distinción juez-legislador –Duncan Kennedy-. Ante esta toma de fuerza de las voces que sostienen que el lenguaje de los derechos no sólo es un rezago de la modernidad –caída la metafísica, caídos los derechos– sino que adolece de los mismos defectos y es culpable de las mismas cosas que generaron la crítica contra el proyecto moderno, Arango nos ofrece otra salida. Su texto nos invita a seguir soñando con que a través del lenguaje de los derechos los hombres podemos evitar la guerra, la violencia y librarnos de la crueldad. Su texto nos sugiere una vía en la que parece posible defender la objetividad *postontológica* de los derechos.

Tal defensa está construida en dos pasos: mediante el primero, en contra de las dos tradiciones mencionadas y acudiendo a una visión neopragmática del derecho, más

cercana a Putnam que a Rorty, Arango nos propone un cambio en la noción misma de objetividad, de tal manera que resulte abierta y sensible a aceptar el pluralismo, (superando el *iusnaturalismo*) pero sin caer con ello en el relativismo valorativo (superando el positivismo) (Arango, 2008:34). Mediante el segundo paso, nos propone la formulación de un concepto “*bien desarrollado*” de derecho fundamental, entendido como un derecho subjetivo cuyo otorgamiento es tan importante que no puede quedar en manos de la simple voluntad de las mayorías políticas (Arango, 2005:31).

Como primer paso, el autor nos propone un cambio en la idea misma de *objetividad*. El gran problema de las tradiciones positivista y del derecho natural, está en que su concepción de objetividad se deriva del apego a esa idea metafísica de verdad como correspondencia: objetividad se entiende “*como el resultado de la consonancia del pensamiento con un orden trascendente*” (Arango, 2008:33), objetividad es equiparable con descripción. Si se abandona tal idea, partiendo de la verdad como coherencia y entendiendo la objetividad como resultado de un procedimiento investigativo que permite hacer aseveraciones justificadas, es posible la idea de derechos con algún grado de independencia frente a la voluntad política de los hombres. Estas son sus palabras:

El rechazo de la teoría de la verdad como correspondencia mente-mundo no nos condena a la subjetividad o al relativismo. Por el contrario, una teoría de la verdad como coherencia es suficiente para preservar la objetividad. La objetividad no depende de premisas metafísicas como las asumidas por los realistas morales, a saber, que existe un mundo moral allá afuera. Los argumentos para apoyar la objetividad de nuestras tesis o demandas son válidos solamente si son suficientemente sistemáticos y han sido mutua y recíprocamente examinados.

Es en ese sentido que la objetividad es defendible en el derecho. La objetividad se construye argumentativamente y en forma compartida. Contra el escepticismo valorativo es posible oponer la práctica del derecho, la cual consiste en elevar propuestas de sentido normativo que se convalidan o no como objetivas por medio de la argumentación. La objetividad en el derecho es posible gracias a la coherencia de la teoría que sustenta las respuestas.(...) Carece de sentido, entonces, afirmar que la tortura no está “objetivamente” prohibida porque no existe un mundo allá afuera, independiente de nosotros mismos, en el cual la tortura contraría valores morales existentes. Para afirmar que la tortura está “objetivamente” prohibida bastaría mostrar que la interpretación más coherente e integral de toda la práctica jurídica nuestra prohíbe la tortura. (Arango, 2008:54-5)

Para mostrar el segundo paso, voy a describir la puerta que nos está abriendo el profesor para *recuperar la fe* en el discurso de los derechos, como el resultado

de ir ascendiendo dentro de los diferentes niveles en los que este lenguaje se desarrolla. Cada uno de estos niveles está representado en los diferentes elementos que componen su concepto bien desarrollado de derecho fundamental. Primero describo dicho concepto para después ubicarlo dentro de los niveles de discusión. Un concepto bien desarrollado concibe a los derechos fundamentales como (a) posiciones normativas (b) justificadas con razones válidas y suficientes (c) cuya afectación injustificada genera a su titular un daño individual inminente y (d) cuyo otorgamiento tiene tan alto grado de importancia que no puede quedar sujeto a la simple voluntad de las mayorías políticas. Tanto (a) como (b) pertenecen al primer nivel de discusión. Al segundo nivel pertenece (c) y al último nivel pertenece (d). Paso a mirar cada uno de ellos.

En el primer nivel los derechos son entendidos como (a) posiciones normativas. Entender los derechos fundamentales como posiciones normativas, implica partir de la idea de que estos, lejos de ser entidades fácticas o metafísicas, son *“simples conceptos artificiales o constructos sociales, son hechos institucionales. Los derechos no tienen un correspondiente semántico en la realidad. Representan un juego de lenguaje mediante el cual creamos realidad social”* (Arango, 2008:48).

Pero si los derechos son entendidos así, como simples posiciones normativas, como actos lingüísticos resultado de la voluntad de los hombres, el asunto está en mostrar cómo recuperar la fe en un lenguaje que genera permanentes colisiones entre razones opuestas para posiciones normativas contradictorias del tipo

Está justificado para *a* exigir del Estado la **realización** de *x*
y a su vez,

Está justificado para *b* exigir del Estado la **no realización** de *x*

La salida está en entender que son posiciones normativas pero (b) **justificadas con razones válidas y suficientes**. En tanto válidas, tanto *a* como *b* cuentan con razones *prima facie* para exigir del Estado la realización y no realización de *x*. Para que sean razones definitivas necesitan, además de su validez, estar justificadas con razones que sean también suficientes. Tal suficiencia puede ser establecida a través de un procedimiento objetivo e intersubjetivamente controlable: la ponderación. Mediante tal procedimiento es posible determinar las circunstancias específicas bajo las cuales existen mejores razones para que *a* ó *b* deban ceder su posición frente al otro.

