



66813  
MIRIADO

# Dimensiones ética y jurídica de los derechos humanos

José Fernando Reyes Cuartas\*

\* Procurador Delegado para la Moralidad Pública. Profesor de Derecho Penal.

El discurso de los derechos humanos es a mi juicio una postura siempre urgente y a la vez siempre de moda entre nosotros; pero me atrevo a postular que es la específica y veleidosa condición humana, la que hace que ese discurso permanezca siempre vigente. No se niega que ya en el momento revolucionario francés, la opresión como forma de ejercer el poder, se exacerbó a tal punto que fue preciso romper cadenas, irse al campo de batalla y conquistar unas migajas. A partir de allí empieza a construirse una bella tesis: la de los derechos fundamentales como límites al ejercicio del poder; en efecto, poder oponer barreras al soberano, significa una conquista de la humanidad no enajenable. Que el soberano haya de respetar unos mínimos, se erige en la bandera de los ciudadanos, hasta hoy. Esa propensión humana hacia la negación pero a la vez esa decisión, también humana, hacia la contención, edifican una discusión profundamente actual, siempre. Esto es, la discusión y la lucha por lo que tenemos ganado como seres humanos, genera su defensa aun a costa de la propia vida. ¡Vaya paradoja!

Desde tan añejos tiempos a hoy, si bien el discurso como esencia permanece, también lo es que la cuestión ha tomado otros rumbos. De los derechos nacidos en una disputa entre monarcas y ricos y pobres de 1800, en una sociedad cuasi rural, ahora asistimos al escenario mundial y global, en que los derechos van siendo fruto de contingencias de la más variada especie. La sociedad de la información que crea sus propias realidades, ha redimensionado y generado cada vez nuevos derechos. Los Estados de hoy que han abandonado al ciudadano de a pie, como elemento primario de

su razón de ser, para poder mantener su carácter de eslabón en la cadena del mundo global, por fuerza han originado la necesidad de una sociedad civil fuerte que aunque no cohesionada, se muestra rebelde y dispuesta o bien a ir contra el poder o a ser su mutador.

En el mundo de la información, la realidad de los derechos se construye a golpes de noticia; el mundo mediático ha sustituido en gran parte a los movimientos sociales de masas; basta la conexión a la red para tener el más inmenso auditorio que el más avezado dictador de otros tiempos, no habría soñado. Pero por lástima, se trata de pretensiones de grupo: ecologistas, feministas, homosexuales, consumidores, antiglobalistas, etc. Se ha fortalecido así una sociedad de intereses grupales que lucharán cada uno por lo suyo. En tal escenario los derechos irán siendo aquello que las conquistas vayan logrando en una liza de disputas unilaterales, esto es, lo que cada grupo en cada sociedad vaya conquistando.

Se asiste hoy al fenómeno creciente de la globalización, que ante todo pretende la unificación de actitudes, culturas, leyes, territorios... en frente del mercado. Una pretensión tal nos pone en la noticia de que no hay buenos augurios para los derechos humanos. En efecto, el auge del mercado mundial trae aparejados males mundiales: delincuencia transnacional, daños medioambientales universales, guerras mundiales; esto, como se dijo, en un escenario de defensa de sectores. Por ello la urgencia que se hace manifiesta es la de ser solidarios; el mercado y su pretensión de mayor ganancia no puede —por lo menos siempre— reparar en mayores detalles axiológicos. Por ello el patrimonio que nos queda es la de-

fensa de la Carta Política y su modelo de estado. Höffe ha dicho:

“debe recordarse que el proyecto político de la modernidad, el Estado democrático de derecho, representa una conquista de rango moral que no puede ser sacrificada en aras de los mercados económicos y financieros globales. La respuesta en ningún caso suficiente pero normativamente irrenunciable, a la globalización se llama democracia mundial”.<sup>1</sup>

