
Reseñas bibliográficas

CARLOS BERNAL PULIDO. *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, 871 pp.

Con su imponente obra *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales* CARLOS BERNAL PULIDO, actualmente profesor de la Universidad Externado de Colombia, ha irrumpido en el debate teórico internacional sobre uno de los temas más complejos y controvertidos de la interpretación constitucional: el criterio más adecuado para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el Legislador, como reza el subtítulo de su trabajo.

En otras palabras: de qué manera puede un Tribunal o Corte Constitucional, en ejercicio de la función de control de constitucionalidad de las leyes que le ha sido encomendada, interpretar racionalmente los derechos fundamentales, especialmente en los llamados “casos difíciles”, o sea, cuando no baste con el simple cotejo entre la norma constitucional y la ley que se supone violatoria, esto es, el conocido método de la “subsunción”, particularmente en las situaciones, no infrecuentes, de colisión de normas y principios constitucionales.

La proporcionalidad en sentido amplio es la misma ponderación, mientras que en sentido estricto es uno de los subprincipios de la misma, junto con la idoneidad y la necesidad. Como lo explica el autor, no es ninguna novedad, pues sus orígenes se remontan a la filosofía práctica griega y al derecho romano y se utilizó muchas veces después, en el campo del derecho penal y civil. La novedad ha consistido en su ampliación a la órbita del derecho público.

El mayor propugnador y fundamentador del principio de proporcionalidad es hoy el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Kiel,

ROBERT ALEXY, ya popular en los círculos judiciales y universitarios colombianos, gracias a las visitas académicas que ha realizado a la Universidad Externado de Colombia y a la difusión de algunas de sus obras.

La impronta de las concepciones de ALEXY es sin duda grande en el libro que comentamos, pero eso no disminuye su originalidad ni los valiosos aportes de BERNAL PULIDO en el empeño de sacar adelante su hipótesis general, que podemos resumir así: el principio de proporcionalidad es el más adecuado como criterio para la finalidad ya señalada, o sea la de fijar el contenido de los derechos fundamentales y para fundamentar las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes que afectan esos derechos.

La investigación corresponde a la disertación doctoral realizada en la histórica Universidad de Salamanca, elaborada durante más de cinco años de ardua tarea, y que culminó distinguida con el *summa cum laude* y el premio extraordinario de doctorado del año 2002. Su director fue el profesor JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO, quien en generoso prólogo reconoce la influencia definitiva de la doctrina y jurisprudencia alemanas en la vía seguida por BERNAL, sin menoscabo del recurso a providencias y tesis sustentadas por autores españoles.

Un amplio espacio ocupa la primera parte, luego de algunas precisiones conceptuales, históricas y filosóficas, con la función del principio de proporcionalidad y su crítica. Ello lo lleva, en primer término, al análisis de la estructura de los derechos fundamentales y del control constitucional desde la perspectiva de los mismos derechos, para llegar al meollo de todo el trabajo: el principio de proporcionalidad como criterio estructural para la concreción y la fundamentación de las normas adscritas de derecho fundamental. Con el nombre de normas adscritas se designa, para diferenciarlas de las normas estatuidas, una clase de normas construi-

das en el proceso de la interpretación y que resultan indispensables para poder aplicar el principio de proporcionalidad. Sobre este tópico hay extensas elucubraciones del autor, imposibles de reproducir aquí, que reflejan su convicción de las dificultades y objeciones que suscita la denominación misma de “norma” y la función que desempeña.

De allí resulta que «el principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el paso que se recorre desde la norma directamente estatuida hasta la concreción y la fundamentación de una norma adscrita. En otras palabras, el principio de proporcionalidad se aplica cuando se debe concretar y fundamentar una norma adscrita de derecho fundamental» (p. 132).

La conclusión de esta primera parte es la de que «el principio de proporcionalidad, en cuanto criterio para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador, cumple la función de estructurar la concreción y la fundamentación jurisdiccional de las normas adscritas de derecho fundamental en los casos difíciles» (p. 156). Por supuesto, a ello se llega luego de un elevado esfuerzo de teorización y del recurso a una abundante gama de sentencias, teniendo en cuenta que la aplicación del principio de proporcionalidad es uso corriente en buena parte de los tribunales europeos nacionales y transnacionales. Lo cual por sí solo no es suficiente prueba de su racionalidad y adecuación privilegiada, como se encarga de advertirlo el propio BERNAL PULIDO.

Viene un segundo y extenso capítulo contentivo de las principales objeciones a la aplicación del principio de proporcionalidad. Aquí y más adelante en la Segunda Parte (Criterios alternativos al principio de proporcionalidad), tendrá que medir sus fuerzas el autor con pesos pesados de la filosofía y el derecho no sólo en Europa, sino también del nivel internacional. Algunas de esas objeciones son especialmente impresionantes: irracionalidad, subjetividad en la aplicación de ese principio e ilegitimidad de la jurisdicción para utilizarlo. Es un aspecto que entre nosotros y a raíz de la institución en 1991 de la Corte Constitucional y de la expedición de algunos fallos, en especial los de carácter económico o social, ha sido motivo de debate, sobre todo en cuanto al último punto, el relativo a la delimitación de su competencia, para evitar, según los críticos, que sobrepase sus estrictas funciones de control y por medio de ese criterio o de otros semejantes vaya en la interpretación más allá de las normas constitucionales, sustituyendo al órgano democráticamente encargado de producir las normas generales, o sea al Congreso.

Lo curioso en el caso colombiano es que la tensión Corte–Congreso no ha sido promovida por éste, sino más bien por el órgano ejecutivo o por entidades privadas o públicas que se sienten recortadas o amenazadas por la intervención judicial en campos que consideraban de su exclusivo monopolio.

