

Borrero García, Camilo. **Derechos Humanos. Ideas y dilemas para animar su comprensión.** *En publicación: Derechos Humanos. Ideas y dilemas para animar su comprensión.* CINEP, Fundación Centro de Investigación y Educación Popular, Bogotá: Colombia.

Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/colombia/cinep/textos/derechos.pdf>

www.clacso.org

RED DE BIBLIOTECAS VIRTUALES DE CIENCIAS SOCIALES DE AMERICA LATINA Y EL CARIBE, DE LA RED DE CENTROS MIEMBROS DE CLACSO

<http://www.clacso.org.ar/biblioteca>

biblioteca@clacso.edu.ar

DERECHOS HUMANOS

Ideas y dilemas para animar su comprensión



955
cinep



AGENCIA
COLOMBIANA DE
COOPERACIÓN
INTERNACIONAL

Camilo Borrero García

1

Escuela de Derechos Humanos, Paz y Convivencia

CONTENIDO

Presentación	5
Introducción	11
1. ¿Derechos, y además humanos?	17
2. Los derechos nucleares	31
3. No hay derechos absolutos	41
4. Los derechos como cartas de triunfo	55
5. Igualdad en la diferencia	65
6. Proporcionalidad	79
7. Ponderación	93
8. Libertad	109
9. Equidad	127
10. Vida Digna	149

Presentación

Este es el primer módulo de la Escuela de Derechos Humanos, Paz y Convivencia del CINEP. Y, como lo anuncia el mismo título, su objetivo es introducir a docentes y agentes sociales interesados en promover prácticas pedagógicas al tema de la fundamentación de los Derechos Humanos.

De seguro, usted tiene en su biblioteca o entre sus papeles varios escritos similares. Y, como a nosotros, le surgirá la pregunta: ¿Un módulo más? ¿Por qué no, simplemente, aprovechar los que ya han sido publicados?

Antes de embarcarnos en esta labor, el equipo de la Escuela se hizo el mismo interrogante. Dado que nuestra respuesta se enfocó hacia la oportunidad y utilidad de la producción, pues de lo contrario ésta no le hubiera llegado a sus manos, déjenos por lo menos compartirle las impresiones que nos llevaron a ensayar donde aparentemente llueve sobre mojado.

Aun cuando cotejamos la existencia de diversos materiales de apoyo, la mayoría de ellos daba más o menos por sentado que los derechos humanos eran algo útil, necesario, hasta imprescindible. Encontramos en los escritos, además, diversos grados de entusiasmo y apropiación frente a la materia, que llevaban a pensar, con justa razón, que ellos representaban lo más granado y excelso de nuestra cultura occidental. Otros, bastante numerosos, se ocupaban en detalle de los instrumentos y herramientas para defenderlos.

Sea. Compartimos en general estas aproximaciones, y nos resultan imprescindibles en algunos momentos de nuestro proceso de formación. Pero no nos servían para garantizar el enfoque o la aproximación reflexiva que impulsábamos. Y ello por varios motivos, entre los que destacamos:

Si los derechos humanos se asumen de entrada como lo que parecen ser, es decir la mayor conquista de nuestra humanidad, y a ello han contribuido los mejores filósofos y científicos sociales de varios siglos, ¿qué le queda por decir a un simple aprendiz? ¿Debe su función limitarse a cotejar, asimilar y avalar lo que otros, mucho mejor preparados, ya han dicho?

Pero, si los derechos humanos son tan evidentes, ¿por qué es tan difícil aplicarlos? ¿Es un problema de falta de voluntad, o de intereses egoístas? ¿Es un asunto del poder y sus detentadores, que resultan sistemáticamente contrarios a su puesta en práctica?

Finalmente, en contextos de violación sistemática de ellos, ¿qué sentido tiene acudir a instrumentos jurídicos o sociales para preservarlos? ¿No es mejor declarar simplemente su ineficacia, y buscar en otro cesto las soluciones? ¿En últimas, estos instrumentos sólo sirven para llenar de trabajo a abogados bien intencionados?

Por supuesto, este módulo no resuelve ninguno de los anteriores interrogantes. Supone, sí, el abordaje del tema por una puerta diferente: la de las preguntas. Asumimos que la fundamentación de los derechos humanos no se corresponde con la adopción de una u otra teoría social, o de una u otra posición ideológica. Significa, ante todo, plantearse los dilemas o problemas centrales que orientan su aplicación, y aceptar el reto de descubrir por mérito propio las fortalezas y debilidades de las posibles respuestas.

Nuestra estrategia, por lo tanto, es la de la aproximación por dilemas. Para nosotros, un buen dilema no tiene respuestas correctas o incorrectas. Pero, si logra realmente problematizarnos, nos obliga a tomar posición, abandonando el cómodo relativismo o las respuestas preconcebidas. Además, el planteamiento de un buen dilema opera la magia de hacernos ver claramente nuestros estereotipos. Es decir, aquellas formas poco reflexivas de asumir posiciones y discursos.

En lo posible, hemos pensado en dilemas que cumplan una doble función: llevarnos a la reflexión sobre el complejo mundo de los Derechos Humanos, aunque partiendo desde nuestra cotidianidad. Con ello, esperamos cumplir varios cometidos: mostrar que la teoría de los derechos humanos está en construcción, y que nuestro aporte es importante. Ilustrar con casos prácticos que ello es así por cuanto ella no se desarrolla en los libros, aunque éstos nos proporcionen buenos argumentos para comprender y optar, sino en las prácticas sociales que nos involucran a todos. Y, finalmente, obligarnos a comprometernos con su vigencia desde tomas de posiciones particulares y reflexivas.

Los cuatro Módulos que desarrollan la propuesta de nuestra Escuela de Derechos Humanos, Paz y Convivencia, y que se inician con el presente volumen, se dirigen a multiplicadores. En este sentido, no se trata de manuales de auto formación. Como se observará, suponen la apropiación del material en un contexto colectivo, en donde una persona asume el reto de preparar y orientar los trabajos de grupo y las plenarias.

Aunque esta labor ha sido pensada con el modelo de docentes de escuela en mente, nos hemos asegurado de que no sean ellos los únicos usuarios potenciales. En los ejercicios y propuestas de taller se encuentra abundante material que puede animar procesos de formación en contextos muy diferentes: comunidades de fe, procesos sociales comunitarios, organizaciones comunitarias, movimientos sociales y similares.

Por último, hemos adoptado una estructura más o menos homogénea para la presentación de los distintos talleres y ejercicios. Ellos suponen una secuencia, en donde primero buscamos que el multiplicador se empape del sentido estratégico del problema que cada vez nos ocupa. Posteriormente, planteamos el dilema o dilemas que nos parecen oportunos, los cuales pueden ser adaptados a las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Dada la importancia que tienen los encuadres y consignas en la práctica pedagógica, en un tercer paso reiteramos la misma, con el objeto de que el multiplicador sea conciente de que sólo una buena consigna, claramente entendida y asumida por los participantes, garantiza el trabajo colectivo. A renglón seguido, sugerimos el contexto teórico de los dilemas. Dado que se trata de un manual, hemos sintetizado en este aparte lo que nos parece crucial. Pero las lecturas complementarias suponen una oferta adicional de lugares en donde complementar y profundizar las visiones ofrecidas. En notas para el cierre resaltamos aquellas cuestiones que, a nuestro juicio, el multiplicador no puede dejar pasar.

Cerremos. Si usted está en trances de animar una práctica pedagógica en materia de derechos humanos, y quiere empezar por las preguntas antes que por las respuestas, creemos que este material le puede servir de mucho apoyo. Como comprobará en la práctica, no anula los otros. Por el contrario, posiblemente le serán más necesarios, aunque seguramente desde una óptica más comprensiva e integral.



Introducción

Este módulo busca aportar a la fundamentación de los derechos humanos. Siguiendo el esquema propuesto en la Presentación, se trata de ubicar aquellas preguntas problematizadoras, bajo la forma de dilemas, que subyacen a la aplicación general de los derechos humanos.

Hemos escogido diez escenarios distintos, a los que atraviesa una preocupación común: comprender la tríada nuclear de los derechos humanos: dignidad, libertad e igualdad.

En este sentido, todo el trabajo de fundamentación estaría apoyado en la regla de igual consideración y respeto para todos. Y los ejercicios involucrarían simplemente formas alternativas de desarrollar esta premisa.

El primero de ellos plantea la pregunta de si los derechos, tal como han venido generalizándose en las culturas humanas, deberían extenderse a los animales. No si los hombres y mujeres deben aceptar obligaciones hacia los otros seres de la naturaleza, sino si los animales como tales deberían ser sujetos de derechos específicos como el de la vida o la libertad.

El segundo ejercicio introduce el tema de los núcleos esenciales. Para ello, nos apoyamos flexiblemente en las teorías de John Rawls, en el sentido de explorar si las personas colocadas en una situación hipotética de ausencia de derechos, y motivados por un velo de ignorancia que les impide conocer su destino probable en una sociedad dada, protegerían siempre un núcleo básico de derechos.

El tercer ejercicio pretende colocar a los participantes de la experiencia pedagógica en situaciones límite en las cuales se percibe claramente una de las características más complejas de los derechos humanos: la de no ser absolutos. A su vez, el cuarto ejercicio explora la arista contraria: a pesar de todo, estos derechos pueden ser considerados como cartas de triunfo, en la idea de que pueden proteger a los individuos de las veleidades o intereses de las decisiones mayoritarias o de las actuaciones administrativas.

Los ejercicios quinto y sexto apuntan a desarrollar las cláusulas básicas del derecho a la igualdad. En el primero de ellos, ampliando la paradoja de ser iguales en tanto somos diferentes. El segundo, introduciendo el tema de la proporcionalidad como herramienta que nos permite sopesar cuándo estamos ante diferenciaciones legítimas y cuándo ante discriminaciones.

El séptimo ejercicio nos coloca en una situación común para los jueces de tutela y amparo: la ponderación. Con esta actividad se busca balancear pretensiones de aplicación legítima de derechos contrapuestos. Como cuando alguien quiere divulgar una noticia, en desarrollo de sus derechos a la información y libertad de expresión, que afecta el derecho a la intimidad de otra persona.

El octavo ejercicio nos coloca frente a los dilemas recurrentes de la que podría ser la cláusula general del derecho a la libertad: el libre desarrollo de la personalidad. Cláusula que se entiende mejor a partir de sus límites.

La equidad es el campo del noveno ejercicio. Específicamente, cuando involucra el reparto de bienes escasos a los que todos tenemos en principio igual expectativa de derecho.

Finalmente, el décimo ejercicio abarca situaciones específicas en donde entra en juego nuestra comprensión de vida digna, categoría nuclear de toda la pretensión de fundamentación.

Dado que se trata de propiciar la reflexión y el descubrimiento a partir de lo cotidiano, la bibliografía es muy sucinta y, en gran medida, está circunscrita a argumentaciones de la Corte Constitucional en sus fallos de tutela.

NOTA DEL AUTOR

Con el advenimiento del nuevo siglo, recibí en el Cinep la tarea de proponer un módulo para la fundamentación de los derechos humanos, con miras a ser aplicado en el marco de nuestra Escuela de Derechos Humanos, Paz y Convivencia.

Aunque la tarea en sí me llamaba poderosamente la atención, también eran muchos los temores que me embargaban. El primero, nuestra larga trayectoria en el tema. Tradicionalmente, los procesos institucionales de formación la fundamentación de los derechos humanos habían estado a cargo de estudiosos especializados, con capacidad para interrelacionar diversas aproximaciones teóricas de gran calado. A lo que habría que sumar lo pomposo de la pretensión: sustentar aquello que se erige hoy en

día como la suma de las reflexiones y utopías del mundo occidental. ¿A qué autores o corrientes invitar? ¿A cuáles, y con base en qué criterios, excluir?

Pero mi percepción era que era necesario explorar otras vías más simples y cotidianas, aún a riesgo de banalizar el acercamiento. De aquí nació mi convicción de trabajar con base en dilemas, sin haber leído una sola línea sobre la formación en valores a partir de ellos, que proponen autores como Kholber, hoy en día tan en boga.

La construcción de los que aquí se presentan obedece a varias fuentes. Por un lado, las exigencias que continuamente me hacían personas externas al mundo del derecho para que esos casos apasionantes de los que aparentemente nos ocupábamos los constitucionalistas fuesen comprensibles para las personas de carne y hueso. Aquí cumplió un papel preponderante mi amiga Elsa Alvarado, quien insistió hasta que la vida le fue arrancada en la necesidad de llevar la discusión sobre derechos fundamentales al terreno de lo cotidiano.

Además, las controversias que adelantábamos los docentes del área en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, emulando por lo menos en pasión argumentativa las sesiones de la Corte Constitucional colombiana. A ese grupo grande y diverso, y en especial a Rodrigo Urpimny, Rodolfo Arango y Carlos Gaviria, debo la escogencia de muchos de los casos que aquí se desarrollan.