Así entonces, la reflexión sobre los derechos humanos puede abordarse desde diferentes perspectivas: como tema ético, filosófico, social, político, jurídico, etc. El estudio desde estas diversas aristas, ya indica la complejidad de la cuestión y por ello quizá en veces sea difícil ponerse de acuerdo en puntos específicos. Que ello es así lo demuestran temas de hondo calado como el de la eutanasia, el aborto, la disposición de la propia vida. Quizá también tal problemática se acrecienta, por la existencia de algunas tendencias a solapar las visiones, por ejemplo, el escolástico que con sus instrumentos de pensamiento religioso afianza en indestronables dogmas como la sacralidad de la vida, defiende a ultranza la imposibilidad de disposición de tal bien jurídico, a pesar de que concepciones modernas de una ética comunicativa, defiendan que la vida sólo es posible en cuanto vida digna. Igual pasa con el aborto y las tesis sociales que defienden la posibilidad de truncar el fruto de la concepción a la vista de la imposibilidad de su manutención y de especie parecida las tesis jurídicas que amparan soluciones de plazo sin contar las

que extreman el tema con la existencia de un supuesto derecho a abortar fundado en el derecho a la privacidad.

Políticamente es de la mayor trascendencia crear espacios de discusión sobre los derechos humanos, pues es en la puesta en evidencia de su perenne actualidad, donde se actualiza la necesidad de su respeto. Con todo, no puede pretenderse hacerse de un tal tema, un simple discurso de homilía o un panfleto. Por el contrario, es necesaria además una construcción que afiance su valor y su sentido, jurídicos. Por ello es que en las próximas páginas defenderemos esta tesis.

Pero los derechos humanos sólo pueden crecer dentro de la democracia. Un bello libro de Zagrebelsky nos recuerda que el valor superior de hoy es el del pluralismo. En efecto, donde no sea posible la coexistencia de diversas formas de ser, de pensar y de actuar, en fin, de conducir la vida dentro de los límites que impone un relativizado libre desarrollo de la personalidad, no es posible que un tal discurso florezca.

Las posturas éticas son tan diversas, a veces tan disímiles, que quizá nos cuesta soportar ciertas cargas; convivir en la diferencia afianza nuestra naturaleza humana y garantiza la pervivencia de la especie; la dignidad humana sólo tiene posibilidad de ser explicada dentro de un ambiente plural pues, esa condición de superioridad que entraña un tal valor sólo es posible de ser afirmada cuando se somete a contraste. La coexistencia en la diferencia afianza la dignidad.

1 O. Höffe. “Estados nacionales y derechos humanos en la era de la globalización”. En *ISEGORIA. Revista de Filosofía Moral y Política* No. 22, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. 2000, p. 20.

Hablar hoy entonces de derechos fundamentales, de igualdad, de democracia, se ha vuelto una urgencia inaplazable. Para empezar, la noción de democracia, por ejemplo, a veces tan difusa —pues se habla de democracia política, económica y social—, como lo demuestra la bella obra de Giovanni Sartori<sup>2</sup> nos trae la sensación primaria de la paz, porque en el campo de la participación, del pluralismo y de la diversidad, hallamos las semillas de la convivencia. Desde luego entonces, la democracia no se reduce al simple ámbito del ejercicio político. Precisamente esa ausencia de posibilidades de participación va generando un ciudadano reducido a simple convidado de piedra, que apenas sirve para legitimar las convocatorias de quienes viven del ejercicio del poder como medio de subsistencia y de lucro personal. Así entonces, la democracia se va convirtiendo en un concepto político insustancial. Análogamente, debe decirse que las democracias en las cuales el poder se halla adscrito a castas, grupos o familias, no puede decirse sea una democracia fundada en el consenso y por ende significará todo lo contrario de lo que pretende ser; por lo mismo, una democracia en la cual sus gobernantes pretendan no poseer límites o condicionamientos, niegan el mentado ideal, pues nadie puede autoinvertirse del poder de mandar, como lo advierte Sartori.<sup>3</sup>

La democracia, sin duda, va de la mano de la igualdad; el liberalismo, sabemos, trasega la senda de la libertad; así, libertad e igualdad, junto a la racionalidad, construyen el concepto de derechos fundamenta-

les; libertad sin igualdad es una simple mascarada oligárquica o burguesa; igualdad sin libertad es camino abonado del autoritarismo. La idea de los derechos fundamentales es quizá la tabla salvadora para una sociedad de intolerancia, montada en un entramado de formas sin contenido. Quizá estemos lejos de la aspiración de una sociedad perfecta de felicidad, en la cual la confluencia de seres tan diversos, convivan arropados por el amor o el respeto; mas no puede perderse de vista como aspiración; debe lucharse para el logro de la sociedad a que aspira Rawls fundada en el alcance de tres objetivos: la posición original debe representar a los ciudadanos de manera simétrica; los debe representar en tanto seres racionales y debe representarlos en tanto seres capaces de elección de principios razonables.<sup>4</sup>

La igualdad en su cariz material y la participación en su dinámica dialéctica creadora de espacios de reconocimiento del individuo, frente a sus semejantes, configuran un ideal de democracia que ha de permear todo el conjunto de actividades del ser humano. Por eso no es descaminado hablar de educación con democracia, como posibilidad de acceso de todos al conocimiento; tampoco es impropio hablar de democracia en la amistad o en el amor.