Pero volvamos a los objetos del principio de proporcionalidad. En este espacio apenas cabe mencionarlos: E. W. BÖCKENFÖRDE (el principio no es un criterio objetivo y racional para resolver las colisiones de derechos fundamentales); B. PIERROT y B. SCHLINK abundan en la misma crítica; W. LEISNER (falta de claridad conceptual; se proponen soluciones mediante la ponderación que no son susceptibles de control jurídico); L. HIRSCHBERG (la ambigüedad hace que ese principio carezca de significado preciso, es un criterio vacío, al igual que expresiones como razonable, idóneo, adecuado, necesario, etc.); T. ALEXANDER ALEINIKOFF (es irracional por la comparación de magnitudes radicalmente diferentes que son por ello inconmensurables); D. GRIMM, R. GUASTINE (entre muchos otros, lo rechazan como “rudimentario” y por conducir a soluciones imprevisibles y particulares –jurisprudencia del caso concreto–).

Otras visiones son las de quienes, como J. H. ELY, propugnan por un control restringido a vigilar el cumplimiento de los procedimientos democráticos en la producción de las normas. O, en contraposición, la de quienes pregonan el control material de la ley. Una posición extrema es la del destacado jurista estadounidense R. DWORKIN, para quien los jueces están en la obligación de encontrar la “única” respuesta correcta que contiene cada norma iusfundamental, por medio de una lectura que tenga en cuenta los «principios morales acerca de la decencia política y la justicia» implícitos en cada uno de esos derechos fundamentales. Esto tiene como consecuencia un marginamiento del Parlamento y una desconfianza en el principio de mayoría en el que se funda la democracia.

En el sistema de BERNAL PULIDO, después de la presentación de las objeciones de la manera más exacta posible, dentro de la necesaria reducción que exige el texto, ya de por sí suficientemente extenso, entra a hacer, a su vez, la crítica de tales objeciones. Una de las mayores insistencias en este respecto es la de la racionalidad del principio de proporcionalidad, a fin de despejar dudas sembradas por los opositores. Esto termina con la exposición de unas reglas de coherencia, antes de concluir ese capítulo.

Los criterios alternativos, que se desarrollan en la Segunda Parte, en más de 230 páginas, corresponden

parcialmente a los objetores señalados, pero también a otros de notoria importancia, como JÜRGEN HABERMAS, FR. MÜLLER y JOHN RAWLS. En ese largo aparte las posiciones o criterios alternativos son clasificados en: liberales, democráticos y del Estado Social. Ello obliga al autor a remontarse a los fundamentos filosóficos de la teoría liberal hasta llegar a RAWLS, para concluir la insuficiencia de dicha teoría para determinar el contenido de los derechos fundamentales, no sin antes reconocer sus invaluable aportes.

La segunda teoría material, la democrática, es estudiada sobre todo en la perspectiva de HABERMAS, luego de la inevitable excursión a los fundamentos filosóficos contractualistas. La teoría democrática central es resumida así: «De acuerdo con lo anterior, la tesis básica de la teoría democrática de los derechos fundamentales señala que las facultades morales de la persona democrática se convierten, bajo el imperio de la Constitución, en posiciones democráticas de derecho fundamental, cuyo titular es el ciudadano. Esta tesis tiene importantes consecuencias para la determinación del contenido de los derechos fundamentales» (p. 313).

La insuficiencia de esta teoría radica, según BERNAL, en que «no puede pretender que las posiciones de derecho fundamental derivadas de este principio (democrático) sean las únicas vinculantes para el Legislador, ni que tengan atribuida una jerarquía superior a las posiciones procedentes de las libertades y de los derechos de prestación» (p. 343).

Por último, la teoría del Estado Social, cuya configuración jurídica fue iniciada por HERMANN HELLER en vísperas del ascenso de HITLER, la destrucción del Estado de Derecho y el destierro del propio HELLER. El debate en torno al carácter de derechos fundamentales de los derechos sociales parece ya estar superado en lo esencial, aunque persisten diversas tesis sobre su calificación y alcance. En este particular la posición de ROBERT ALEXY en su teoría de los Derechos Fundamentales me parece bastante realista¹.

La conclusión de BERNAL PULIDO con relación a las teorías materiales analizadas se resume así «... las normas y posiciones que se derivan de la interpretación de las disposiciones iusfundamentales a la luz de las teorías materiales, sólo pueden ser consideradas como normas y posiciones con validez *prima facie*».

En cuanto a la teoría democrática, vale la pena indicar que HABERMAS sugiere que el control abstracto de constitucionalidad de las leyes se incluya como una fase más del procedimiento legislativo. Él arremete contra la “jurisprudencia de valores” en *Facticidad y validez*².

En el recorrido de la obra comentada vemos que todos los procedimientos propuestos se tachan recíprocamente de no suficientemente racionales. Es una de las tesis centrales de BERNAL, reiterada a través de la obra: las alternativas al principio de proporcionalidad no han demostrado ser más “racionales” que éste.

La Tercera y última parte se intitula “Status, fundamento y estructura del principio de proporcionalidad”. Es aquí donde es mayor el despliegue argumentativo del autor y donde se refina más su esfuerzo teórico, con el fin de demostrar la “racionalidad” del principio de proporcionalidad, lo que induce a aclarar su estatus jurídico, a pesar de no tratarse de un principio constitucional. No es un criterio asimilable a los principios generales de derecho, sino «el criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador», como se ha sostenido desde el comienzo. En esto entra a jugar un papel la distinción entre reglas y principios, inicialmente propuesta por DWORKIN y posteriormente modificada y diferenciada por ALEXY.

El fundamento del principio de proporcionalidad cubre una extensa sucesión de tesis (51) que se van desprendiendo de los análisis formulados hasta ahora y muchos otros, para llegar a lo que se estima fundamento constitucional de su «carácter como correlato de las normas iusfundamentales de principio...» (p. 609).