Fundamental, el aporte de los mismos grupos con los que empezamos a trabajar en el marco de la Escuela de Derechos Humanos, Paz y Convivencia del Cinep. Esta experiencia se llevó a cabo integralmente con instituciones educativas como el colegio Rodrigo Lara Bonilla, el CED La Belleza, el Colegio San Bartolomé de la Merced, el Colegio Mayor de San Bartolomé, el Santa Catalina y el Santa Luisa, todos en la ciudad de Bogotá. Además, nos divertimos con los talleres experimentales realizados con el Grupo de Iniciativa Juvenil de la Central Unitaria de Trabajadores CUT, con la Organización Femenina Popular de Barrancabermeja, con los agentes de Pastoral Social de Barrancabermeja, con líderes campesinos del Programa de Desarrollo y Paz del Magdalena Medio Subregión de Vélez (Landázuri, Santander), con organizaciones de desplazados agrupados en una experiencia de formación conjunta con Andas del Cauca, con pobladores urbanos de la parroquia de Santa Rita y del Centro Cultural Afrocaribe de Cartagena y con pobladores urbanos de la ciudad de Pasto articulados a las acciones de formación en resolución de conflictos de la Corporación Nuevo Arco Iris.

Cada una de estas nuevas experiencias fue motivando otros casos, obligando a ajustes en la presentación de los dilemas, concretando los objetivos pedagógicos y explicitando las dinámicas a desarrollar. Labor en la que fue crucial el apoyo de mis coequiperos en la Escuela, Yohanna Guerrero y Héctor Álvarez, quienes no sólo aportaron ideas y variaciones a los casos y temas, sino que aceptaron el riesgo de animar procesos de formación a partir de ellos.

Finalmente, para la selección y actualización de jurisprudencias fue central el trabajo continuo con mis estudiantes de la Especialización en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Las que aquí aparecen reseñadas en las lecturas complementarias fueron propuestas por Tania Giovanna Vivas, así como los cuadros de armonización concreta de derechos que ella venía trabajando para su monografía de especialización.

A todas estas personas les extiendo mi agradecimiento y reconocimiento, y espero que este material aporte en el sueño común de hacer de los derechos humanos un proyecto integral con sentido cotidiano.

Camilo A. Borrero García

1 ¿Derechos, y además humanos?



Autor: Carlos Walter Rojas. Exposición: "Colombia Imágenes y Realidades". Fundación Dos Mundos -OACNUDH

OBJETIVOS

- Introducir el debate sobre lo que significa tener derechos y estar obligado a respetarlos.
- Reflexionar sobre la pertinencia de hablar de derechos en el mundo animal.
- Abrir el debate sobre lo que cabe esperar de los derechos.

PLANTEANDO EL PROBLEMA

De todas las veces que hablamos sobre defensa de los derechos humanos, ¿cuántas hemos reflexionado seriamente sobre los dos componentes que engloban la expresión? Es decir: que se trata de derechos, y que se aplican a los humanos.

En la vida cotidiana, al hablar de derechos estamos haciendo relación a muchas ideas que pueden ser diversas, y a veces hasta contradictorias. Los hijos invocan el derecho a salir, los amigos el derecho a estar informados de un chisme, los novios el derecho a saber si les fueron infieles, el Estado el derecho a aumentar la base tributaria, el delincuente el derecho a llamar a un abogado. Pero, ¿qué caracteriza un derecho? ¿Pueden existir derechos sin que existan personas o entidades obligadas a respetarlo? ¿Cómo y en qué momento nace esta obligación? ¿El derecho es algo natural, y por lo tanto se cumple ineluctablemente, de acuerdo con las reglas de la naturaleza? ¿O, por el contrario es algo artificial, creado o puesto por los hombres, y por eso puede incumplirse, violarse o quitarse? Si usted se atreve a buscar respuestas a estos interrogantes, avanzará en el camino de su propia comprensión de lo que es un derecho. No se asuste: la mayoría de los abogados tienen las mismas dudas, y avanzan a tientas por el mismo camino.

¿Pueden tener derechos los animales? Y, en ese caso, ¿quiénes y por qué serían los obligados? ¿Para obligarse a algo, es decir para adquirir compromisos frente a los derechos de otros, se requiere ser humano? ¿Pueden algunos seres tener sólo derechos y ninguna obligación? ¿O, para disfrutar de los derechos se requiere al mismo tiempo adquirir real o potencialmente obligaciones hacia los otros?

Las respuestas a algunas de estas preguntas han ocupado por mucho tiempo a filósofos, tratadistas del derecho y cientistas sociales, sin que existan respuestas del todo satisfactorias. Pero en éste, como en otros casos, quizás lo más importante es hacerse las preguntas. No sólo por aquello de que una pregunta bien planteada ya implica su respuesta, o que el sabio es aquel que sabe la respuesta antes de formularse la pregunta. Sino, sobre todo, por cuanto asumir el interrogante significa e implica una actitud personal de búsqueda. Y, al avanzar con cuidado en las respuestas tentativas, podremos ir comprendiendo la profundidad del problema, e ir creando o adoptando posiciones más complejas.

UN DILEMA PROPICIADOR

La pregunta directa que se le formula al grupo es si creen que los animales tienen derechos. Generalmente, algunos se animan in-

mediatamente a respondernos de manera afirmativa. Caso en el cual, incluso, podríamos preguntarles ¿a cuáles?, y de seguro salen la vida, la libertad, la protección, el no maltrato. Conviene apuntar estas ideas en una cartelera, para que todos puedan asumir y compartir estas primeras intuiciones.

Posteriormente, se propone que el punto sea trabajado en pequeños grupos, para que puedan analizarse más libremente las posibilidades que se presentan. Debe insistirse en la palabra “derechos” como orientadora de la actividad. No se trata de expresar nuestros sentimientos de solidaridad hacia los animales, o condolernos de su suerte. Tampoco, de elaborar discursos sobre la crueldad o injusticia de los humanos. La conversación debe circunscribirse al problema de los derechos.

La respuesta que se solicita a los grupos, sin embargo, no puede ser un simple si o un no. Se trata de crear reglas que permitan decidir casos concretos. Es decir, cada grupo debe proponer reglas generales que propicien o permitan la decisión de los casos que les plantearemos. Y ellas se van a construir en grupos.

Ahora bien, para que la posición del grupo no sea simplemente una intuición genérica, es necesario confrontar situaciones particulares, en las cuales se pongan en juego los distintos matices que este dilema puede adquirir. Por ejemplo: contrastar sacrificios utilitarios de animales, con otros que demuestren crueldad o indolencia. Poner en paralelo defensa de especies en vías de extinción frente a cría corriente de otras especies para alimentación.

Los casos concretos que más utiliza la Escuela son los siguientes:

- **Ratón de laboratorio:** Este es un ratoncito blanco, que ha vivido toda su vida en un laboratorio, prestándose involuntariamente para que en su cuerpo se ensayen medicinas que luego se espera aporten a combatir enfermedades humanas. En la actualidad, estamos a punto de inyectarle una poción que le permitirá a los científicos avanzar en la cura contra el cáncer, pero que seguramente le causará la muerte. Más aún, la discusión entre los científicos gira en torno a en cuántos minutos morirá, una vez inoculado con la poción. De golpe, llegan ustedes y se preguntan: ¿Tiene nuestro ratón derecho a que se le respete la vida?
- **Golondrinas tortoleras:** se trata de una rara especie de aves, que únicamente habita en Colombia, cerca de los lagos (o de las laderas de montaña, o de ciénagas, de acuerdo con la característica regional del grupo con que se trabaje). Están en

vía de extinción, pues no han logrado acoplarse a convivir con los humanos, y el proceso de urbanización de éstos los ha acorralado. En la actualidad, existen sólo cuatro parejas, que habitan todas en el lago (o ladera, o ciénaga, etc.) más cercana a la ciudad en que estamos. Pero ahora están amenazadas pues un grupo humano (que, de acuerdo al contexto, puede caracterizarse: por ejemplo, de desplazados por la violencia, de personas pudientes que quieren alejarse de la ciudad, de un club de la tercera edad, etc.) se quiere asentar allá. ¿Nuestras parejas de golondrinas tienen derecho a sobrevivir? Y, en consecuencia, ¿los grupos humanos están obligados sin más a abandonar el lugar, sin importar sus necesidades o sus títulos de propiedad?

- Horripilante cucaracha: como es sabido, nuestra aversión a esta criatura nos ha llevado a crear sofisticados venenos y artefactos para eliminarlas. Encontrarse una en cualquier espacio se ha convertido en sinónimo de suciedad, y casi se exige al dueño de casa o habitación que la elimine de manera pulcra y silenciosa. Ello, a pesar de que no esté tan claro en qué consiste su nocividad. ¿Podría horripilante cucaracha invocar en su defensa el derecho a conservar su vida?
- Venado asustado (puede ser también oveja, o pez de colores): todas las tardes, señora leona sale de cacería (señor lobo, o señor tiburón). Y, con tan buena suerte, que casi siempre atrapa a un familiar de venado asustado (o de oveja asustada, o de pez de colores asustado). ¿Podríamos, para protegerlo, convenir en que venado asustado (u oveja, o pez) tiene en adelante derecho a conservar su vida?
- Elefante de circo: desde pequeño, ha vivido en el circo. Fue atrapado en África, pero su vida ha sido una constante travesía. Su última parada fue en la ciudad (o pueblo) en donde estamos, donde precisamente ocurrió la tragedia: elefante de circo, en un hecho inexplicable, se salió de la arena y embistió al público, hiriendo gravemente a dos niños. Los padres de éstos piden la pena de muerte para él, por ser peligroso. ¿Podría argumentarse que éste tiene derecho a la vida? Y que, adicionalmente, ¿podría invocar algo como el derecho a la libertad?
- Toro de corrida: Se trata de un magnífico ejemplar, negro y furioso a muerte, cuya vida ha sido la defensa de su territorio, y que de golpe aparece en la mitad de la arena de un coliseo, a enfrentarse contra un grupo de humanos que le provocan, mientras otros miles de ellos vitorean y vociferan. ¿Tiene toro de corrida derecho a la vida?

REITERAR LA CONSIGNA

Lo que cada grupo debe hacer es, entonces, discutir sobre si los animales tienen derecho o no a la vida. Pero el animador debe evitar que los ejemplos se decidan en la forma en que indique el corazón o la animadversión.

Por eso, debe invitar a cada grupo a que construya una o varias reglas generales, a partir de las cuales se puedan decidir los casos particulares. Por eso, y ello es muy importante, es necesario recalcar que con esas mismas reglas también se puedan decidir otros casos similares.

El animador puede ilustrar este tipo de reglas. Por ejemplo, puede afirmar: tienen derecho a la vida todos los animales cuyo hocico sea mayor de tres centímetros. O no tienen derecho a la vida aquellos animales que carezcan de pelo.

El segundo paso, una vez los grupos hayan creado las reglas y solucionado el problema planteado, es colocar en un lugar visible a todos las distintas reglas que los grupos crearon, y ver cómo a partir de ellas se solucionan los casos que se hayan escogido (ratón de laboratorio, horripilante cucaracha, etc.)

Por ejemplo: si un grupo dice “tienen derecho a la vida todos los animales que no sean nocivos para el hombre”, el animador debe evidenciar a qué otros animales, fuera de los seleccionados en el ejercicio, se aplicaría (por ejemplo, tendrían derecho a la vida los canarios, los gatos o los pingüinos, pero perderían el derecho los piojos, los mosquitos y las garrapatas). Igualmente, puede mostrar algunas de las paradojas a las que puede llevar la regla: por ejemplo: si la vaca no es dañina para el hombre, tiene derecho a la vida, luego no se podría sacrificar para comer su carne.

Obviamente, las construcciones pueden adoptar matices más complejos. Supongamos una regla del estilo: tienen derecho a la vida los animales que sientan dolor. En este caso, la diferenciación es más sutil, e implica juicios de valor sobre los que la ciencia o la experimentación nos pueden aportar poco. Por ejemplo: ¿quién puede afirmar, y con base en cuál evidencia, que los insectos sufren dolor? O, ¿cómo comparar el dolor humano con el de las vacas, los perros o los peces? ¿Y las de todos estos con el de las lombrices?

De cualquier manera, es muy importante trabajar sobre este punto de las reglas, para evitar que los grupos ocupen todo su tiempo discutiendo caso por caso, sin preocuparse por construir paráme-

tros generales. La utilidad de estas últimas, como deberá evidenciarse al final del ejercicio, no es sólo que ellas nos permiten resolver los casos similares que se nos presenten. Se trata, sobre todo, de evidenciar que ellos nos dan un sentido claro de las consecuencias de las reglas. Por ejemplo, la extensión universal del derecho a la vida de todos los animales nos hace inmediatamente vegetarianos.

EL SENTIDO DEL DEBATE

Por supuesto, es imposible prever la gama de respuestas posibles que construya cada grupo. Ello dependerá no sólo de sus preocupaciones cotidianas (si son estudiantes, campesinos, indígenas, obreros, estudiantes, etc.) sino también de su información previa en materia de derechos. Ello no obstante, es conveniente estar preparado para afrontar y aportar desde las siguientes discusiones:

La relación entre derecho e instinto natural

Si los animales matan por instinto, no podría aplicárseles un estatuto jurídico. En todo caso, éste no llevaría a nada: ¿de qué sirve informarle a un tiburón que no puede comer otros peces?

Por el contrario, los hombres pueden evitar o modigera sus tendencias instintivas, y por eso ellos mismos podrían acordar normas que propicien el respeto a la vida de los otros seres vivos del planeta. Es decir, el hombre sí puede obligarse a respetar la vida de ciertos animales o ciertas especies. Por ejemplo: la protección de especies en vías de extinción, las modalidades de pesca, la veda de caza.