## II

Un abordaje jurídico de los derechos fundamentales ha de esclarecer varias cuestiones relativas a su **estructura**, fundamentalmente el **concepto**, la norma ius fundamental y su carácter normativo y la

2 Giovanni Sartori. *Qué es la democracia?*. Santa Fe de Bogotá, Altamira, 1.994, p. 3 ss.

3 ob. cit., p. 131.

4 1.996. p. 67.



## defensa jurídica de los derechos fundamentales.

El concepto de derechos humanos ha girado en varios sentidos. Baste para demostrarlo la simple remisión a Pérez Luño<sup>5</sup>, quien clasifica las definiciones de varias maneras, así, las **TAUTOLÓGICAS**, que nada aportan que permita caracterizarlos, tal es la siguiente: «Los derechos del hombre son los que le corresponde al hombre por el hecho de ser hombre»; asimismo, las **FORMALES** que no especifican el contenido de los derechos humanos, limitándose a una indicación sobre su estatuto deseado o propuesto: «Los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres y de los que ninguno puede ser privado»; las **Teleológicas** en las que se apela a ciertos valores últimos, susceptibles de varias interpretaciones: «Los derechos del hombre son aquellos imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, progreso social y desarrollo de la civilización».

El concepto derechos humanos tiene raigambre jusnatural y en tal sentido su dimensión es más moral que jurídica.<sup>6</sup> Su afiliación con la persona humana, asimismo, impone un carácter reduccionista a los derechos, pues es lo cierto que los derechos sociales o de prestación, se precisan para la garantía de una vida digna. Hoy se estila entonces hablar de derechos fundamentales

para englobar las diversas prerrogativas hallables como derechos. Un concepto formal de estos derechos remitirá al texto constitucional y a su connotación como fundamentales en él.<sup>7</sup> Se plantean sin embargo, problemas de difícil resolución; así, por ejemplo, en la Carta se introducen reglas de organización o de competencias que no constituyen derechos fundamentales (por ejemplo, la división del parlamento en dos cámaras); es necesario encontrar criterios que permitan decir que ello no es un derecho fundamental y esto<sup>8</sup> se logrará acudiendo a criterios materiales.

Los criterios materiales remiten a las nociones de autoevidencia individual (esto es, derechos personalísimos); de allí surge el concepto «derecho fundamental» como derecho humano transformado en derecho constitucional positivo<sup>9</sup>, sin embargo como lo prueba Alexy<sup>10</sup> la indeterminación del concepto «derechos humanos» hace que sea más plausible decir que derechos fundamentales son aquellos derechos humanos que han sido llevados al derecho positivo con la intención de darles una dimensión positiva. Y esto se notará como se compatibiliza con nuestra Carta cuando se afirma en el art. 5º que el estado **reconoce** su primacía.

En lo que atañe a la **norma iusfundamental**, es preciso recordar la valía que en la teoría del derecho de hoy ha cobrado la norma constitucional. En efecto, la nor-

5 Antonio E. Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 1995, p. 21 ss.

6 Así parece entenderlo Martín Borowski. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal P. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 30.

7 Cfr. Robert Alexy. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. de Carlos Bernal P. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 21 ss.