De otro lado, la estructura del principio, que es la parte definitiva de la investigación, es presentada descriptivamente, recurriendo a las experiencias de la jurisdicción constitucional en su ejercicio, pero también con la aspiración a ser normativa para su aplicación. De ser aceptadas tales reglas constituirían la guía de acción de una Corte o Tribunal dispuesto a elegir un criterio único o predominante de interpretación de las prescripciones iusfundamentales. Se conciben así 87 reglas de argumentación. Corresponde a un buen lector seguirlas con el mayor cuidado, en homenaje a la dedicación y desvelo del autor. Su utilidad práctica deberá ser probada por los jueces.

La conclusión general de la obra es menos enfática de lo que pudiera hacer suponer el texto mismo y ésto es mérito del investigador científico. Allí se dice que, a pesar de que la aplicación del principio de proporcionalidad «no constituya un procedimiento objetivo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el Legislador, si cumple en la mayor medida posible, y en comparación con los criterios alternativos, las exigencias de racionalidad y de respeto de las competencias del Parlamento» (p. 805).

La propuesta final es la de «refinar la estructura del principio de proporcionalidad o tratar de construir una alternativa metodológica mejor», dejando así la puerta abierta para una solución que no despierte tantas resistencias y resulte inobjetable en cuanto a su racionalidad y objetividad. Un ideal que hasta ahora no se ha logrado.

Personalmente, con toda la admiración que me despierta el trabajo de CARLOS BERNAL PULIDO y de su maestro de Kiel, el profesor ROBERT ALEXY, sigo albergando dudas con respecto al principio de proporcionalidad, probablemente originadas en el parecido de familia con la dosis de iusnaturalismo inyectadas al constitucionalismo contemporáneo, que fácilmente puede conducir a la arbitrariedad judicial, por la vía de una interpretación constitucional sin restricciones, o encubierta en ficciones argumentativas.

Por ejemplo, la tesis de la “corrección”, que se considera íntimamente ligada con el principio de proporcionalidad, no equivale a nada distinto que a la introducción de la moral o la justicia en el análisis de la norma jurídica. Decidir sobre lo moralmente “correcto” o justo pertenece a la esfera de las convicciones privadas, entre otras razones por la pluralidad de concepciones morales y de justicia. No es posible decidir científicamente o racionalmente qué es lo “correcto” o justo, y de ahí el campo de subjetividad que quedaría a la decisión judicial, si está sometida a esa exigencia de “corrección”. Si la moral predominante en el Tribunal o Corte resuelve que una norma estatuida no es moralmente correcta, no la aplicará, desconociendo de tajo una ley válida o, en caso de colisión de normas constitucionales, colocando por fuera, en una arbitraria jerarquía valorativa, aquellas que en su idea de moral o de corrección resulten inferiores. BERNAL PULIDO, al igual que ALEXY, han esgrimido multitud de argumentos para desvirtuar que esto sea así, pero eso no elimina por completo las objeciones a causa de ese residuo de subjetividad y posible arbitrariedad enunciados.

Es preciso decir, sin embargo, que el positivismo jurídico crítico sostenido por HANS KELSEN no comparte el criterio del positivismo ortodoxo, según el cual es posible para el aplicador del derecho llegar a una interpretación adecuada por la vía «del puro procedimiento silogístico y sin recurrir a medidas de valor extrajurídicas por la simple deducción de las normas generales»³.

Por el contrario, la Teoría Pura del Derecho recalca la necesidad de una apertura estructural, «y la imposibilidad de fijar la determinación plena del derecho del escalón inferior próximo en el escalonamiento jurídi-

co»⁴. Esto implica que la determinación es producto de una decisión, en último término arbitraria o, mejor, resultado de una decisión subjetiva de la voluntad del ejecutor del derecho. Pero tiene la ventaja de que éste asume la responsabilidad de la decisión, sin encubirla en un método supuestamente “correcto”.

A pesar de cualquier reserva, no vacilo en afirmar que el libro de CARLOS BERNAL sobre el principio de proporcionalidad es lo mejor que hasta ahora se ha escrito en castellano sobre el tema.

El establecimiento de la Corte Constitucional en Colombia a partir de 1991, siguiendo, así no fuera completamente, la idea de HANS KELSEN primeramente realizada en la Constitución austriaca de 1920, ha representado un enorme avance en la dinamización del derecho y muy en especial del respeto y aplicación de los derechos fundamentales liberales y sociales y se ha constituido en una pieza central del Estado social de Derecho. El equilibrio entre la Corte y el Parlamento, de otra parte, que también preconiza el profesor BERNAL PULIDO, es igualmente un elemento insustituible para la construcción del Estado democrático constitucional y de derecho.

Por la índole misma de este tratado, y el ámbito territorial donde fue escrito, Colombia aparece marginada de él, si bien es cierto que sus lecciones son de gran utilidad en nuestro medio. Pero tengo la certidumbre de que el profesor BERNAL desarrollará sus tesis con referencia a la realidad del país, de sus instituciones y, no en último término, de sus cruciales problemas. Esta primera gran obra, que ha recibido los honores de la publicación y difusión en Europa, es apenas el inicio de una actividad que se anuncia promisorio en el futuro próximo.

Finalmente, quisiera decir que estas breves consideraciones tienen como objetivo principal hacer un llamamiento a los juristas colombianos, en particular los profesores de derecho constitucional y filosofía del derecho, para que intervengan en un debate en torno a las tesis y propuestas de este libro, pues resulta lamentable que la ausencia de una comunidad académica lleve a silenciar trabajos que en otras latitudes despiertan las más enconadas controversias y el respeto de los medios judiciales y universitarios. Y no me refiero exclusivamente a la investigación de CARLOS BERNAL PULIDO, sino también, junto con ésta, a varias otras publicaciones que en los últimos años han estado enriqueciendo el acervo de la teoría jurídica.