Sin embargo, es conveniente hacer caer en la cuenta de que en este evento se dan dos fenómenos distintos: el que el hombre se obligue no implica que el animal tenga un derecho. De ser así, frente a algunas conductas tendríamos difícilmente respuesta: ¿Por qué respetar el derecho a la vida de especies en vías de extinción y no, por ejemplo, de las vacas o las gallinas? ¿Si la posibilidad de desaparecer es lo que confiere el derecho, cómo reaccionar frente a nuestra pretensión de acabar sistemáticamente con ciertas clases de animales como los mosquitos, las babosas, los ratones, las cucarachas y similares?

En este punto, es necesario reconocer que no existe conexión necesaria entre la obligación que podamos adquirir los humanos de proteger ciertas vidas y la condición de derecho o no de estas vidas protegidas: si un venado es cazado fuera de temporada, o por fuera

del territorio vedado, ¿tiene derecho a una indemnización? ¿A quién iría ésta?

La relación entre postular un derecho y hacerlo efectivo

¿De qué sirve otorgar derechos a seres que no pueden reclamarlos en caso de que se les violen? Veamos el caso del toro de lidia o de ratón de laboratorio: asignarles derecho a la vida implica que deben acabarse inmediatamente los experimentos con animales, las corridas, las peleas de gallos o de perros, etc. Pero, en el evento en que éstas sigan reproduciéndose aún contra la prohibición, tocaría analizar los derechos de las víctimas: ¿Pueden invocar protección? ¿Pueden reclamarle indemnizaciones al Estado por su falta de acción? ¿Pueden demandar por interpuesta persona a quienes los sigan aniquilando?

En este caso, y de acuerdo con las condiciones del grupo, el ejemplo puede extenderse al caso de los humanos. ¿Se trataría de la misma situación si se la compara a la de un país en donde se tiene el derecho a la vida, pero éste es continuamente irrespetado? Hay que hacer visible cómo, en este evento, se trataría de dos situaciones diferentes: en el caso de los humanos, precisamente porque puede ser irrespetado, existen mecanismos para proteger la vida o denunciar el riesgo de la vulneración del derecho. Cuestión que por el momento es difícil en el evento de violaciones al derecho a la vida de animales por parte de la humanidad, e imposible en el evento de aplicarse a derechos donde los obligados sean animales (a menos que surja una forma viable y razonable de exigir una indemnización a un tiburón por posibles desafueros en el manejo de su instinto carnívoro).

La relación entre animales protegidos con derechos y seres humanos indefensos protegidos por derechos

¿Cuál es la diferencia entre ejercer un derecho a nombre de un recién nacido, un enajenado mental o una persona en coma profundo, y hacerlo a nombre de un animal? En ambos casos, la persona protegida no puede expresarse o defenderse. Pero: ¿cambian las circunstancias? ¿En qué?

Este es un punto en donde puede introducirse el postulado de que, por el momento, los derechos humanos son inherentes a los seres humanos. Ya que, en efecto, si nos atuviéramos a los niveles de comprensión y comunicación sería difícil establecer diferencias radicales entre una persona en coma y una mascota adiestrada, la solución puede provenir de un acto de afirmación de especie: los derechos de esta persona que está en coma, privada de la posibilidad de comunicarse, provienen del hecho de

pertenecer a los humanos, le son inherentes a su condición de persona humana, sin importar sus cualidades ni sus circunstancias actuales.

La diferenciación entre animales de acuerdo con las necesidades o conveniencias humanas

Normalmente, los grupos deben llegar a un punto en que deben convenir en crear categorías de animales, de acuerdo con las exigencias o intereses de los mismos humanos. Por ejemplo, entre nocivos o no nocivos, útiles o no útiles, en vías de extinción o plagas, etc. En estos casos, la distinción apunta a conferir el derecho a la vida sólo a uno de los polos, generalmente en el ámbito positivo para nosotros (útiles, no nocivos, etc.). Lo que supone debates éticos y prácticos: ¿por qué unos sí y otros no? ¿De qué mecanismos de protección disponen aquellos grupos a quienes sí se garantiza el derecho a la vida (u otros derechos, como a la sobrevivencia como especie, etc.)?

El tipo de derechos de los que serían titulares los animales

Si bien con el derecho a la vida la cuestión parece relativamente simple, el pensar en otras categorías de derechos lleva a puntos difíciles de resolver: ¿Bajo qué parámetros podría invocarse el derecho a la libertad de los animales para hacer lo que quieran o desarrollar su personalidad? ¿Tienen los animales algo parecido a la capacidad de optar, que debiéramos proteger? Y, si no la tienen, ¿de qué les serviría la libertad? ¿Podría predicarse entre ellos un estatuto de igualdad de trato, por ejemplo?

La determinación de los obligados

Suponiendo que algunos grupos confieran y mantengan derechos a los animales, ¿a quiénes conciben como obligados a respetarlos o defenderlos? Parece evidente, en última instancia, que sólo los humanos podrían adoptar el carácter de obligados. Y, más aún, participantes más informados nos recordarán que de hecho existen convenciones y tratados de protección a los animales. El problema se replantea, entonces, como veíamos antes: el hecho de que los hombres se hayan obligado entre sí a adoptar ciertas conductas frente a los animales (por ejemplo, excluirlos de tratos crueles, o protegerlos en caso de peligro de extinción) ¿les confiere derechos a éstos? O, por el contrario, ¿debe hacerse un recorrido más sutil, en donde quienes adquieren el derecho son otras personas o grupos interesados en la protección de las especies, quienes gracias a estas herramientas pueden obrar en defensa de las mismas?

NOTAS PARA EL CIERRE

Al final de la conversación que sugiera este ejercicio, es conveniente tener en cuenta algunos elementos centrales para nuestra propuesta de formación, tales como:

¿Qué aprendimos sobre los derechos a partir de la charla?

Aproximarnos al lenguaje de los derechos tiene sus particularidades. Es bueno diferenciar el uso que del término hacemos en el lenguaje corriente, a cuando se utiliza ya de manera un poco más técnica.

¿Existe una relación entre el dilema se trabajo y el campo de los derechos humanos?

La pregunta sobre los posibles derechos de los animales nos obliga a precisar aspectos que después deberemos retomar al adentrarnos en el terreno de los derechos humanos: ¿cuál es el derecho, a quién protege, quiénes son los obligados y en qué niveles, existen mecanismos para la protección o restauración del derecho?

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Por lo general, este debate ha ocupado más a los filósofos morales que a los mismos filósofos del derecho. Durante la década de los 70, en el siglo pasado, el libro de Peter Singer, *Liberación Animal* (Editorial Trotta, Colección estructuras y procesos, 1975, edición traducida al español de 1999, 334 pp.), generó todo un movimiento de respaldo a las tesis de que los derechos deben extenderse a los no humanos, so pena de caer en el especismo (defensa de una especie). De dicho texto seleccionamos unos apartes, aun cuando recomendamos toda su lectura.

De hecho, la idea de “los derechos de los animales” se usó en otro tiempo para ridiculizar el tema de los derechos de las mujeres. Cuando Mary Wollstenecraft, una precursora de las feministas de hoy, publicó su *Reivindicación de los derechos de la mujer*, en 1792, muchos consideraron absurdos sus puntos de vista y al poco tiempo apareció una publicación anónima titulada *Reivindicación de los derechos de los brutos*. El autor en esta obra satírica (ahora se sabe que fue Thomas Taylos, un distinguido filósofo de Cambridge) intentó rebatir los argumentos de Mary Wollstenecraft demostrando que podían llevarse un paso más lejos. Si tenía sentido hablar de igualdad con respecto a las mujeres, ¿por qué no hacerlo con respecto a perros, gatos y caballos? El razonamiento también parecía válido para estas “bestias”, aunque sostener que las bestias tenían derechos era obviamente absurdo. Así, pues, el razonamiento que había conducido a esta conclusión tenía que ser falso, y si era falso al aplicarse a las bestias también tenía que serlo respecto a las mujeres, ya que en ambos casos se habían usado los mismos argumentos.

Para explicar las bases de la igualdad de los animales, sería conveniente empezar analizando la causa de la igualdad de la mujer. Asumamos que queremos defender el tema de los derechos de las mujeres contra el ataque de Thomas Taylor. ¿Cómo hemos de responder?

Una posible réplica sería decir que no es válido extender el argumento de la igualdad entre hombres y mujeres a los animales no humanos. Las mujeres tienen derecho al voto, por ejemplo, porque son exactamente tan capaces de tomar decisiones racionales sobre el futuro como los hombres; por el contrario, los perros son incapaces de comprender el significado del voto y, por tanto, no pueden tener derecho al mismo. Hay muchos otros aspectos obvios de semejanza entre los hombres y las mujeres, pero entre los humanos y los animales existe una enorme diferencia. Así, pues, se podría decir, los hombres y las mujeres son seres similares y deberían tener similares derechos, mientras que los humanos y los no humanos son diferentes y no deben tener los mismos derechos.

El razonamiento que esconde esta réplica a la analogía de Taylor es correcto hasta cierto punto, pero no llega lo bastante lejos. Obviamente, existen diferencias importantes entre los humanos y otros animales y tiene que dar lugar a ciertas diferencias en los derechos que tenga cada uno. No obstante,



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

reconocer este hecho evidente no impide que se extienda el principio básico de la igualdad a los animales no humanos. Las diferencias que existen entre los hombres y las mujeres también son innegables, y los defensores de la liberación de la mujer son conscientes de que estas diferencias pueden originar derechos diferentes. Muchas feministas sostienen que las mujeres tienen derecho a abortar cuando lo deseen. De esto no se infiere que, puesto que hacen campaña para conseguir la igualdad entre hombres y mujeres, tengan que defender también el derecho de los hombres al aborto. Puesto que un hombre no puede abortar, no tiene sentido hablar de su derecho a hacerlo. Puesto que un perro no puede votar, no tiene sentido hablar de su derecho a hacerlo. No hay ninguna razón por la que la liberación de la mujer o la de los animales tengan que complicarse con semejantes desatinos. Extender de un grupo a otro el principio básico de la igualdad no implica que tengamos que tratar a los dos grupos exactamente del mismo modo, ni tampoco garantizar los mismos derechos a ambos. Que debamos hacerlo o no dependerá de la naturaleza de los miembros de los dos grupos. El principio básico de la igualdad no exige un tratamiento igual o idéntico, sino una misma consideración. Considerar de la misma manera a seres diferentes puede llevar a diferentes tratamientos y derechos...

Si un ser sufre, no puede haber justificación moral alguna para negarse a tener en cuenta ese sufrimiento. Al margen de la naturaleza del ser, el principio de igualdad exige que –en la medida en que se puedan hacer comparaciones grosso modo– su sufrimiento cuente tanto como el sufrimiento de cualquier otro ser. Cuando un ser carece de la capacidad de sufrir, o de disfrutar o ser feliz, no hay nada que tener en cuenta. Por tanto, el único límite defensible a la hora de preocuparnos por los intereses de los demás es el de la sensibilidad (entendiendo este término como una simplificación que, sin ser estrictamente adecuada, es útil para referirnos a la capacidad de sufrir y/o disfrutar). Establecer el límite por alguna otra característica como la inteligencia o el raciocinio sería arbitrario. ¿Por qué no habría de escogerse entonces otra característica, como el color de la piel?

El racista viola el principio de igualdad al dar más peso a los intereses de los miembros de su propia raza cuando hay un enfrentamiento entre sus intereses y los de otra raza. El sexista viola el mismo principio al favorecer los intereses de su propio sexo. De modo similar, el especista permite que los intereses de su propia especie predominen sobre los intereses esenciales de los miembros de otras especies. El modelo es idéntico en los tres casos.

De entre las múltiples respuestas que ha generado esta posición, seleccionamos la de Peter Carruthers, quien en su libro *La cuestión de los Animales: teoría de la moral aplicada* (Universidad de Cambridge, 1992, traducción al español de 1995, 246 pp.), se opone a la idea de hacer extensivos los derechos a las especies animales.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

La plena competencia en el uso de un lenguaje natural humano (o algo lo bastante similar) al parecer sería una condición suficiente para que se considerara que una criatura es un agente racional. Toda criatura capaz de utilizar un sistema de signos con la expresividad de un lenguaje natural humano ha de ser capaz de utilizarlos con la intención de persuadir a otros usuarios de ese lenguaje y, por ende, ha de poseer creencias de segundo orden sobre las creencias de esos usuarios. Como esa criatura también tendría la capacidad de representar futuros posibles, así como las situaciones de que dependen, sería capaz de hacer planes a largo plazo. Por otra parte, un sistema de signos que tuviera la expresividad del lenguaje humano permitiría así mismo representar diversos sistemas de normas posibles, así como las consecuencias de la aceptación universal de dichas normas... A la luz de las afirmaciones formuladas en secciones anteriores, de hecho, la única posibilidad real de demostrar que un animal es un agente racional sería su capacidad de utilizar un lenguaje suficientemente evolucionado...

Se puede decir que muchos animales tienen creencias y deseos, así como que algunos (en particular los simios) tienen creencias y deseos de segundo orden. No obstante, ningún animal posee las demás cualidades necesarias para ser considerado un agente racional. Concretamente, ningún animal parece ser capaz de hacer planes a largo plazo, o de imaginar distintos futuros posibles. Y ningún animal parece capaz de conceptualizar normas generales convenidas socialmente (y menos aún de obrar conforme a ellas)...

2

Los derechos nucleares



Autor: Blanca Stella Brunal Soto. Exposición: "Colombia Imágenes y Realidades". Fundación Dos Mundos -OACNUDH

OBJETIVOS

- Reflexionar sobre los derechos más cruciales para la vida en sociedad.
- Proponernos la construcción de derechos desde nuestra propia experiencia.