8 Así, R. Alexy. *Tres...* cit., p. 24.

9 Así, R. Alexy. *Tres...* cit., p. 26.

10 Así, R. Alexy. *Tres...* cit., p. 27-28.

ma superior que consagra y garantiza un derecho fundamental, ha revolucionado la concepción del derecho y del Estado y ha obligado una nueva hermenéutica. El contenido semántico de la norma iusfundamental indica que la consagración de una libertad o de un derecho a algo se halla garantizado.<sup>11</sup> Pero quizá se ha andado poco cuando se dice esto. En efecto, la dimensión sustancial de los derechos sólo se conoce cuando se les hace *reaccionar*, esto es, cuando se somete su longitud, su extensión en un medio social. La validez jurídica de una norma iusfundamental se funda en la corrección competencial de su expedidor; la validez social se valora como posibilidad legítima de sancionar su transgresión<sup>12</sup>; pero ello no es todavía suficiente: hoy es preciso esclarecer su corrección moral. Quizá en ningún campo ello sea tan claro como en el derecho penal cuando se escogen conductas como pasibles de una pena. En efecto, devienen en moralmente incorrectas sanciones impuestas por determinados comportamientos, que no lesionan suficientemente un bien jurídico altamente valioso, pues, entrañan un contenido intolerable de desproporción.

La estructura de los derechos fundamentales no encuentra comprensión completa, si no se alude al problema procedimental.<sup>13</sup> Esto es un tema grueso que remite a cuestiones además de legitimidad en el ejercicio del poder; en efecto, si la positivación de los derechos humanos depende

de los problemas de oportunidad política, se está entregando a la discusión de bancadas el tema axial de la cultura política moderna: los derechos humanos. Por ello advierte Alexy frente a ello:

“En cuanto derechos tipificados en la Constitución, los derechos fundamentales enajenan a la mayoría simple en el Parlamento la competencia para tomar decisiones libres que afecten su ámbito.” (...) “A esta última característica -la de ser los derechos fundamentales vinculantes para el legislador democrático- corresponde una definición según la cual los derechos fundamentales son tan importantes que su protección o su no protección no puede dejarse en manos de la mayoría parlamentaria simple”.<sup>14</sup>

Por eso Alexy se decanta por la idea de que la tipificación e interpretación de los derechos deba alejarse del poder parlamentario y la radica en la jurisdicción constitucional lo cual lo lleva a afirmar que “la idea de una jurisdicción constitucional está ya implícita en el concepto de derecho fundamental”.<sup>15</sup>

Esta afirmación para nosotros es de una importancia sin igual. Y nos ofrece la oportunidad de hacer un pequeño *excursus* respecto de las propuestas gubernamentales en punto de una dimensión reduccionista -a mi parecer- de la protección de los derechos fundamentales. El proyecto que presentará el Gobierno a las Cámaras de reforma al

11 Cfr. Martín Borowski. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal P. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2003. p. 27 ss.

12 v. Martín Borowski. *La estructura...* Cit. p. 29.

13 Así, R. Alexy. *Tres...* cit., p. 29; Martín Borowski. *La estructura de los...*, cit. p. 36.

14 Así, R. Alexy. *Tres...* cit., p. 29.

15 Así, R. Alexy. *Tres...* cit., p. 30.

instrumento protectorio de derechos resume las siguientes ideas: (I) La tutela no protegería sino los derechos constitucionales fundamentales incluidos en el capítulo I del título II de la Constitución (artículos 11 al 41 de la C. Pol.), (II) no habría tutela contra decisiones judiciales y (III) a través de la acción de tutela no podrían los jueces imponer a las autoridades públicas obligaciones de imposible cumplimiento o que supongan alterar las leyes, ordenanzas o acuerdos del plan de desarrollo o del presupuesto nacional, departamental o territorial.

Bien pudiera decirse que en el fondo subyace una disputa acerca de cómo concebir los sistemas jurídicos: los defensores a ultranza del positivismo jurídico donde se defiende al legislador y por tanto a la ley, la solución de todos los casos; y, de otra parte, el constitucionalismo moderno que ve en el juez y en la Constitución, el medio para la solución equitativa y justa de los casos, aún de los difíciles, pues, no se apela de manera exclusiva a la subsunción del caso en la norma, sino al <sup>16</sup>ejercicio de ponderación de principios.

Fue el último camino el escogido por la primera Corte Constitucional. Sus decisiones fueron entonces revolucionarias y a partir del principio *Estado social* empezaron a comprender que el estado ya no era el simple gendarme del siglo XVIII sino por el contrario, el motor que empuja y da vida a los derechos; el que propicia la igualdad y la justicia material y que por ende, interviene positivamente sobre las desigualdades

intolerables, que se dan silvestres en una nación tercermundista como la nuestra, donde las brechas sociales son demasiado amplias, lo que obliga <sup>17</sup>a tareas positivas de intervención del Estado.