LUIS VILLAR BORDA
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad Externado de Colombia

1. ROBERT ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Capítulo 9.º. Trad. de ERNESTO GARZÓN VALDÉS. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

2. JÜRGEN HABERMANS. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Mein: Suhrkamp, 1992.

3. HORST DREIER. *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. 2. Baden-Baden: Nomos, 1990, pp. 145 ss.

4. Con respecto a la ponderación, HANS KELSEN nos dice en la *Teoría Pura del Derecho*, 1.ª ed. Buenos Aires: Losada, 1946 y reitera en la 2.ª ed. (1960): «En particular, esa medida no ha de ser extraída de la norma a interpretarse, o de la ley que la contiene, o del orden jurídico integral, como piensa la teoría de la llamada “ponderación de intereses”. Pues la necesidad de una “interpretación” se sigue precisamente del hecho de que la norma a aplicarse o el sistema de normas deja abiertas muchas posibilidades, es decir, que no contiene una decisión acerca de cuál de los intereses en juego es el más alto en valor; más bien deja librada la determinación de la jerarquía de los intereses a un acto de producción normativa a realizarse en la sentencia judicial, por ejemplo».

RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n.º 33. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, 271 pp.

Como bien lo presenta el profesor LUIS VILLAR BORDA, *Derechos, constitucionalismo y democracia* está conformado por una serie de ensayos sobre estos temas y otros que se les relacionan íntimamente, guiados por el hilo conductor de un pensamiento maduro en filosofía política y filosofía del derecho.

Producto de una compilación más bien aleatoria, se publica en la serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho un agregado de ocho conferencias sobre filosofía política, teoría jurídica y derecho constitucional preparadas por el profesor RODOLFO ARANGO en el periodo comprendido entre los años 2000 a 2003. A pesar del hecho contingente de la compilación, de la heterogeneidad de escenarios para los cuales las conferencias fueron preparadas y de la diversidad de los temas abordados, la publicación presenta una consistencia interna especial, reflejo de los influjos teóricos y de las preocupaciones ideológicas que inspiran el discurso del autor.

Como características generales de la compilación cabría resaltar la riqueza bibliográfica de la que se

nutren las conferencias, en especial el diálogo frecuente con algunos de los planteamientos de los más destacados autores de la filosofía política contemporánea; las constantes y juiciosas referencias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en donde se combinan las cuestiones teóricas con los desarrollos prácticos a nivel judicial en una tarea discursiva bastante elocuente; y finalmente, la defensa de una concepción social del Estado y de sus instituciones básicas, en donde un importante esfuerzo de fundamentación teórica se confunde con elementos de una apasionada defensa ideológica. Filosofía política contemporánea, jurisprudencia constitucional y defensa teórica e ideológica de las instituciones sociales del Estado son, pues, los ingredientes principales de la compilación.

Ahora bien, lejos de pretender discutir si entre los ensayos de la compilación existe o no un hilo conductor, o si se puede defender en mayor o menor medida la coherencia y consistencia interna de los trabajos, mi interés en la presente reseña se orienta a desarrollar una de las inquietudes, que parece constante, del profesor ARANGO, y es la relacionada con la necesidad de «claridad conceptual» y de «construir una dogmática adecuada» en torno al concepto de derechos fundamentales, y en especial de los derechos sociales fundamentales. Creo que algunas reflexiones en torno a esta inquietud podrían reflejar lo que eventualmente constituiría, si no un hilo conductor, sí un punto de referencia recurrente a lo largo de los ocho capítulos que componen la publicación.

Este camino aparece predeterminado por las palabras del autor, quien afirma que «uno de los principales enemigos de la defensa de los derechos humanos es la falta de claridad conceptual» (p. 25, cap 1.º); que insiste en la necesidad de «construir un derecho social que nos permita asegurar las condiciones jurídicas y materiales necesarias para avanzar en un verdadero pacto de paz» (p.90, cap 2.º); y que asegura que «El subdesarrollo no sólo se sufre en términos económicos sino también en términos conceptuales» (p. 217, cap 7.º). Veamos pues algunas ideas en torno al concepto de derechos fundamentales en el marco de las conferencias que componen la publicación.

En el primero de los capítulos del libro, el autor se ocupa de las dimensiones histórica y filosófica de los derechos humanos (emplearé indistintamente el término derechos humanos y derechos fundamentales, a pesar de reconocer también con el autor, que estos últimos son aquéllos, pero positivados en los ordenamientos jurídicos estatales) y, con base en ellas, señala algunas consecuencias prácticas frente al ordenamiento jurídico colombiano. Además de la impor-

tancia descriptiva del ensayo, la presentación de las posturas fundacionalistas y no fundacionalistas en torno a los derechos humanos tiene una especial importancia en función de una aproximación conceptual adecuada de los derechos fundamentales.

Una clave la encuentro en la referencia a la ética discursiva y la fundamentación de los derechos, sobre la base del análisis del lenguaje. Siguiendo a TUGENDHAT (*Lecturas sobre ética*, 1993), ARANGO indica que «el prototipo de los derechos subjetivos son los derechos especiales. Bajo derechos especiales comprende aquellos que son otorgados mutuamente por personas concretas, y como tal, son relativos y demandables [...] La manera como se crean derechos especiales revela en qué consiste la práctica social del otorgamiento de derechos. Un derecho subjetivo no es sino el poder que otorgamos a otro para que, en virtud de una obligación correlativa y en caso de incumplimiento, pueda exigir de nosotros su cumplimiento» (p. 37, cap. 1.º).