PLANTEANDO EL PROBLEMA

Generalmente, estamos acostumbrados a asumir los derechos humanos como un catálogo abierto, siempre con tendencias a la ampliación. Es decir, seguimos fácilmente la consigna de que los derechos son como una especie de tesoro que hasta ahora estamos hallando. Sobre todo, si no se precisan claramente quiénes son los obligados, o en cuáles condiciones deben concederse estos derechos.

Obviamente, esta actitud responde a una visión pragmática: es mejor tener derechos que no tenerlos. Y cuantos más, mejor. Máxime cuando la tendencia global es a dotar de Cartas de Derechos a grupos poblacionales específicos. Con lo que tendríamos, por mencionar algunos a manera de ejemplo, los derechos humanos, los que buscan eliminar las formas de discriminación contra la mujer, los de los niños, los del medio ambiente, los de los pueblos indígenas, los de los consumidores. Y así sucesivamente.

Sin embargo, aunque necesaria, la idea del catálogo o listado amplio impide que nos concentremos en el análisis de los mismos derechos, de su razón de ser, del sentido estratégico de su protección. Y, mientras esto sea así, la pretensión de exigencia sobre los mismos puede llegar a ser más ritual que real. Nos son, de alguna manera, externos. No los asumimos como propios: están ahí, en un listado. Esperamos que un ente como la Corte Constitucional nos lo recuerde, por ejemplo cuando invoca el llamado Bloque de Constitucionalidad.

Una buena manera de apropiarse del sentido de los derechos es volver a las posiciones de origen. Es decir, aquellas previas a la constitución de Estado o de la esfera pública. Imaginarnos antes y después de los derechos nos puede ayudar no sólo para discutir cuáles serían los derechos más estratégicos, sino para determinar a quién reclamarlos. Además, esta forma de construcción da una idea inmediata del sentido de integralidad de los mismos, pues al momento de obligarnos a proponer los que consideramos indispensables, se observa la necesaria interrelación que debe existir entre derechos de diferente índole.

UN DILEMA PROPICIADOR

La moda de los programas en directo, o *realities*, puede ser una buena excusa para discutir el tema. Sobre todo, por cuanto muchos de ellos acuden a una especie de réplica del estadio natural, previo a cualquier autoridad, para establecer la convivencia. Los concursantes, por ejemplo, están librados a su propia suerte, y deben cons-

truir las reglas mediante las cuales asegurarán su propia supervivencia.

Por supuesto, posteriormente los mismos organizadores del concurso alteran la consigna de origen, e introducen variantes regladas que demuestran a las claras que se está lejos de una sociedad en vías de organización autónoma: concursos de fortaleza o habilidad, juicios rígidos que llevan a la desvinculación de personas, etc. Pero la idea original puede rescatarse, dada la familiaridad que aparentemente hemos generado hacia estos experimentos o, como acostumbran llamarlos en el medio, *formatos*.

Ello no obstante, nosotros introducimos un dilema que guarda alguna conexión con lo anotado, pero donde las reglas sí obedecen a un cierto cálculo autónomo de supervivencia grupal: un crucero moderno naufraga cerca de una isla totalmente desierta e incomunicada. Logra sobrevivir un número ligeramente superior a mil personas, entre las que se encuentran muchas diferencias: hay niños, adultos y ancianos, hombres y mujeres, gordos y flacos, ilustrados y analfabetos, limitados físicos y sanos, fuertes y débiles, inteligentes y estúpidos, de negros a blancos (pasando por todos los matices), etc.

Algunas personas logran rescatar algunos utensilios (como cuchillos, linternas, caretas de buceo y ropa), otros cargan billetes o joyas, y otros solo tienen su piel. Unos logran rápidamente hacerse a cavernas o árboles y otros no. Unos necesitan medicamentos o cuidados para sobrevivir y otros no. Y así, de manera similar, con muchas otras condiciones.

Para organizar la vida en la isla, lo primero que se hace es nombrar un comité organizador (especie de Estado), encargado de liderar los esfuerzos hacia la supervivencia (repartir alimentos y medicinas, distribuir mantas y refugios, evitar peleas, etc.). A cinco personas de ese comité (precisamente, los de cada grupo) se les encarga la tarea de crear un sistema de derechos, que garantice la convivencia. Como no se tiene mucho material para escribir, los derechos deben ser pocos: no más de cinco, de fácil recordación. Y, además, se debe especificar quiénes son los obligados a respetarlos, y qué se hace en caso de incumplimiento de ellos.

Pero a estas cinco personas se les pone una condición: deben pensar el conjunto de derechos sin saber cuál será su situación o posición posterior en la isla: pueden resultar ser hombres o mujeres, niños o ancianos, pobres o ricos, poderosos o sometidos, limitados físicos o sanos y fuertes, hábiles mentales o idiotas, negros o blancos. Y, sea cual fuere esta posición que a la postre fuesen a tener, deben aceptar este núcleo de derechos.

REITERAR LA CONSIGNA

El quid del asunto es que cada grupo trabaje un conjunto de derechos que considere nucleares, centrales, indispensables. Y que, al hacerlo, haga abstracción de la situación que ocupan hoy en la sociedad. Es decir, los derechos deben pensarse de manera tal que uno mismo esté dispuesto a aceptarlos como los esenciales, una vez salga a la sociedad y ocupe no importa qué rol o condición. Es lo que algunos autores han denominado “el velo de ignorancia”.

Una vez consignados los derechos, es importante que los grupos tomen conciencia de a quién exigirselos y cómo hacerlos respetar. En este último punto, es importante insistir en que el grupo sobre el que se trabaja es tan numeroso que dificulta la interacción directa (si se tratara de un grupo de doce o quince personas, como acostumbran actualmente mostrar los llamados *realityes* en televisión, es evidente que la interacción directa y el liderazgo solucionarían la ausencia de lo público institucional).

El comité organizador, que hace las veces de Estado, tiene más o menos definidas sus funciones. A los grupos no les corresponde concentrarse en ellas (por ejemplo, determinar un sistema para el reparto de alimentos o de mantas), sino en los derechos (quiénes tienen derecho a mantas o alimentos)

Como se trabajará en diversos grupos, la idea es que posteriormente se escoge el núcleo de derechos que le parezca mejor a la plenaria.

EL SENTIDO DEL DEBATE

Es bastante probable que los grupos lleguen a un núcleo básico de derechos relativamente común, en donde aparezcan resaltados el derecho a la vida, la libertad, la igualdad y la salud o la protección a la debilidad. Otros derechos, como a vivienda, pueden aparecer reiterativamente también. En otros casos, como con el caso de la propiedad o el trabajo, pueden surgir fórmulas mixtas (que contemplen, por ejemplo, derecho al uso colectivo de bienes, o a la propiedad privada de los utensilios, o la obligación y el derecho a trabajar, etc.).

De igual manera, es más probable que se considere que todos son responsables de estos derechos, y no tanto el comité organizador (que ocupa el rol de lo público).

Igualmente, al restringirse la oportunidad de crear muchos derechos, los grupos tenderán a proponer fórmulas integradas de derechos, y a concebir los unos y los otros como interdependientes.

A partir de todos estos elementos, el trabajo puede orientarse en tres sentidos complementarios:

Inicialmente, generar la idea de cláusulas básicas de derechos. Es decir, formulaciones generales de derechos, de las cuales dependen otros. Un buen ejemplo de ello es la idea de libertad. Una cláusula del estilo: todos tenemos derecho a ser libres, lleva implícitos otros derechos derivados. Por ejemplo: la idea de la prohibición de la esclavitud, de las detenciones arbitrarias, del respeto a la intimidad, de la libre expresión, y similares.

En segundo lugar, es importante trabajar lo relativo a los obligados. En algunos de los derechos, es probable que sea evidente que todos estemos obligados. Por ejemplo a respetar la vida. En otros, puede ser menos evidente. Por ejemplo, derecho a la salud, o a la vivienda, o al trabajo: si todos estamos obligados, ¿quiere decir que yo le puedo pedir que me ayude a cualquiera? ¿O que uno ceda o comparta su vivienda en beneficio de otros? ¿O a que lo que uno produzca, por extensión del derecho de igualdad, deba ser otorgado también a otros?

Generalmente, este punto conecta con la tercera preocupación, que es la de las responsabilidades de una esfera pública. A ella van a parar distintas responsabilidades: generar una idea de bienes públicos, garantizar derechos, castigar infractores, etc.

A partir de estos tres elementos, puede hacerse ya una analogía con lo que sucede a nivel más global con los derechos humanos. En ella, es necesario nuevamente abrir el margen de análisis a los distintos campos propuestos: se puede observar o analizar ahora sí un catálogo cualquiera de derechos (la Declaración Universal, la Constitución Nacional, Derechos de los Niños, etc), y sugerirse un trabajo de revisar cuáles son los nucleares o más importantes, y cuáles los que derivan de otros. Se puede igualmente visualizar desde ese articulado quiénes son obligados, y a quién o a qué instancia compete garantizar su cumplimiento.

Si el desarrollo del grupo lo permite, se puede incluso discutir parcialmente ideas complementarias, que toquen ya la estructura de los derechos humanos internacionales. Por ejemplo, la reflexión sobre si los únicos responsables de derechos humanos deben ser los Estados, por cuanto administran lo colectivo precisamente desde el sentido de desarrollar los derechos humanos, firman pactos en que se obligan a respetarlos y además monopolizan el uso legítimo de la fuerza (Para ello, debe tenerse clara la diferencia entre delitos y violaciones a derechos humanos, ya que éste seguramente será el punto de debate: un particular comete el delito de homi-

cidio, pero sólo el Estado puede ser el responsable por esta violación del derecho a la vida si el particular era un agente suyo).

NOTAS PARA EL CIERRE

Es importante que el tallerista no se pierda en la defensa de uno u otro derecho, por el hecho de que no aparezca en los listados. Ya tendrá oportunidades para invocar la pertinencia de hacer respetar ciertos derechos que él o ella consideren centrales, si no aparecen en este ejercicio.

De igual manera, es importante que respete los mecanismos de lo público que se concerten en los grupos. El objetivo del ejercicio no es llevar a los participantes necesariamente a la convicción de que el Estado democrático debe ser el garante de los derechos humanos. En consecuencia, podría a manera ilustrativa aceptar el reto de pensar que, por ejemplo, formas de autoritarismo puedan ser más eficaces para garantizar algunos de ellos (alimentación o salud) a riesgo de otros (libertad).

Lo estratégico es reafirmar la comprensión de que los derechos nos los damos nosotros mismos, que son una construcción nuestra. Y que, como tales, tienen que ver con nuestra vida. Sobre todo, en la relación que existe entre nuestro propio desarrollo personal y las formas de autoridad que podrían impedirlo o condicionarlo. Y que incluso, como en el caso del ejemplo propuesto, pueden ser vitales para garantizar la sobrevivencia: sin ellos llegaríamos a estados de aniquilación, violencia, rapiña o inhumanidad.

También es importante insistir en la conexión que debe existir entre derecho y obligado. En este punto, es útil recalcar cuándo es conveniente clarificar más precisamente la institución o personas obligadas, y cuándo no.

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

La idea de la posición original en relación fue planteada en los últimos años por John Rawls, en un libro de amplia notoriedad mundial: *Teoría de la Justicia* (Fondo de Cultura Económica, México, 1979, 549 pp.). Como todo texto que alcance este grado de penetración, sus ideas han generado toda clase de críticas y adhesiones, así como posteriores reformulaciones del mismo autor (en especial, en *Liberalismo Político*). Extraemos estos apartes sobre el velo de ignorancia y los principios de justicia que de allí se derivan:

En la justicia como imparcialidad, la posición original de igualdad corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social. Por supuesto que la posición original no está pensada como un estado de cosas históricamente real, y mucho menos como una situación primitiva de la cultura. Se considera como una situación puramente hipotética caracterizada de tal modo que conduce a cierta concepción de la justicia. Entre los rasgos esenciales de esta situación, está el de que nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o status social; nadie sabe tampoco cuál es su suerte en la distribución de ventajas y capacidades naturales, su inteligencia, fortaleza, etc. Supondré, incluso, que los propios miembros del grupo no conocen sus concepciones acerca del bien, ni sus tendencias psicológicas especiales. Los principios de justicia se escogen tras un velo de ignorancia. Esto asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias de las circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger los principios. Dado que todos están situados de manera semejante y que ninguno es capaz de delinear principios que favorezcan su condición particular, los principios de justicia serán el resultado de un acuerdo o de un convenio justo, pues dadas las circunstancias de la posición original y las simetrías de las relaciones entre las partes, esta situación inicial es equitativa entre las partes en tanto que seres morales, esto es, en tanto que seres racionales con sus propios fines, a quienes supondré capaces de un sentido de justicia...

Sostendré que las personas en situación inicial escogerían dos principios bastante diferentes: el primero exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad...