Así, de un derecho apuntalado en el fetiche de la norma todopoderosa, se pasa a la creencia de una Constitución viva que materializa un mínimo de principios que permita soluciones justas. Pero no apenas ello, sino además que se empieza a entrar en los ámbitos cerrados de las instituciones letárgicas y abusivas. El ISS, Cajanal, el INPEC pero también los jueces y Fiscales, y los policías y los militares y un largo etcétera, entendieron entonces que el ciudadano de a pie, era ya un hombre poderoso: contaba con la acción de tutela **para hacer valer sus derechos, de manera gratuita, expedita e informal!**

Determinar entonces la fundamentalidad o no de un derecho, por medio de un esquema abierto, fue una gran creación jurisprudencial, que se aviene con el derecho de hoy, pues, no parece de estos tiempos del avance jurídico, que se quiera encerrar la trascendencia de los casos que importan a la dignidad de la persona humana, entre normas alambradas, inexpugnables e impermeables, en frente de las cuales el juez se convierte en un simple espectador de su defunción. De esta manera, la propuesta no sólo atenta contra algo más de diez años de *bondadosa y justa jurisprudencia*, sino contra la moderna concepción del derecho y contra la más elemental concepción de los

16 Cfr. **Robert Alexy**. Concepto y Validez del Derecho. (*Sistema jurídico y razón práctica*). Barcelona, Gedisa, 1994.

17 Sobre el concepto "*Estado social*", cfr. **Beatriz González Moreno**, *El Estado social. Naturaleza Jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid, Civitas, 2002, p. 17 ss.

fin de la Administración de Justicia de cara a la dignidad del ser humano. Se volverá así a las soluciones formales que no reparan en el caso, que mide a todos con el mismo baremo, en fin, al *juez como simple boca que pronuncia las palabras de la ley*, con lo cual en un inciso retornamos más de 200 años de avance jurídico.

### III

Una reflexión sobre los derechos humanos que parte de su ubicación filosófica y jurídica en el contexto de la civilización, también debe detenerse en las particularidades. En efecto, la discusión jurídica que entiendo fundamental como eje de la eficacia de los derechos humanos, siempre debe acompañarse de la mirada del entorno en que se plantea la cuestión.

Un país del tercer mundo reclama más atención al tema. El índice de necesidades de todo tipo -desde las de simple libertad, pasando por las prestacionales hasta las solidaristas- es más latente en los Estados con amplias desigualdades. Los déficits son más serios y su no solución propicia mayores males. Las tareas del académico, del sociólogo, del trabajador social implican un mayor compromiso no sólo de examen sino además de denuncia. La creación de sociedad civil de choque o de puesta en evidencia de las insensateces o males sociales, es de mayor necesidad y urgencia. En una sociedad sin muchos males, con altas cotas de bienestar, a la sociedad civil le corresponde la tarea de mirar afuera de sus fronteras por-

que su tarea no ha culminado cuando los males locales son menos perceptibles o casi inexistentes.

Pudiéramos decir que nos cabe el compromiso de ser personeros de la defensa de los derechos humanos, a quienes nos ha sido otorgado el privilegio de la educación, en una sociedad por lo menos normativamente organizada. El jurista, el sociólogo, el trabajador social, el filósofo, el político, etc. han de trabajar de la mano en la construcción de los derechos humanos como realidades culturales que justifican nuestra presencia existencial en sociedad. Nos es exigible la tarea de denunciar la violencia, la omisión oficial, el abuso legal, como males que atacan los derechos humanos. Pero esas tareas no serán idóneas y eficaces, sino existe primero el compromiso moral con los derechos, al cual seguirá la andadura de la formación para su comprensión y dimensionamiento. En verdad, no se hace mucho por los derechos sólo vociferando; que la protesta y el mitin sean necesarios, no se duda; pero que ello sólo sea suficiente, es falso. La labor de formarse e informarse para actuar, es parte de lo que brinda la Universidad. La actitud moral se ha cincelado sin embargo desde antes y es la que explica nuestra presencia en el aula. Nos une pues, un bello credo en algo que nos hace humanos y quizá tanto más humanos cuanto mayor sea la actitud ética decidida porque esto no sea apenas un logro académico. Quizá ese es el compromiso grueso y el único que nos afirmará éticamente.