Considero que la idea de concebir los derechos humanos como relaciones constituye al menos un punto de partida seguro en el largo camino de la clarificación conceptual. Además de la importancia ideológica que este elemento representa, ya que «concebir los derechos como relaciones evita que estos sean tratados como algo disponible, fungible, transable, o prescindible» (p. 26, cap 1.º), la idea de la relatividad de los derechos permitirá especificar cómo funcionan en la práctica jurídica lo que llamamos “derechos fundamentales” y en qué medida dicho concepto comprende múltiples relaciones jurídicas, en las que se pueden identificar diversas posiciones activas y diversas posiciones pasivas derivadas de un mismo contenido de derecho fundamental. En efecto, la posición normativa de derechos fundamentales no sólo concede a los destinatarios de las normas una posición activa, de derecho subjetivo, y pasiva, de deber jurídico correlativo, sino que puede incluso crear otras relaciones jurídicas, como por ejemplo, la de inmunidad e incompetencia, o la de potestad y sujeción.

En qué medida una disposición de derecho fundamental crea estas relaciones en las prácticas jurídicas cotidianas depende de los hechos que activan o crean estas relaciones y de los contextos normativos en que se actúa. Así por ejemplo, en el caso del derecho a la educación, existirá un derecho subjetivo y un deber correlativo en relación con el acceso al servicio en condiciones de calidad (por lo menos hasta el grado 9.º de educación básica y hasta los 15 años de edad), pero una vez media la prestación del servicio, existe una relación de inmunidad y de incompetencia en función de la permanencia, de tal forma que, por

ejemplo, las autoridades escolares no podrán privar del servicio de educación a un menor, amparados en argumentos económicos (por ejemplo, por el no pago de la pensión mensual). Es decir, de un solo enunciado de derechos fundamentales pueden surgir varias relaciones (en las que existen posiciones activas y pasivas), como sería la de derecho subjetivo y deber correlativo, o la de inmunidad e incompetencia correlativa, como vimos en el ejemplo.

De otra parte, si bien es cierto que el problema que pretende resolver TUGENDHAT es el de la fundamentación filosófica de los derechos humanos, no consideré pertinente detenerme en este punto, pues me alejaría de mi propósito inicial; esta referencia la consideré útil en la medida en que es a partir de un análisis de los usos del lenguaje de los derechos (humanos o fundamentales), a la manera en que el filósofo alemán lo practica, como se puede avanzar en la búsqueda de claridad conceptual.

En este proceso de clarificación vale la pena también rescatar otras dos de las ideas básicas de ARANGO en torno al concepto de derechos humanos: por un lado, la de descartar la creencia errónea de que los derechos humanos se reducen a las libertades básicas frente al Estado, y en su lugar afirmar que los derechos, en su calidad de relaciones, también cumplen la función de facultar a su titular para exigir del destinatario conductas positivas; y de otro lado, que los derechos humanos, como relaciones, tienen como principal destinatario el poder y la fuerza de otros, y que en este sentido, los derechos humanos también funcionan como un límite al ejercicio del poder de acción o de omisión, no sólo de los agentes estatales sino también de los particulares (pp. 26 a 27, cap 1.º). Estas ideas se repiten con una mayor elaboración en el capítulo sobre la Constitución Económica (pp. 180 a 182, cap 6.º).

Otro aspecto importante en relación con la reunión de las notas características o definitivas de los derechos fundamentales está relacionado con el llamado constitucionalismo moderno o movimiento constitucional. Para ARANGO, el “constitucionalismo” es un «planteamiento político que pretende trascender el legalismo y hacer que los sistemas jurídicos respeten ciertos valores materiales, entre ellos la democracia y los derechos humanos, para lo cual se hace necesario la creación de cortes constitucionales encargadas de contribuir a la realización de dichos valores» (p. 61, cap 2.º).

En efecto, el segundo de los capítulos del libro ofrece un planteamiento bastante interesante en relación con el contexto institucional, axiológico y de política económica internacional en que se pretende

una realización integral de los derechos. ARANGO sugiere, por ejemplo, que a la globalización de la economía mundial deben seguir muy de cerca la globalización de los demás productos de la cultura, entre ellos la idea de la formulación de una Constitución mundial, la creación de un tribunal social internacional y la implementación de medidas globales para enfrentar la pobreza y la exclusión.

El segundo de los ensayos (“Constitucionalismo, Estado social y realización integral de los derechos”) inicia con la presentación de los enfoques constructivista y deconstructivista en función de las posibilidades reales con que cuenta el constitucionalismo local para hacer frente al fenómeno de la globalización económica. No obstante las evidentes dificultades, ARANGO es optimista en la medida en que se tome en serio la idea de fortalecer el Estado social de Derecho como único medio para la realización de todos los derechos humanos. Para ello propone tres estrategias: la resistencia constitucional, la participación democrática y el control judicial de las políticas públicas. La operatividad de estas estrategias aparece respaldada con la cita de algunas decisiones de la Corte Constitucional en donde se protegen derechos sociales.

Para ARANGO, «la realización de los derechos sociales fundamentales es, entonces, el criterio por excelencia para evaluar la verdadera existencia de un Estado social de derecho» (p. 67, cap. 2.º). En un sentido similar, «De la mano con el modelo de Estado social de derecho van los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, no habiendo ya lugar para diferenciaciones entre derechos de primera, segunda y tercera generación, en materia de su promoción y protección» (p. 69, cap. 2.º). La importancia de atender al contexto en que deben desarrollarse los derechos sociales permite aterrizar y hacer factibles los diseños institucionales necesarios para ello; así, el fortalecimiento del Estado social de Derecho, la defensa del Constitucionalismo y la promoción a nivel internacional de un concepto social del derecho son presentados como mandatos imperativos en dicha tarea.

De otra parte, si bien los desarrollos dogmáticos de los tres primeros capítulos son en alguna medida importantes en relación con la construcción de una teoría social de los derechos, es en el cuarto capítulo (y también en el séptimo) donde el tema aparece tratado con mayor riqueza; el cuarto capítulo (“Derecho, constitucionalismo y democracia”) no sólo le da el nombre a la publicación, sino que constituye la médula (aunque precaria) del aporte teórico de ARANGO sobre una concepción social del derecho.