De Ronald Dworkin, *Los Derechos en serio* (Editorial Planeta Agostini, Barcelona, 1989, pp. 268 a 275) escogemos estos extractos, en donde comenta la teoría de Rawls:

El derecho básico de la teoría profunda de Rawls debe ser, por consiguiente, un derecho abstracto, es decir, que no sea derecho a ningún objetivo individual determinado. Dentro de los conceptos ordinarios de la teoría política, hay dos candidatos a desempeñar este papel. El primero es el derecho a la libertad... Sin embargo, es imposible tomar el derecho a la libertad como el derecho fundamental en la



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

teoría profunda de Rawls. Supongamos que definimos la libertad general como el mínimo posible de restricciones globales, ya sean impuestas por el gobierno o por otros hombres, a lo que un hombre pueda querer hacer. Entonces debemos distinguir entre esta libertad general y las libertades particulares, es decir la exención de tales restricciones en determinados actos a los que se considera especialmente importantes, como la participación en política... De manera que si se ha de suponer que los hombres de Rawls tienen algún tipo de derecho a la libertad que tiene su origen en la situación contractual, debe ser derecho a determinadas libertades. Rawls enumera efectivamente una lista de libertades básicas, que son las que sus hombres deciden proteger mediante su primer principio de justicia...

El segundo concepto ordinario de la teoría política es aún más abstracto que el de libertad. Se trata de la igualdad, y hay un sentido en el cual los hombres y mujeres colocados en la posición original no tienen otra opción que protegerla. El velo de ignorancia en la posición original está determinado de tal manera que el interés antecedente de todos debe residir, como ya lo dije, en la misma solución. El derecho de cada hombre a que se lo trate con equidad, sin tener en consideración su persona, su carácter o sus gustos, queda validado por el hecho de que nadie puede asegurarse una posición mejor en virtud de que es diferente en alguno de esos aspectos...

3

No hay derechos
absolutos



Autor: Delphine Magre. Exposición: "Colombia Imágenes y Realidades". Fundación Dos Mundos -OACNUDH

OBJETIVOS

- Reflexionar sobre el carácter incompleto y contradictorio de los derechos.
- Valorar los derechos a partir de sus limitaciones.

PLANTEANDO EL PROBLEMA

Uno de las características que más cuesta asumir a quienes trabajamos en pro de la vigencia de los derechos humanos, es su carácter relativo. Es como si todos quisiéramos que éstos adquirieran un blindaje que los hiciera intocables, de forma tal que se garantizara siempre el mayor cumplimiento posible de ellos. Y, en tal sentido, cualquier comprensión que los haga ver como opcionales, parciales o recortables nos deja insatisfechos, porque asumimos que entramos al campo del relativismo o del cálculo político, en donde la expectativa de su aplicación dependiera de consideraciones subjetivas de quienes tienen el poder.

Sin embargo, todos los tribunales e instancias de protección de derechos humanos nos reiteran una y otra vez la máxima de que no hay derechos absolutos. Y no los hay, en varias perspectivas.

Primero, porque todo derecho es susceptible de limitaciones. El contorno mismo de su aplicación requiere ser delimitado, lo que podría ir de por sí en detrimento de una comprensión expansiva del mismo. Piénsese, por ejemplo, en el lugar común de que mi libertad tiene como límite la libertad de los demás.

Adicionalmente, por cuanto este derecho, ya limitado, coexiste con el ejercicio y reivindicación de otros derechos de igual entidad. Por ejemplo, se espera que el derecho a la libre expresión coexista con el derecho a la intimidad. Pero: ¿qué sucede cuando, en desarrollo de la libre expresión, yo quiero divulgar hechos protegidos por el derecho a la intimidad? ¿Si me entero de un secreto que interesa a otros, pero cuya divulgación al mismo tiempo afecta sensiblemente a aquellos que lo protegen?

También, acontece que los derechos entran en conflicto con otros principios que informan la vida en sociedad. Por ejemplo: generalmente aceptamos como indiscutibles preceptos como el que establece la primacía del interés general sobre el particular. Pero, ¿qué sucede cuando, para que se cumpla el interés general, se ponen en riesgo mis derechos individuales? Piénsese, a manera de ejemplo, en lo que acontece con el servicio militar obligatorio: me obligan a ir para defender a la patria, que es una abstracción que en últimas cobija al bienestar de otros diferentes a mí, así ahí esté también mi propia familia. Situación que se torna más restrictiva en situaciones excepcionales. Como cuando se invocan como necesarias, en casos de guerra, sensibles restricciones a la libertad o a la igualdad.

UN DILEMA PROPICIADOR

Estamos en un Estado imaginario, que tiene una gran cohesión social y vive armónicamente. Se trata de un país que está totalmente rodeado, en todos sus límites, por otro Estado con el que no guarda ninguna relación, por un pasado plagado de incomprensiones y rencillas.

La situación poblacional de nuestro Estado es la siguiente:

En nuestro territorio contamos con las siguientes particularidades:

- 100.000 personas en total. 50% hombres, 50% mujeres. (aplicado a cada uno de los segmentos de edad)

Repartidas por edades, así:

- 10.000 mayores de sesenta años
- 30.000 mayores de 30 y menores de 60
- 40.000 mayores de 18 y menores de 30
- 20.000 menores de 18

En materia de salud, tenemos:

- 2.000 mujeres embarazadas entre 18 y 30 años, 1.000 mujeres embarazadas entre 30 y 60 años, y 500 mujeres embarazadas menores de 18 años.
- 5.000 enfermos graves, de los cuales 2.000 mayores de 60, 1.000 entre 30 y 60, 1.000 entre 18 y 30 años y 1.000 menores de 18 años.
- 8.000 enfermos leves, de los cuales 2.000 mayores de 60, 2.000 entre 30 y 60, 2.000 entre 18 y 30 y 2.000 menores de 18.
- 10.000 atletas (condiciones físicas envidiables), de los cuales 500 mayores de 60, 1.500 entre 30 y 60 años, 5.000 entre 18 y 30 años y 3.000 menores de 18 años.

En lo que respecta a derechos previos, nos hemos puesto de acuerdo en lo siguiente:

Queremos el desarrollo de un Estado de Bienestar, Solidaridad y Justicia Social. Para ello, hemos determinado tres reglas fundamentales:

- Respeto a la vida.
- Respeto a la igualdad ante la ley. Todos tenemos derecho a ser tratados como los demás, y cualquier discriminación debe justificarse.
- Respeto a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad: en principio, tenemos derecho a la mayor libertad posible, siempre y cuando nuestros actos no dañen a los demás. Cualquier

restricción de esta libertad debe justificarse. (En algunos casos, es posible y deseable también utilizar los derechos mínimos que se acordaron en el dilema anterior).

Situación:

De manera sorpresiva, se descubre petróleo. Pero la dicha no nos dura mucho, pues inmediatamente nos llega la noticia de que nuestros vecinos, de la noche a la mañana convertidos en enemigos, han decidido armar un ejército para ir "a por el petróleo".

No tenemos la posibilidad de ayuda externa, ni de acudir a trucos como emboscadas, escondites, nuevas negociaciones, ejercicios de convicción y similares.

Enviamos sí a nuestros mejores negociadores, quienes han regresado con el mejor escenario de arreglo posible, de acuerdo con nuestro enemigo:

- 1.- Podemos aceptar la esclavitud de toda nuestra población hasta la cuarta generación y entregar el petróleo. A cambio, ellos nos respetarán la vida.
- 2.- Podemos entregar el petróleo y a un número de 20.000 hombres (del género masculino), seleccionados por nosotros mismos. En contrapartida, ellos se comprometen a respetar la vida y los derechos de las otras personas.

Como no nos hemos quedado quietos, también le hemos encargado a un grupo de expertos que evalúe la posibilidad de triunfar en una confrontación bélica frente al enemigo.

De acuerdo con éste, es posible ganarles. Pero, para ello, se requiere seguir los siguientes pasos:

- 1.- Formar un ejército de 50.000 personas máximo.
- 2.- Utilizar dos contingentes distintos. El primero, de 30.000 personas, debe confrontar directamente al enemigo en un combate sin cuartel del cual, muy seguramente, todos saldrán muertos. El segundo, de 20.000, debe contra atacar, y en este contra ataque muy seguramente se logrará llegar hasta el centro de poder del enemigo y someterlo con muy pocas bajas.

Nuestras opciones:

Se ha conformado un comité de ciudadanos (el grupo) para presentarle al pueblo la mejor estrategia a adoptar.

Tenemos, de acuerdo con lo analizado, cuatro opciones:

- Opción 1: dejarnos asesinar masivamente. En este caso debe elaborarse una regla, dirigida a nuestros nacionales, que evidencie que esta medida es la que mejor garantiza el respeto de los derechos a la vida, igualdad y libertad.
- Opción 2: entregar el petróleo y a los 20.000 hombres, escogidos por nosotros mismos, para que sean sacrificados. En este caso, se debe crear una o varias reglas que permitan establecer quiénes conforman este grupo, de donde quede claro por qué se les afectaron a ellos más los derechos a la vida y la igualdad. No hay voluntarios.
- Opción 3: aceptar la esclavitud de todos hasta la cuarta generación, y entregar el petróleo. En este caso, debe establecerse una regla mediante la cual se evidencie que esta medida es la que mejor respeta los derechos a la vida e igualdad, con los límites absolutos a los derechos de libertad.
- Opción 4: luchar. En este caso, es necesario construir un conjunto de reglas que especifiquen quiénes conforman el ejército (no hay voluntarios), quiénes conforman el primer contingente (de entre los seleccionados), y quiénes el segundo contingente, y por qué a éstos se les afectó de manera más grave los derechos a la vida, libertad e igualdad.

La decisión final:

Triunfa la estrategia que pruebe, mediante argumentos, mantener de la mejor forma posible nuestras tres normas de convivencia: vida, libertad e igualdad.

REITERAR LA CONSIGNA

Más que un ejercicio sobre estrategia militar, se busca propiciar un debate sobre los límites de los derechos. Y, en especial, sobre lo que acontece con ellos en situaciones dramáticas.

Por ello, el tallerista debe hacer énfasis en que lo que está en discusión es la posibilidad de mantener los principios y derechos que mueven y motivan a nuestra sociedad, aun en casos difíciles, y al costo de limitarlos.

Hay que advertir que este ejercicio genera reacciones muy diversas, en especial porque saca a la luz pública preconcepciones de los asistentes en temas como el conflicto armado, la guerra o el valor de la vida. Hay que tener cuidado con ello, pues puede derivar fácilmente hacia una discusión sobre visiones distintas de la

vida, sin concentrarse en la propuesta de analizar y vivenciar la idea de la existencia de derechos absolutos.

Hemos mantenido el dilema propiciador a pesar de este riesgo, por cuanto pone en la balanza precisamente el derecho a la vida, que es el que estamos más dispuestos a considerar como absoluto, sin avanzar tan frontalmente en campos como el religioso o el moral. Otras presentaciones de dilemas similares, como acontecería con casos de eutanasia o aborto, podrían ser más o menos convenientes, teniendo en cuenta el perfil de los grupos.

(En esos casos, los dilemas podrían ser más o menos del siguiente orden: un pariente suyo ha manifestado en todas las reuniones familiares que no quiere vivir dependiendo de una máquina que le dé respiración artificial. Sufre un accidente, y queda en estado de coma, con comprobado daño cerebral. Los médicos dicen que si lo desconectan del respirador artificial, muere. En el mismo hospital, un paciente espera un corazón con el cual espera salvar su vida. Su esposa se entera de la situación de su pariente, y le solicita que autorice desconectar el respirador para posibilitar el transplante de órganos cuanto antes. Varios de sus familiares insisten en que el derecho a la vida de su pariente no se puede vulnerar, y el médico del enfermo del corazón insiste en que el derecho a la vida de su paciente le impone el deber de recomendar de manera inminente la operación. Si pudiera tomar la decisión, ¿qué resolvería, por qué, y cómo catalogaría el derecho a la vida de las dos personas involucradas?)

De igual manera, nuestra experiencia ha demostrado que este dilema es inconveniente para el trabajo con grupos que han asumido consignas en relación con derechos, en donde éstos adquieren el carácter de absolutos en razón de los principios que dan sentido al colectivo, y en cuyo caso el dilema lleva es a desmotivar o a poner en cuestión la acción reivindicativa o política (Esto acontece, por ejemplo, con activistas de causas como la de la no violencia absoluta, o con equipos que han optado por la defensa válida de principios como los de “las mujeres no aportamos hijos para la guerra”). En estos eventos, conviene preparar un dilema que ponga en contexto la limitación de derechos menos polémicos, como los de igualdad o libertad (más adelante, se encuentran dilemas de esta índole, que pueden ayudar a preparar una actividad para este ejercicio).

EL SENTIDO DEL DEBATE

Aun cuando todos los grupos experimentarán las dificultades de la limitación de derechos, no es fácil prever respuestas simples. Varios, seguramente optarán por la guerra, mientras que otros por una modalidad que les permita perder el mínimo de vidas humanas.

Además, el hecho de experimentar el límite no siempre lleva a aceptarlo: a pesar de constatar la utilidad aparente de ciertas estrategias, existen grupos que optan por un pacifismo radical que mantenga incólume el derecho ilimitado a la vida.

En este primer aspecto, la labor del tallerista no necesariamente es la de imponer un determinado tipo de límite, sino la de hacer notar que por lo menos hipotéticamente es posible pensar en distintas formas de limitar los derechos, y que éstas no necesariamente significan un desconocimiento total del derecho en cuestión.

Una dificultad real es la de encontrar reglas que limiten los derechos. Aunque las matemáticas sirven, dado que generalmente los grupos tienden a elaborar reglas que garanticen ganar la guerra, la tarea suele ser más compleja: cómo generar fórmulas que permitan distinguir en casos dramáticos, donde en apariencia están en juego los bienes más preciados de la persona.