El profesor Arango enfrenta las críticas dirigidas a negar que la ponderación sea un mecanismo racional y objetivo de adjudicación normativa -remito al lector para esta discusión al quinto ensayo del texto-. El principal argumento en contra de la

ponderación señala que lejos de ser un mecanismo racional, este abre las puertas al subjetivismo y al decisionismo judicial. Prueba de ello es que de su utilización se derivan permanentes antinomias, múltiples y contradictorios resultados. Arango argumenta que tal *escepticismo sólo puede ser enfrentado* si subimos a los siguientes niveles. En el segundo la discusión gira en torno a las concepciones deontológicas y *no-deontológicas* (122) de los derechos. Acudiendo a la segunda opción nos invita a tomar en cuenta las particularidades de cada caso concreto, mediante la idea de que las posiciones normativas justificadas con razones válidas y suficientes, se convierten en derechos subjetivos, siempre y cuando **(c) su no reconocimiento injustificado le ocasione un daño inminente al titular del derecho**. Por eso, estamos frente a una propuesta para la cual no se trata de una objetividad abstracta o universal de los derechos, independiente de la situación, sino que es la *urgencia de la situación concreta*, el criterio decisivo para determinar cuándo una proposición jurídica propia de este lenguaje está objetivamente justificada.

Pero como lo recalcan sus críticos, el autor no niega que “(1) *la ponderación depende en sus resultados de premisas conceptuales ajenas a su control*”. Esto nos muestra que nos hace falta, aún, subir un nivel más. Hace falta avanzar al nivel desde el que se definen los derechos fundamentales como derechos subjetivos **(d) con tan alto grado de importancia que no pueden depender de las decisiones políticas mayoritarias**. Esta característica de los derechos nos conecta con la idea de la dependencia filosófica de la ponderación (Arango, 2008:123). Se trata del nivel de la fundamentación filosófica de los derechos. Se trata del nivel que evidencia la continuidad entre *el derecho, la teoría política y la filosofía moral*.

Aunque en dicho nivel las limitaciones de la ponderación resulten inocultables, en tanto, en nuestro mundo de crítica a la racionalidad el problema de las antinomias no puede ser completamente resuelto, este no es un mecanismo inútil. Así como tales debilidades resultan develadas, la utilidad de la ponderación también resulta evidente: aunque nos hallamos frente a un método que “*no garantiza una única respuesta correcta en cada caso (...) la ponderación excluye respuestas manifiestamente incorrectas* (se trata de un método que nos) *remite a un nivel de tolerancia que no debe ser traspasado*” (Arango, 2008:126).

Son estas las premisas correctas de las que nos habla el autor. Son estas las premisas que justifican en un mundo posmetafísico a los derechos fundamentales como límites a la democracia, en tanto asuntos de la máxima importancia: las emociones morales. Emociones como el rencor, la indignación, la rabia, la envidia, el resentimiento o la vergüenza, resultado de la creciente sensibilidad hacia el sufrimiento humano; resultado de eso que para Judith Shklar caracteriza lo que significa ser liberal, la creencia en que “*la crueldad es la peor cosa que [los hombres] pueden hacer*” (Rorty:92); tales emociones señalan el nivel de tolerancia admisible frente a las

decisiones políticas democráticas. Para explicar en qué consiste este fundamento de los derechos, el autor acude a la fórmula de Gustav Radbruch “*ley extremadamente injusta no es derecho*”. Dicha fórmula, nos dice:

señala un nivel de (in)tolerancia que muestra la relevancia de la emociones para el derecho, en particular para la teoría de los derechos humanos. Lo extremadamente injusto ofende nuestra sensibilidad, rebasa nuestro nivel de tolerancia, nos lesiona y es, por tanto, rechazado. (...) El carácter extremadamente injusto de un acto lo excluye del amparo en la legalidad. Esto porque tanto el estado intencional del agente del acto injusto extremo, como el estado intencional de quien lo juzga inciden en la calificación de la conducta. Es más, la decisión moral o jurídica podría no ser correcta si la emoción moral correspondiente no guiara nuestro juicio. (Arango, 2008:53).

Es por ello que en un mundo postmetafísico la objetividad de los derechos resulta posible. Porque entender los derechos como razones normativas válidas y suficientes cuya adjudicación es posible mediante procedimientos objetivos (primer nivel), vinculados desde una concepción *no-deontológica* con la tesis de la urgencia (segundo nivel), y fundamentados filosóficamente desde las premisas *correctas*, con las emociones morales (tercer nivel), permite concebirlos como aquellas fronteras que limitan las decisiones políticas de las mayorías, “*cuyo criterio de validez es extraído de la experiencia histórica y cultural de aumento en la sensibilidad humana frente a los actos atroces*” (113).

Como lo advierte el autor, esta vía es aún incipiente (Arango, 2008:63). Sin embargo, para aquellos de nosotros que compartimos tal horizonte de sentido, para aquellos que estamos convencidos de que la crueldad es lo peor que podemos hacer los seres humanos; para quienes no aceptamos ninguna justificación de la crueldad, ni la revolución ni la defensa de un estado de cosas; esta vía nos abre una esperanza, una esperanza para que *a pesar de nuestra condición humana, demasiado humana*, sigamos soñando con que el lenguaje de los derechos no sólo nos mueva a todos los hombres hacia la solidaridad, a vernos a todos como parte de un “nosotros”, sino soñado con que en él tenemos una barrera infranqueable para cualquier voluntad política –aún la de las mayorías– que pretenda vulnerar los límites de lo moralmente tolerable.