En el capítulo cuarto, el autor se vale de varias ideas

clave, o mejor, de varios postulados de la teoría general de los derechos, para construir su propio marco teórico. Estas ideas son: la teoría de los márgenes de acción, la tesis cognoscitiva de los derechos, la problemática de la pobreza y su relación con los derechos y el modelo de Estado, la objetividad de la decisión judicial al amparo de una postura consecuencialista, y la defensa de una judicatura de minimalismo moral.

En las ideas de ARANGO encuentro varias virtudes que constituyen un aporte importante para una construcción teórica que pueda responder de manera más o menos satisfactoria a los graves problemas asociados a la pobreza, la marginalidad y la exclusión. Aunque parece un asunto obvio, señala algunas ideas que apuntan a la insuficiencia de las teorías clásicas de los derechos, e incluso al propio concepto clásico de derecho. El punto es determinante: no existe un modelo teórico, ni de los derechos ni del derecho, lo suficientemente adecuado para responder de manera satisfactoria a los problemas asociados a la pobreza y la marginalidad. Incluso, las posiciones más emblemáticas del liberalismo político adolecen en este sentido (ARANGO no ahorra oportunidad para denunciarlo así, por lo menos tal es el caso del liberalismo político de J. RAWLS (p. 70, cap. 2.º y p. 134, cap. 4.º) y de la democracia deliberativa de J. HABERMAS (p. 128, cap. 4.º). Ahora bien, no me atrevería a afirmar cuál sea el nivel de éxito que ARANGO alcance en este sentido, ni tampoco la pertinencia de las críticas presentadas; la virtud la encuentro más en el cambio de óptica que propone; en replantear los problemas sobre los diseños teóricos e institucionales en términos más adecuados (o más realistas) para los nacientes teóricos del llamado tercer mundo. Comparto la idea según la cual no es admisible que el subdesarrollo conceptual siga orientado por un colonialismo o por un conservadurismo conceptual.

Otra de las ideas sugestivas del autor es la de pretender derivar la objetividad de las decisiones judiciales en análisis de tipo consecuencialista. Esta idea constituye un desafío a las concepciones tradicionales del derecho. Ahora bien, es difícil afirmar que el desarrollo de esta postura sea el más profundo (el espacio de una conferencia no lo permite), ni tampoco el más adecuado (creo que el ejemplo de la protección del derecho a la educación del niño mendicante que trabaja es insuficiente y deja muchas preguntas sugeridas); rescato en cambio, la orientación de ARANGO en la posibilidad de una construcción teórica más juiciosa a partir de la modificación de los patrones clásicos del derecho entendido como una técnica normativa.

Por último, encuentro en la defensa de una judicatura moralmente minimalista otra interesante idea por explotar. Esto, al lado de una teoría de los márgenes de acción (para la definición de las competencias entre legislador y Corte Constitucional, y Administración y juez constitucional), señala otro de los puntos en los que urge una construcción teórica de mayor envergadura: la de la función del juez constitucional. El modelo clásico de la separación de los poderes hizo crisis hace ya varias décadas, las críticas enardecidas contra el llamado activismo judicial pueden verse perfectamente como una consecuencia más que obvia de las profundas transformaciones institucionales del derecho y de la necesidad de elaborar modelos explicativos y justificativos frente a una realidad social y normativa diferente. En este sentido, considero afortunada la obra de ARANGO, en la medida en que velada o reveladamente propone también algunos elementos para una nueva teoría de la función judicial, que en su caso está obviamente vinculada con una concepción social del derecho.

No obstante las anteriores virtudes, también considero que algunas de las propuestas en torno a la teoría social de los derechos no son adecuadas ni funcionales.

La primera de las ideas a discutir es la del concepto de derecho subjetivo que parece estar a la base de toda su construcción teórica. Para ARANGO, «un derecho subjetivo es una posición normativa basada en razones válidas y suficientes, cuyo no reconocimiento injustificado amenaza causar un daño inminente a su titular»; aunque él mismo reconoce la imposibilidad de entrar a defender esta definición, se conforma con indicar que su teoría «es sensible a la realización humana porque parte de las diferencias de competencias y condiciones de las personas y evita que las desventajas naturales o sociales se conviertan en limitaciones objetivas al reconocimiento y goce de los derechos» (p. 120, cap. 4.º).

Frente a esta definición de derechos subjetivos habría que indicar lo siguiente: (i) que según el contexto, es una definición pensada en función de la idea de los derechos subjetivos derivados de las normas de derechos sociales fundamentales; en este sentido no parece constituir una definición adecuada para todo tipo de derechos subjetivos, como por ejemplo los derechos subjetivos de carácter patrimonial (en los cuales el «daño inminente» estaría sujeto a diferentes connotaciones); (ii) que, como es obvio, la definición no es autosuficiente, ya que está plagada de palabras altamente indeterminadas (qué puedan ser «razones válidas y suficientes» depende de un

modelo de Estado y de ciertos patrones axiológicos; así mismo, qué pueda constituir un «daño inminente» depende de una definición de patrimonio y de una determinación de los criterios de oportunidad, que la definición no ofrece por sí sola); (iii) que no es muy clara la relación entre el concepto de derecho subjetivo y la idea de la «necesidad» de una acción judicial para su protección (¿acaso la existencia de una «posición normativa» supone la «facultad» o el «privilegio» de acudir ante un juez para obtener la debida pretensión o el objeto del derecho? Además, tampoco se indica de qué tipo de acción se trata, y ni qué decir de la clase de procedimiento o de la naturaleza del juez); este punto es de la mayor importancia, por lo menos en la discusión doctrinal sobre el concepto de derecho subjetivo; (iv) que el punto de mayor importancia en la definición de derecho subjetivo parece ser el de la posibilidad de que se realice un «daño inminente» sobre el titular (¿Qué sucede entonces con el contenido o con el objeto del derecho no afectado por la inminencia de un daño? ¿No estaríamos en este caso frente a un derecho subjetivo? ¿Qué tipo de derecho sería entonces un derecho semejante?).