En este sentido, el tallerista debe estar atento a evidenciar el sustrato de las distintas reglas que se propongan, en especial en lo que tiene que ver con los derechos. Por ejemplo: lo que significa priorizar la vida de los más jóvenes sobre los más viejos, de los hombres sobre las mujeres, de los enfermos sobre los sanos, etc. Por esta vía, puede mostrar cómo en la práctica este es el sentido de varios de los derechos fundamentales que rigen en Colombia (por ejemplo, protección prevalente a poblaciones vulnerables), pero que a la vez por ese mismo camino se ha limitado el derecho de algunos grupos sociales (a la guerra van los más aptos, dentro de un rango generacional y de género bien preciso).

Otro de los elementos importantes a resaltar tiene que ver con la constatación de la integralidad. Todos los grupos, al tener que decidir su estrategia, han pasado por esta evidencia: no vale la pena proteger un solo derecho, pues el sentido de su existencia es inocuo sin otros complementarios. Esto le sirve al animador para iniciar un debate de esta índole, en donde las personas puedan incluso ampliar el rango de los derechos que deben protegerse armónicamente en aras de ofrecer una real protección individual y colectiva.

Finalmente, la discusión habrá llevado también a los grupos al límite de discutir si uno de los derechos puede ser totalmente vulnerado, en aras de garantizar por lo menos en parte los otros. Por ejemplo, si vale la pena perder completamente el derecho a la libertad, con miras a preservar la vida. O conculcar el derecho a la vida de unos, entregándolos al enemigo en sacrificio, para salvar a otros. Aquí, el tallerista puede introducir el debate en torno al núcleo esencial de los derechos. Esta teoría tiende a balancear la aprecia-

ción de que no existen derechos absolutos. Porque, si bien esto último es cierto, ello no quiere decir que un derecho pueda ser totalmente vulnerado. Siempre debe existir una especie de corazón del derecho que debe respetarse.

Aunque es difícil establecer este núcleo, ya que la tarea consiste en ubicar el conjunto de atributos de un derecho que nunca pueden ser limitados, ni aún en casos de excepción, una vez se construye el mismo, es intocable.

Quizás por ello nos es tan difícil aceptar las opciones en donde uno de los derechos humanos sencillamente desaparece, aún si se invoca que ello se hace precisamente para salvaguardar a los otros. Luego, cabría preguntarse: ¿qué sería para el grupo lo intocable, lo que constituiría el núcleo esencial de los derechos a la vida, la igualdad y la libertad?

NOTAS PARA EL CIERRE

Es importante que al momento del cierre, el facilitador reitere los aspectos que buscaba problematizar el ejercicio:

“No hay derechos absolutos” es una evidencia a partir de la cual es posible precisamente desarrollar los derechos. Por ello, la expresión no equivale a decir que la posibilidad de limitar un derecho sea similar a anularlo.

La discusión de cuándo las limitaciones a un derecho equivalen a hacerlo totalmente inoperante, es política y no técnica. Es decir, la ciudadanía debe participar en la comprensión y defensa de los núcleos básicos de cada derecho, que supone la protección de un mínimo intocable del mismo. Si esto no es así, la delimitación y ámbito de aplicación o inaplicación de los derechos humanos queda en manos de quien detente el poder, a pesar de su existencia formal.

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Esta vez, acudimos como material de lectura a extractos de sentencias de la Corte Constitucional. Y ello por cuanto a la Corte le ha correspondido desarrollar con mucha fuerza esta idea de que no existen derechos absolutos, especialmente cuando debe buscar el equilibrio entre derechos en pugna, o cuando debe pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de normas que limitan derechos.

En Sentencia C-475 de 1997, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte declaró inconstitucionales tres normas que se ocupaban de regular el momento a partir del cual una persona, cuya conducta está siendo penalmente investigada, tenía derecho de conocer las respectivas diligencias y asumir plenamente su defensa. En su argumentación, definió con bastante claridad los riesgos de asumir los derechos como ilimitados¹:

En efecto, en los términos de la demanda, considerar que un determinado derecho fundamental tiene carácter ilimitado, implica, necesariamente, aceptar que se trata de un derecho que no puede ser restringido y que, por lo tanto, prevalece sobre cualquiera otro en los eventuales conflictos que pudieren presentarse. Pero su supremacía no se manifestaría sólo frente a los restantes derechos fundamentales. Un derecho absoluto o ilimitado no admite restricción alguna en nombre de objetivos colectivos o generales o de intereses constitucionalmente protegidos

Si el sistema constitucional estuviese compuesto por derechos ilimitados sería necesario admitir (1) que se trata de derechos que no se oponen entre sí, pues de otra manera sería imposible predicar que todos ellos gozan de jerarquía superior o de supremacía en relación con los otros; (2) que todos los poderes del Estado, deben garantizar el alcance pleno de cada uno de los derechos, en cuyo caso, lo único que podría hacer el poder legislativo, sería reproducir en una norma legal la disposición constitucional que consagra el derecho fundamental, para insertarlo de manera explícita en el sistema de derecho legislado. En efecto, de ser los derechos "absolutos", el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los "derechos absolutos" tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho. Como la concepción "absolutista" de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógicos y conceptualmente inaceptables, la Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados en la mayor medida posible, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica.

1 Sentencia en cita en la C- 916 de 2002.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Frente al tema de si existen derechos fundamentales jerárquicamente superiores a otros, como podría ser el de la vida sobre la libertad o la igualdad, la Corte dijo:

La Constitución no diseñó un rígido sistema jerárquico ni señaló las circunstancias concretas en las cuales unos han de primar sobre los otros. Sólo en algunas circunstancias excepcionales surgen implícitamente reglas de precedencia a partir de la consagración de normas constitucionales que no pueden ser reguladas ni restringidas por el legislador o por cualquier otro órgano público. Son ejemplo de este tipo de reglas excepcionales, la prohibición de la pena de muerte (C.P. art. 11), la proscripción de la tortura (C.P. art. 12) o el principio de legalidad de la pena (C.P. art. 29). Ciertamente, estas reglas no están sometidas a ponderación alguna, pues no contienen parámetros de actuación a los cuales deben someterse los poderes públicos. Se trata, por el contrario, de normas jurídicas que deben ser aplicadas directamente y que desplazan del ordenamiento cualquiera otra que les resulte contraria o que pretenda limitarlas. La mayoría de los derechos fundamentales pueden verse enfrentados a otros derechos o intereses constitucionalmente relevantes. En estas condiciones, para asegurar la vigencia plena y simultánea de los distintos derechos fundamentales y, adicionalmente, para garantizar el respeto de otros intereses constitucionalmente valiosos, es necesario que los derechos se articulen, auto-restringiéndose, hasta el punto en el cual resulte posible la aplicación armoniosa de todo el conjunto.

En Sentencia C-189 de 1994, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, la Corte examinó la libertad de fundar medios masivos de comunicación. En ella, reiteró que en un Estado Social de Derecho no existen derechos absolutos, pues “el absolutismo, así se predique de un derecho, es la negación de la juridicidad”:

“En verdad el actor sólo formula un cargo contra las disposiciones que demanda del decreto 1900 de 1990, y consiste en que como el artículo 20 de la Constitución Nacional consagra la libertad de fundar medios masivos de comunicación, ello significa que no puede existir en esta materia reglamentación legal alguna, y por tanto el legislador no puede exigir permisos, requisitos, ni establecer limitaciones o condiciones de cualquier índole para su funcionamiento.

La libertad de fundar medios masivos de comunicación que consagra el artículo 20 de la Carta, se encuentra íntimamente relacionada con la libertad de expresión, de opinión y de información, puesto que tales medios se constituyen en instrumentos eficaces para difundir las ideas, el pensamiento y la información.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Sin embargo tal derecho no es de carácter absoluto, como parece entenderlo el demandante, pues es “evidente que en un Estado de Derecho y más aún, en un Estado Social de Derecho, no puede haber derechos absolutos; el absolutismo, así se predique de un derecho, es la negación de la juricidad, y, si se trata de un derecho subjetivo, tratarlo como absoluto es convertirlo en un antiderecho, pues ese sólo concepto implica la posibilidad antijurídica del atropello de los derechos de los otros y a los de la misma sociedad” (sent. T-512/92 Mag. Dr. José Gregorio Hernández Galindo), y por el contrario está sometido a ciertas limitaciones” Tales como el control y vigilancia de todo servicio publico, en este caso de servicio de telecomunicaciones.

En C-531 de 2000, con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis, la Corte examina los derechos de personas discapacitadas. En dicha oportunidad, el tema se planteaba casi al revés, si se quiere: dado que el Estado había generado una legislación que protegía a las personas con discapacidad, ¿no constituía ello una especie de absolutización de sus derechos, y por ende contradecía lo que venía diciendo en materia de inexistencia de derechos absolutos? Veamos cómo trata el problema la Corte:

En cuanto al primer contenido normativo acusado por los actores, expuesto en el inciso 1o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que señala que ninguna persona limitada puede ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo, para la Corte es claro que en lugar de contradecir el ordenamiento superior, lo desarrolla. Lo anterior, pues se evidencia como una protección del trabajador que sufre de una disminución física, sensorial o síquica, en cuanto impide que ésta se configure per se en causal de despido o de terminación del contrato de trabajo, pues la misma sólo podrá alcanzar dicho efecto, en virtud de “la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada” (C.S.T., art. 62, literal a-13), y según el nivel y grado de la disminución física que presente el trabajador.

En tal situación, el requerimiento de la autorización de la oficina de Trabajo para proceder al despido o terminación del contrato de trabajo debe entenderse como una intervención de la autoridad pública encargada de promover y garantizar el derecho al trabajo según el ordenamiento jurídico nacional e internacional vigente sobre estas materias, para corroborar la situación fáctica que describe dicha causa legal de despido y proteger así al trabajador.

Es de reiterar, según lo señalado por esta Corte con anterioridad, que la legislación que favorezca a los discapacitados “no consagra derechos absolutos o a perpetuidad que puedan ser oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y de la sociedad, o a los legítimos derechos de otros”².

2 Sentencia T-427/92, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Sin embargo, resulta exigible al patrono que adelante una actuación previa al despido del trabajador discapacitado, ajustada a los principios establecidos en el artículo 29 de la Constitución Política sobre el debido proceso y defensa, en razón del carácter sancionatorio de la medida, permitiendo a las partes participar activamente en la presentación y contradicción de las pruebas, con publicidad de los actos y decisiones, así como en la práctica y valoración de las mismas bajo los principios de la sana crítica, como así se indicó en la Sentencia C-710 de 1996³, a propósito del despido con justa causa de la trabajadora embarazada.

Veamos otro caso en donde se había construido claramente una concepción ilimitada de un derecho. Una disposición permitía la utilización por parte del Presidente de la República del servicio de televisión “en cualquier momento y sin ninguna limitación”. En Sentencia C-1172 de 2001, con ponencia del magistrado Alfredo Beltrán Sierra, la Corte reiteró que la Constitución no reconocía derechos absolutos, y declaró que la expresión “y sin ninguna limitación” era contraria a la Carta Política y al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Como lo ha señalado esta Corporación, el hecho de que existan derechos de carácter preferente, no significa en manera alguna que ellos sean absolutos “[e]l carácter preferente de las libertades de expresión, información y de prensa no significa, sin embargo, que estos derechos sean absolutos y carezcan de límites. Así, no sólo no existen en general derechos absolutos sino que, en particular, la libertad de expresión puede colisionar con otros derechos y valores constitucionales, por lo cual, los tratados de derechos humanos y la Constitución establecen que ciertas restricciones a esta libertad, son legítimas. Así, conforme a la Convención Interamericana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, este derecho puede ser limitado para asegurar i) el respeto de los derechos o a la reputación de los demás, o para ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. Por ello, esta Corporación ha también admitido, ciertas restricciones a la libertad de expresión a fin de proteger y asegurar, en ciertos casos concretos, otros bienes constitucionales como el orden público o los derechos a la intimidad y al buen nombre”⁴

Sentencia T- 405 de 1993, donde se examinó la vulneración de los derechos de las comunidades indígenas a que resguardos indigenistas sean inalienables, imprescriptibles e inembargables con el uso del suelo por parte del Estado para instalar radares para el control de aeronaves que transitan por el espacio aéreo colombiano, y específicamente para el seguimiento y persecución de aeronaves del narcotráfico.

3 M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

4 Sent. C-010/00 M.P. Alejandro Martínez Caballero



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Se debe reiterar que en ningún caso puede pensarse en que los derechos de la comunidad indígena prevalecen sobre los derechos de los colombianos -en general- y más teniendo en cuenta que de lo que se trata en el presente caso es de la obligación del Estado colombiano de asegurarle a los habitantes del territorio nacional la protección en sus vidas, bienes, seguridad, etc. Obligación que cumple, por ejemplo, instalando en diversos lugares estratégicos del territorio nacional radares para el control de aeronaves que transitan por el espacio aéreo colombiano, y específicamente para el seguimiento y persecución de aeronaves del narcotráfico.

Mal podría pensarse que por el hecho de haberse instalado el radar en una zona del resguardo indígena de Monochoa, Aracuara, terreno a juicio de estos con carácter sagrado y de especial valor cultural, se violen sus derechos fundamentales, entre ellos el de propiedad. Es necesario tener en cuenta lo siguiente: 1o.) No obstante tratarse de terrenos de propiedad de las comunidades indígenas, respecto de los cuales tienen plena autonomía, y respaldados por Convenios Internacionales, como el 169 de la O.I.T., no se puede decir que se trate de derechos absolutos, pues como lo ha sostenido esta Corporación, y así se deduce del texto de la Carta Política, ningún derecho es absoluto.