La segunda de las ideas a discutir es la de la inminente contradicción entre una tesis consecuencialista y el pretendido minimalismo moral de la judicatura, en contextos de extrema pobreza y de marginalidad. Considero que esta contradicción se hace evidente en el ejemplo hipotético del derecho a la educación del niño mendicante: según ARANGO, el juez constitucional está en la obligación de amparar el derecho a la educación, no sólo garantizando el cupo en el establecimiento público de educación, sino también los recursos necesarios para hacerlo efectivo ordenando el pago de una subvención a los padres del menor; sobre el punto concluye ARANGO que «las razones en contra: falta de presupuesto o de capacidad instalada y la responsabilidad de los padres, no justifican el no reconocimiento de dicha posición constitucional, ya que su no reconocimiento ocasiona un daño inminente a la persona, consistente en su exclusión de los beneficios del progreso y en la condena a la marginalidad social» (p. 122, cap. 4.º).

Por mi parte, considero que una posición consecuencialista implica una revisión integral de las circunstancias del caso en función de las condiciones de eficacia de la protección de la posición normativa afectada. Es decir, el juez tiene que prever de qué manera puede maximizar la protección del derecho, minimizando los costos asociados a la decisión, y decidir, según la sugerencia de ARANGO, inspirado en la necesidad de evitar un «daño inminente». Sin embargo,

una postura consecuencialista que merezca ser tomada en serio debe consultar no sólo el régimen jurídico de los derechos (configuración legal y reglamentaria, precedentes judiciales, fuentes internacionales), sino también el sistema general de la Constitución y las consecuencias sistémicas de las decisiones individuales; de lo contrario, terminará abriendo paso al maximalismo moral de la judicatura, y al maximalismo judicial por la amplia vía de las «razones válidas y suficientes».

Tengo la convicción de que el ejemplo de la protección ideal del derecho a la educación del niño mendicante permite demostrar los defectos de la teoría de los derechos de ARANGO. En primer lugar, desborda el régimen jurídico del derecho a la educación, en la medida en que crea una pretensión especial (llamo así a la subvención) en cabeza de los padres del menor, sin que exista una estructura administrativa y presupuestal para ello; en segundo lugar, no consulta el sistema de distribución constitucional de competencias, que precisamente busca institucionalizar (y no personalizar) el cumplimiento de los fines del Estado, entre los que se encuentra garantizar el goce de los derechos constitucionales de todos los habitantes; y en tercer lugar, desconoce el derecho a la igualdad de los niños que se encuentran en una situación similar, pero cuyo caso no es de conocimiento del juez constitucional: es una medida que no corrige la exclusión generalizada. ¿Significaría entonces que no existe alternativa de que el menor resulte sufriendo el «daño inminente» consistente «en la exclusión de los beneficios del progreso y la condena a la marginalidad social», ante la «imposibilidad» jurídica de conceder la subvención? Mi respuesta es definitivamente no. El juez en el marco del «constitucionalismo» tiene otras alternativas a la de ordenar una subvención; se me ocurre una, que el mismo ARANGO defiende bajo el sugestivo nombre de «resistencia constitucional» y es aquella de la revisión judicial de las políticas públicas (pp. 79 y ss., cap. 2.º); pero puede haber más, por ejemplo, los exhortos a las autoridades competentes para la protección de la niñez, o a la administración local encargada de la prestación de los servicios de educación; y qué no decir de las insustituibles ventajas de la movilización social y de una participación ciudadana orgánica, sólida y comprometida.

Considero clave para el correcto funcionamiento del Estado social de Derecho que el ejercicio de los derechos, de todos los derechos, incluidos los llamados derechos sociales fundamentales, se realice en los marcos institucionales de la Constitución, de la ley y

de los reglamentos. El divorcio entre Ley y Constitución no permitirá nunca el goce efectivo de los derechos por parte de todos los habitantes del territorio; como tampoco lo permitirá el desprecio por la parte orgánica de la Constitución y de la Ley. Existe en cambio la necesidad de perfeccionar las instituciones en función del cumplimiento de los fines del Estado; este papel de perfeccionamiento lo permite el propio sistema mediante la exigencia de respetar el principio de supremacía constitucional y la instauración de una jurisdicción constitucional sólida. Sin embargo, la Constitución no puede dar todas las respuestas, ni resolver todos los problemas, menos aún si mediante un mecanismo de protección concreto como una acción individual se busca que un juez resuelva el problema de la pobreza y de la marginalidad. Dichos problemas, debido a su naturaleza desafortunadamente estructural y generalizada, necesitan medidas combinadas también estructurales y generalizadas; mal haríamos, en defensa de una teoría social del derecho, en allanar el camino de buenas razones para un maximalismo moral de la judicatura. Los aportes y la presencia del juez constitucional son insumo invaluable frente al reto de combatir la pobreza y la marginalidad, pero son, y deben ser apenas pequeños aportes, guías seguras, luces; la gran tarea es de la sociedad en su conjunto y de la marcha armónica de todas sus instituciones.

La tercera de las ideas a discutir es la relacionada con la urgencia como factor determinante de la existencia de un derecho subjetivo. ARANGO dice defender «una tesis cognoscitiva de los derechos» la cual «coloca a la urgencia como constante fundamental para su reconocimiento por los jueces de la situación concreta de la persona que invoca su protección» (p. 130, cap. 4.º). Esta idea resulta apalancada en la defensa del goce de un derecho social mínimo, «no transable ni aplazable» por parte de todos los habitantes del territorio, que también es defendida por el autor.

Esta posición fue objeto de duras críticas que el propio ARANGO intenta refutar en el texto de su ensayo (cap. 4.º). Una de ellas consiste en que dado el énfasis en la urgencia, la defensa de la protección de los derechos sociales podría desembocar en una «posición miserabilista», en la medida en que «sólo son tutelables las situaciones de personas pertenecientes a grupos poblacionales marginados y no la de todas las personas de las que se predicán los derechos sociales» (p. 130, cap. 4.º). ARANGO se defiende de esta crítica bajo la idea de defender un minimalismo judicial, y un maximalismo político; para él, el ele-

mento de la “urgencia” permite un criterio objetivo de justificación y fundamentación de las decisiones judiciales que protegen mínimos cuando de vulneración de derechos sociales se trata: «es la forma de compatibilizar la función judicial con la dignidad humana y la democracia», considera. En mi opinión esta sería una alternativa razonable en relación con la necesidad de fundamentación objetiva de las decisiones judiciales, además, coherente con la concepción teórica e ideológica de ARANGO en relación con la necesidad de defender un derecho social de mínimos en materia judicial (p. 195, cap 7.º). No obstante, no puede confundirse la idea de la justificación objetiva de la decisión judicial, con la del concepto de derecho subjetivo, ni siquiera con la idea del derecho social subjetivo; considero entonces que la idea de urgencia debe desligarse del concepto de derecho subjetivo, sin que esto signifique que lo que se busca proteger conceptualmente con dicho elemento quede a la deriva. Una solución conceptual entre las varias disponibles (en construcción o por construir) está sugerida por la propia Corte Constitucional (Sentencias T-881 de 2002 y T-273 de 2003); la cualidad de fundamental de los derechos (sociales o no) depende de su configuración normativa con fuente directa en la Constitución o en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, y de su relación con el principio de la dignidad humana en términos funcionales. El énfasis se traslada de una supuesta urgencia, a los ámbitos normativamente determinados de la dignidad humana (autonomía individual, integridad física y moral, y condiciones materiales de existencia), y la condición de derecho subjetivo se hace depender de la determinada posición activa que pueda imputarse o atribuirse (adscribirse) a los referidos ámbitos de protección de la dignidad humana en términos funcionales. Lo anterior permite salvar el problema de la “urgencia”, frente al concepto de derechos sociales subjetivos que es problemático, pero mantener la “urgencia” como elemento objetivo que permita justificar las decisiones judiciales. No obstante, también es importante reconocer que esta distinción podría afectar la forma como se configura la posición cognoscitiva de los derechos defendida por ARANGO. Esta es una tarea por desarrollar en estudios posteriores.

Por otra parte, en el capítulo sexto, ARANGO aborda el tema de la Constitución económica; la estructura del ensayo pasa por la identificación del sistema de valores de la Constitución económica y el intento de definir una metodología para el control constitucional. Es del todo interesante que en este contexto ARANGO proponga algunos elementos sobre un con-

cepto de derechos fundamentales. Según él, una identificación de los elementos de la Constitución económica está caracterizada por la presencia de algunos derechos fundamentales (libertades económicas) y por la interdependencia entre las instituciones típicamente liberales con las típicamente sociales (inclusión de derechos sociales en la Constitución económica). Esta constatación llevó a ARANGO a retomar el concepto de derechos fundamentales.

Entre las importantes ideas en torno al concepto de derechos fundamentales cabría destacar aquella según la cual el concepto de derechos fundamentales «debe ser tan simple como amplio para cobijar todas las posiciones jurídicas constitucionales posibles. Dicho concepto reza así: un derecho fundamental es un derecho subjetivo que por su grado de importancia prevalece sobre las decisiones de la mayoría parlamentaria. El grado de importancia de un derecho subjetivo, por otra parte, sólo puede demostrarse mediante argumentación sustancial» (p. 180, cap. 6.º). De esta breve definición se pueden extraer elementos de la mayor importancia: primero, una concepción abierta de los derechos fundamentales, en la medida en que reconoce una serie indefinida de posiciones jurídicas fundamentales; y segundo, una concepción discursiva de los derechos, en la medida en que su importancia y su rasgo contramayoritario no están definidos *a priori*, sino que deben ser establecidos mediante ejercicios discursivos de fundamentación y de justificación. Estos dos elementos del concepto de derechos fundamentales implican también un rompimiento con las concepciones tradicionales del derecho (positivismo y naturalismo), en el sentido de que ni los contenidos ni la fundamentación de los derechos se agotan en sus doctrinas, sino que requieren de otros presupuestos teóricos y filosóficos aún en construcción, como aquellos de la teoría del discurso o de la filosofía del lenguaje, por ejemplo.

Para finalizar, me gustaría hacer alusión al capítulo séptimo, titulado “La jurisdicción social de la tutela”. En este ensayo el profesor ARANGO caracteriza la jurisdicción social de la tutela bajo los siguientes denominadores: ser una jurisdicción de mínimos y no de máximos, constitucional y no legal, objetiva y no *ad hoc*, de precedente y no de derecho legislado, difusa y no centralizada, en equidad y no de legalidad, gradualista y no de absolutos (pp. 194 a 203, cap. 7.º). En el fondo de la descripción de una parte de la jurisdicción constitucional, la relacionada con la protección de los llamados derechos sociales fundamentales reposa la nuez de toda la concepción del derecho de ARANGO: una defensa teóricamente apasionada por

la realización del Estado Social de Derecho, por la defensa incondicionada de un derecho social mínimo para todas las personas que habitan el territorio, por la interdependencia entre jurisdicción constitucional y eficacia de los derechos sociales, y por la necesidad de una nueva dogmática jurídica que permita enfren-

tar con éxito los grandes desafíos de la pobreza, la marginalidad y la exclusión social.

JUAN CARLOS UPEGUI MEJÍA
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Externado de Colombia.