4

Los derechos como
cartas de triunfo



Autor: Blanca Stella Brunal. Exposición: "Colombia Imágenes y Realidades". Fundación Dos Mundos - OACNUDH

OBJETIVO

- Reflexionar sobre las diferencias y complementariedades que existen entre democracia y derechos fundamentales.

PLANTEANDO EL PROBLEMA

Ordinariamente, nos hemos acostumbrado a asumir que derechos humanos y democracia son totalmente compatibles. A veces, hasta nos parece que lo uno y lo otro son como lo mismo: que inmediatamente se habla de democracia se está aludiendo a los derechos humanos, y viceversa.

Sin embargo, ambos responden a tradiciones bien distintas, que se intentan conciliar en el Estado Social de Derecho. La democracia, en principio, alude a una forma de tomar decisiones. Mientras que los derechos humanos, a un estatuto de protección del individuo contra los eventuales abusos de poder.

Las democracias basadas en derechos son bastante más elaboradas, por lo siguiente: cada vez que se adopta una decisión que no sea unánime, se protege un determinado interés y, de una u otra forma, se afectan aquellos intereses de las minorías o grupos derrotados. Y aún en el caso de decisiones que se tomen por unanimidad, a veces los intereses de los afectados son tangibles aunque no visibles, porque ellos no tienen representación en el Congreso (en condiciones normales e ideales, piénsese por ejemplo en los intereses de los grupos totalmente marginales, como habitantes de calle, pordioseros, etc., o hasta de ilegales, como ladrones, contrabandistas y similares).

Pero existe una línea delgada entre afectar intereses y conculcar derechos. Línea que es a cada rato cruzada: decisiones de las mayorías terminan restringiendo derechos de las minorías poco representadas, o sin capacidad de hacerse escuchar. Sólo así se comprende que instituciones como la esclavitud, el apartheid o la discriminación por género hayan pasado por el tamiz de la democracia.

Asumir los derechos como cartas de triunfo es una forma de voltear los términos de referencia, e insistir en que para una teoría de los derechos humanos, la única democracia que sirve es aquella que los garantiza. Porque frente a la posible tiranía de las mayorías sobre las minorías, y en especial sobre la llamada minoría radical o del individuo, los derechos humanos pueden operar como barrera o dique de contención.

UN DILEMA PROPICIADOR

La historia que nos ocupa trata de una persona de tez negra, de sexo masculino, de aproximadamente 25 años, y aficionado a jugar al tenis. El se acababa de pasar a un barrio residencial que carece de cancha para practicar este deporte, lo que lo motiva a buscar soluciones para poder practicar cerca de su residencia.

Pasando volantes y haciendo asambleas vecinales, logra conformar un grupo de 30 personas dispuestas a comprar y adecuar el terreno. Cada uno de ellos está dispuesto a entregar un millón de pesos, y a cambio se conformará una asociación privada en donde cada persona tendrá un voto igual al de los demás. Para probar su entera disposición a sacar adelante el proyecto, nuestro personaje no sólo entrega su millón de pesos, como lo hacen los demás, sino que adicionalmente regala otro millón de pesos para garantizar una buena malla en la cancha.

Construida la cancha, y cercano el día de la inauguración, los 31 socios deciden hacer una asamblea general para determinar las reglas de uso de la asociación. Nuestro amigo concurre animoso, pero pronto descubre que es muy fácil pasar de la dicha al llanto: 25 de los miembros se encargan inicialmente de hacer aprobar una disposición mediante la cual las decisiones se adoptarán democráticamente, mediante el voto de la mitad más uno de los asistentes. Posteriormente, someten a votación una proposición que determina que los hombres de raza negra, entre los 23 y los 35 años, no pueden hacer uso de la cancha, la cual es acogida por 25 miembros con voto, rechazada por uno y votada en blanco por 5. Finalmente, acogen una última disposición mediante la cual se establece que ninguno de los miembros fundadores puede retirar su dinero, ni puede excluirse de los deberes para con la asociación durante cinco años. Cuando él protesta airadamente, le dicen que para eso estamos en una democracia.

Nuestro personaje acude ante el grupo, para que le ayuden a solucionar la situación. Para ello, se requiere la confección de un alegato de unas dos cuartillas, en donde se presente la argumentación del grupo en torno a la posible vulneración a los derechos de esta persona, y los mecanismos mediante los cuales deberían ser respetados.

REITERAR LA CONSIGNA

El ejercicio busca confrontar el estereotipo simple de la democracia (decisión por mayorías) con la necesidad de garantizar derechos fundamentales.

Por ello, el tallerista debe buscar no sólo la opinión de los grupos frente a la situación planteada (que es la generalidad), sino insistir en que en cada uno de ellos se discuta cuáles son los límites que debe imponérsele a las mayorías en relación con derechos de las minorías afectadas, y ensayen a construir mecanismos concretos que sirvan para defender derechos en estos eventos.

Para la discusión, es importante reiterar el carácter privado de la asociación. Incluso, puede animarse al grupo a que considere las

dos situaciones: qué pasaría si la asociación es un grupo de amigos y qué si se trata de un organismo oficial.

Otra idea puede ser anular las salidas generales. Por ejemplo: afirmar que no sirve con decir: corresponde tutelar. Sería necesario dar elementos propios de por qué funcionaría esta tutela: cuáles son los argumentos que debería adoptar un juez para obligar a una asociación privada a volver sobre sus propias decisiones, aparentemente autónomas. ¿Podría este mismo juez orientar un tipo de decisión diferente, o solamente anular la que ya se tomó? ¿Debería elaborarse una especie de declaración que dijera: los miembros de las asociaciones privadas no pueden tomar decisiones que discriminen en razón de sexo o raza? ¿Y ella sería aplicable a las mismas razas marginadas, que buscaran impedir que en sus grupos no entren los llamados blancos, hablando de negros?

EL SENTIDO DEL DEBATE

El centro de la preocupación estriba en resaltar lo que algunos autores llaman los derechos como cartas de triunfo. El símil es bonito, porque indica gráficamente el rol que cumplen ciertos naipes en un juego de barajas. Por ejemplo, el as pasa por encima de la jota, del tres o del cinco.

Lo que no quiere decir, por supuesto, que los derechos fundamentales impidan el desarrollo de la democracia en tanto sistema para la toma de decisiones. Pero sí la limitan y la condicionan.

El quid del asunto está en poder determinar los presupuestos desde los cuales el sistema de mayorías puede o no afectar los derechos de las minorías. Si se impide esta acción en todos los casos, es evidente que la democracia quedaría prácticamente paralizada. Pero si se autoriza para cualquier situación, los derechos de las minorías serían simplemente formales.

Algunos criterios que pueden proponerse por el tallerista, apuntan a las características de los sujetos afectados: considerar, por ejemplo, el caso de la protección a poblaciones vulnerables, como niños, ancianos o minusválidos. En dicho evento, la argumentación tendería a resaltar cómo ciertas personas tienen una protección extra en sus derechos, y por ello cuando algunas medidas los afecten deberá ser mayor el cuidado que se tenga al determinar si las medidas adoptadas democráticamente se sustentan. Dicho juicio debería llevar a determinar si efectivamente los derechos de estas personas operan como cartas de triunfo, y en consecuencia anulan las decisiones que los afectan, o no, y ellas se mantienen firmes.

Igual consideración puede hacerse en torno a aquellas categorías llamadas sospechosas, por cuanto han servido para establecer históricamente discriminaciones. Nos referimos, por ejemplo, a sexo, raza, género, condición política o religiosa. Así, si las medidas buscan afectar sujetos basados en esta clase de consideraciones, el juicio que se haga deberá ser igualmente cuidadoso, para evitar discriminaciones. Lo que no quiere decir que en estas materias no puedan existir distinciones. Luego, el problema es determinar cuándo estamos en presencia de una distinción, o incluso de una acción afirmativa que busque mejorar la situación de sujetos anteriormente marginados o excluidos por estas condiciones, y cuándo estamos frente a una discriminación. En este último caso, nuevamente los derechos funcionarían como cartas de triunfo.

Finalmente, es bueno también resaltar aquellos eventos en los cuales las decisiones de mayorías suelen tener mayor amplitud, y el ámbito de posible vulneración de los derechos fundamentales es más débil por la materia sobre la cual versa. El caso que nos ocupa es un buen ejemplo, por cuanto tradicionalmente se espera que en la actividad privada aspectos como la igualdad operen diferente a como operan en la esfera de lo público. Por ejemplo, en una empresa familiar yo no estoy obligado a actuar por meritocracia, y puedo darle el puesto a un hermano, a pesar de que otro empleado considere o pruebe que está mejor capacitado. Esto sería inadmisibles en el caso de tratarse de empleados públicos.

NOTAS PARA EL CIERRE

Si bien la consigna de que los derechos funcionen como cartas de triunfo es bastante sugestiva, no es tan fácil ponerla en aplicación.

Por ello, el facilitador debería propiciar, al cierre, la creación de otros ejemplos en donde decisiones de mayorías afecten gravemente derechos de individuos o grupos marginales o escasamente representados. Para ello, conviene recordar los ya citados (segregación racial, esclavitud, discriminación en razón del género) y preguntarse sobre ejemplos modernos en donde esas minorías luchan por el reconocimiento de sus derechos, sin que aparentemente nos afecte su búsqueda por no adecuarse a nuestros estereotipos (situación de parejas homosexuales, transexuales en el mundo laboral, mujeres en el ejército, etc.).

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Prólogo de A. Calsamiglia a Los Derechos en Serio, de Ronald Dworkin. Ed. Planeta - Agostini. Barcelona, 1993, extractos de las páginas 16 a 20:

La filosofía jurídica de Dworkin está fundamentada en derechos individuales. Ello significa que los derechos individuales –y muy especialmente el derecho a la igual consideración y respeto– son triunfos frente a la mayoría. Ninguna directriz política ni objetivo social colectivo puede triunfar frente a un auténtico derecho.

La filosofía política de Dworkin es antiutilitarista e individualista. En la base de las teorías utilitaristas se encuentran fines colectivos a los cuales se deben subordinar los derechos individuales. Bentham –desde su específica perspectiva utilitarista– afirmó que la idea de unos derechos naturales individuales era un disparate en zancos. Dworkin rechaza el utilitarismo porque no se toma en serio los derechos y se alinea en esa dirección de pensamiento que opone al utilitarismo una auténtica teoría de los derechos. El planteamiento de Dworkin es cercano al pensamiento de Stuart Hampshire. Este autor en un libro reciente ha sostenido que durante décadas el utilitarismo ha sido una doctrina progresiva que ha facilitado y promovido la sociedad del bienestar, pero en los últimos tiempos se ha convertido en un serio obstáculo para el progreso moral. Dworkin sostiene que los objetivos sociales sólo son legítimos si respetan los derechos de los individuos. Una verdadera teoría de los derechos debe dar prioridad a los derechos frente a los objetivos sociales.

Introducción a Los Derechos en Serio. Ronald Dworkin. Ed. Planeta- De Agostini. Barcelona. 1993. Extractos de las páginas 36 y 37:

Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio. Por cierto que una caracterización tal de un derecho es formal, en el sentido de que no indica qué derechos tiene la gente, ni garantiza siquiera que tengan alguno. Pero no supone que los derechos tengan ningún carácter metafísico especial, y la teoría que defendemos en estos ensayos se aparta, por ende, de otras teorías de los derechos más antiguas, que se apoyan efectivamente en tal suposición.

La teoría exige un vocabulario capaz de establecer distinciones entre los diferentes tipos de derechos que tienen los individuos. En el capítulo 4 se propone un vocabulario tal. La más importante de las distinciones que allí se hace es la que se establece entre dos formas de derechos políticos: los dere-



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

chos básicos, que son derechos válidos de manera abstracta contra las decisiones tomadas por la comunidad o la sociedad como tales, y los derechos institucionales más específicos, que son válidos contra una decisión tomada por una institución específica. Se puede, pues, identificar los derechos legales como una especie distinta de un derecho político, esto es, como un derecho institucional a la decisión de un tribunal en su función judicial.

En la jurisprudencia constitucional: el concepto de derechos como cartas de triunfo frente a las posiciones o intereses de la mayoría fue aplicado y desarrollado en la sentencia donde se revisó la constitucionalidad del uso obligatorio del cinturón de seguridad en automotores. Uno de los argumentos expuestos por los defensores de la medida era el de la disminución en los índices de mortalidad en los accidentes de tránsito, y la concordante disminución en el gasto de los dineros públicos con las atenciones médicas que pueden ser evitadas. Es decir, había una especie de cálculo utilitarista: “la pérdida de vidas o de la capacidad productiva de quienes no utilizaron este dispositivo de seguridad pueden ser consideradas disminuciones del bienestar colectivo, en la medida en que la contribución de esas personas al aumento de la riqueza nacional se aminora sensiblemente”⁵. Aun cuando la Corte terminó decidiendo la constitucionalidad de la norma (al considerar que no obstante ser una medida de protección de la propia persona, no invade el núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad), desarrolló tesis interesantes en torno al tema de los derechos como cartas de triunfo:

Para la Corte, en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales fundamentales, como la libertad y la autonomía personales, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como el aumento de la producción nacional o la protección de la financiación de la seguridad social, debe el juez constitucional dar una prevalencia *prima facie* a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta de derechos. Este criterio hermenéutico es necesario, tal y como esta Corporación ya lo ha reconocido en anteriores decisiones⁶, pues no puede darse preferencia a los intereses de la mayoría y al bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, con el deleznable argumento de que el derecho individual es particular, y el interés general *prima* siempre sobre el particular, pues se estaría anulando el mandato del artículo 5º de la Carta, según el cual el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona.

Los derechos constitucionales no pueden entonces ser disueltos en un cálculo utilitario sobre el bienestar colectivo, ni pueden estar sometidos al criterio de las mayorías, ya que esos derechos son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo. Esto significa que, como lo reconoce la doctrina y lo ha establecido la jurisprudencia de esta

5 Sentencia C-309 de 1997

6 Ver, entre otras, las sentencias C-606/92, C-221/94, C-350/94 y T-669/96



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Corporación, los derechos fundamentales son verdaderas cartas de triunfo contra el bienestar colectivo pues “condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías –y a esas minorías radicales que son las personas– de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas”⁷. Por ello debe entenderse que el respeto de esos derechos es un componente integrante del interés general, tal y como esta Corporación lo había señalado, cuando dijo al respecto:

“Por esta razón, no basta ya con que el legislador argumente la necesidad de proteger al interés general para restringir el ejercicio de un derecho. El interés general es un concepto vago e impreciso que requiere de una determinación concreta, probada y razonable. Si esto no fuera así, quedaría en manos del poder público limitar el alcance de los derechos fundamentales, mediante una reglamentación tal que la regla general de libertad se convierta, de hecho en la excepción.

En el texto constitucional colombiano, el interés general, definido por el legislador se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental. En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general.

Por consiguiente, la Corte concluye que no es posible admitir que el aumento del bienestar colectivo o la protección de los recursos económicos de la seguridad social sean razones en sí mismas suficientes para imponer coercitivamente a las personas obligaciones relacionadas con el cuidado de su salud, ya que de esa manera se estarían legitimando medidas claramente contrarias a la libertad y dignidad de las personas. Es más, la Corte estaría abriendo el camino a una sociedad totalitaria”.⁸

7 Corte Constitucional. Sentencia C-350/94 MP Alejandro Martínez Caballero.

8 Corte Constitucional. Sentencia C-606/92. MP Ciro Angarita Barón

5

Igualdad en la
diferencia



Autor: Julio Cesar Herrera. Exposición: "Colombia Imágenes y Realidades". Fundación Dos Mundos-OACNUDH

OBJETIVOS

- Reflexionar sobre el sentido de la cláusula general de igualdad.
- Introducir el tema de la igualdad sobre la base de la dignidad.

PLANTEANDO EL PROBLEMA

La igualdad puede asumir diferentes fórmulas. Una cosa es plantearnos que todos seamos iguales ante la ley, y otra muy diferente que la ley deba garantizar la igualdad de oportunidades de todos.

Sin embargo, sea cual sea el tipo de igualdad de la que hablemos, ésta se realiza generalmente a partir de desigualdades. Por ejemplo, si afirmamos que todos somos iguales ante la ley con carácter rígido o dogmático, no cabría siquiera pensar en leyes especializadas, que regulen la situación de personas en determinadas circunstancias: no podría haber leyes sobre niños, mujeres embarazadas, desplazados, indígenas y un larguísimo etcétera.

De la misma manera, si planteamos que el problema es garantizar igualdad de oportunidades o de condiciones, de entrada suponemos que existen desigualdades que es necesario atender. De lo contrario, tocaría asumir que todos somos igualmente capaces, en tanto humanos. Pero precisamente la humanidad nos demuestra que somos capaces en formas distintas, con habilidades particulares y específicas a cada cual.

En el fondo, no se hace más que ratificar un postulado filosófico en alguna manera paradójico: todos somos iguales en tanto todos somos diferentes. O, lo que es similar, dado que cada uno de nosotros absolutamente desigual, es único e irrepetible, requerimos de principios de igualdad para podernos relacionar en términos de derechos y obligaciones, a partir de un primado ético: lo que nos hace iguales es la similar dignidad.

Por lo tanto, el problema central de la igualdad no es la desigualdad, dado que gracias a ella se desarrolla. Es la distinción de cuándo somos iguales y cuándo diferentes. O, en otras palabras, cuándo son legítimas las distinciones, y cuándo ellas constituyen discriminación, entendida esta última como una distinción ilegítima.

El primer ejercicio que plantearemos busca trabajar sobre ese campo, a partir de distinciones que pueden o no ser consideradas como discriminaciones. Posteriormente, el siguiente ejercicio ahondará en el tema de la proporcionalidad, eje procedimental para juzgar casos de esta índole.

UN DILEMA PROPICIADOR

Nos ubicamos en un colegio, en donde se nos plantean las siguientes situaciones:

Primera situación:

Un estudiante de grado 10 es detenido en la puerta principal por el portero, pues ha llegado 18 minutos tarde, y la regla del manual de convivencia dice que pasados 15 minutos de la hora de entrada no se permitirá el ingreso de ningún estudiante, salvo que se presente con su acudiente ante la rectoría.

El estudiante implora, pues tiene una previa importante de matemáticas a primera hora, y si no lo dejan entrar la perderá. Estando en esas, su profesor de matemáticas llega al colegio, y entra sin ningún problema.

Entonces, el estudiante considera que se está cometiendo una discriminación, pues al docente sí lo dejan entrar y a él no. A lo que el portero responde que la norma del Manual de Convivencia sólo se refiere a estudiantes, luego no podría impedir el acceso de profesores, y además un profesor es mucho más importante que él. Además, agrega, si era tan crucial la previa, ha debido llegar temprano.

Segunda situación:

Una estudiante de grado 11 es llamada a la rectoría por cuanto una maestra consideró que su maquillaje era excesivo, y ella se negó a quitárselo. El rector constata que, en efecto, la señorita en cuestión lleva unas sombras negras sobre los párpados, seguidos de dos semicírculos en fucsia y verde encendido. Además, los labios los lleva pintados de azul.

El Manual de Convivencia dice que se prohíbe a las estudiantes el uso de maquillaje excesivo.

El argumento de la estudiante es el siguiente: yo considero excesivo el maquillaje de casi todas las maestras, en especial el que usa la directora de disciplina (que acostumbra usar mascarilla, sombras y rubor de color rosado y tierra). Estaría dispuesta a retirar mi maquillaje si se constituye un comité mixto, compuesto por directivos, maestros y alumnos, que determine cuál maquillaje es excesivo y cuál no, y al cual tenga que acudir cualquier persona, hombre o mujer, que sea acusado de usar este tipo de maquillaje. De lo contrario, considero discriminatorio que yo tenga que remover mi maquillaje a partir del gusto subjetivo de una maestra.

Tercera situación:

Un estudiante de noveno grado, hombre, es devuelto del colegio porque se niega a adoptar una conducta razonable con su cabello.

El muchacho, que tenía el cabello bastante largo, se hizo trenzas rastas y se las pintó de diversos colores.

El Manual de Convivencia dice que los estudiantes deben guardar una apariencia personal decente, orientada por el decoro.

Para el joven, aunque exótica, su apariencia es decorosa y decente. Y si de gusto se tratara, considera mucho más inadecuados los peinados y tintes que utilizan tanto sus compañeras estudiantes como sus maestras.

Por eso, propone la aplicación de esta regla: que se cree un máximo de extensión del cabello, expresado en centímetros y aplicable a hombres y mujeres de cualquier condición. Adicionalmente, que se apruebe una gama de colores permitidos, y en esa misma regla se especifique si es permitido para todos usar más de un tinte en el cabello o no.

De lo contrario, asume, el hacerle cortar el cabello en contra de su voluntad afecta la igualdad de trato, pues no se tiene igual comportamiento con mujeres y docentes.

El cometido:

Los grupos deben discutir y resolver las tres situaciones. En todo caso, se espera que determinen si existe o no discriminación propiciada por desigualdades indebidas o ilegítimas. En caso de que así lo consideren para alguno de los casos, o para todos, deberán postular una regla sobre la materia, que se aplique en adelante en el colegio. Es decir, no basta con solucionar únicamente este caso, sino que el grupo debe aducir una regla general que sirva para resolver éste y otros casos similares con el mismo rasero (por ejemplo: es discriminatoria toda diferenciación que se establezca en torno a la apariencia general o a la forma de vestir. Por ende, hay discriminación en los casos dos y tres, y deben quitarse esas normas prohibitivas)

En caso contrario, si se estima que en ninguno de los eventos se ha cometido discriminación, debe argumentarse porqué, ojalá invocando a su vez reglas generales que puedan ser utilizadas en otros casos similares (por ejemplo: cada institución puede determinar en el Manual de Convivencia obligaciones de los estudiantes en relación con su apariencia general, y si estos firman la matrícula se entiende que aceptan estas restricciones)

Ejercicios de similar factura pueden ser planteados en otros ámbitos sociales, si no se está en una institución escolar. Por ejemplo:

en el caso de comunidades barriales o campesinas se puede utilizar un conjunto de situaciones como las siguientes: una regla, que determine que el trabajo de vigilancia nocturna le corresponde solo a los hombres, por ser potencialmente más peligroso, y una mujer quiera prestarlo; otra, que determine que a un comedor comunitario sólo pueden ingresar los miembros de la familia inscritos seis meses antes, y un grupo familiar determinado quiere que atiendan a su padre que acaba de llegar de otra vereda por un mes de visita; otra, que determine una contribución obligatoria a las familias que tengan hijos varones, para construir una cancha de microfútbol, y una familia se niega a pagar porque ahora las mujeres practican más ese deporte que los varones, etc.

REITERANDO LA CONSIGNA

El trabajo central del tallerista es hacer que el debate vaya más allá de la casuística. En este sentido, le corresponde orientar a los grupos para que no se detengan o entraben únicamente en la situación planteada, sino que ésta les sirva de excusa para avanzar en una conversación en torno a la igualdad de trato y sus formas de realización.

En ese terreno, dos aspectos complementarios son centrales: ¿cómo se puede aplicar el cometido de que todos somos iguales ante la norma, al mismo tiempo creando diferencias? Y, paralelamente, ¿cómo puede uno discutir si las diferencias son o no son las adecuadas, es decir si se tuvo en cuenta quiénes eran iguales y por qué, y quiénes eran diferentes y por qué?

EL SENTIDO DEL DEBATE

Lo que debe revelar el ejercicio es la riqueza argumentativa en torno a en qué somos iguales y en qué diferentes. El ejercicio puede adoptar diversas modalidades de esta diferencia: hombres y mujeres, estudiantes y docentes, adultos y jóvenes, tradicionalistas y vanguardistas, etc.

Establecida la gama de diferenciaciones más relevantes o notorias, el siguiente punto a considerar es si ellas son criterio suficiente para sustentar una diferenciación de carácter normativo. Es decir, si una norma puede apoyarse en esa desigualdad para crear un estado jurídico distinto. Por ejemplo: a partir de la condición de docente, en tal campo de acción. O a partir de la diferenciación entre hombres y mujeres, en tales conductas.

Llegados a este punto, seguramente saldrán muchas opiniones, que es necesario llevar al campo de las razones: criterios que justifican

o no la diferenciación normativa. Es necesario trabajar sobre las razones, pues ellas nos demuestran en últimas que éstas son culturales, cambian de grupo en grupo, reflejan intereses distintos y concepciones sobre los valores y el sentido de la vida diferentes.

Hay que hacer caer en cuenta de que no se trata de ahogar o ignorar esta polifonía. Por el contrario, se busca es explicitarla, hacerla evidente. De aquí que el verdadero problema no sea la diferenciación en sí, sino las razones que llevan a ella. Y si éstas no son convincentes para el grupo hacia el cual se dirige la norma, siempre se asumirá la diferenciación como injusticia, como discriminación.

En este orden de ideas, dado que las razones se orientan hacia la persuasión del auditorio específico involucrado, el nivel de argumentación debe ser comprendido y avalado por él. No sirve el discurso técnico o filosófico, si se utiliza como ropaje o mampara. Sólo es útil si permite establecer la razonabilidad de los argumentos.

En otras palabras, dado que la mayoría de diferenciaciones se intentan establecer en relación con profesores y estudiantes de secundaria, en el caso de los dilemas planteados, son esas mismas personas involucradas quienes deberán comprender las razones aludidas, y pronunciarse en torno a ellas.

Por lo tanto, sería artificial que un grupo de abogados, de médicos o de filósofos externos a la práctica institucional concreta les definiera si existe o no discriminación, dado que ésta no es únicamente una calificación técnica. De hecho, es lo que ha venido aconteciendo con algunas de las sentencias de la Corte Constitucional, que se ha pronunciado en torno a algunas conductas internas de los colegios, como la prohibición de discriminar estudiantes embarazadas. Aun cuando este argumento es de recibo absoluto en el marco de una sociedad moderna, secular y orientada por el primado de los derechos fundamentales, en muchas instituciones educativas se piensa todavía que ella es una diferencia relevante para determinar la permanencia o no en las mismas. Y, mientras ellas no hagan un tránsito hacia otras formas culturales, la decisión de los Tribunales les parecerá arbitraria y externa, y probablemente en dicho sentido traten de formar a sus propias estudiantes.

NOTAS PARA EL CIERRE

El animador debe tener mucha cautela, para no imponer sus puntos de vista como los correctos. Es decir, no se trata de que él explique porqué, a su juicio, en tales o cuáles casos operan diferenciaciones legítimas, y en cuáles se está discriminando. Ello, aun cuando la decisión del grupo contradiga sus creencias o convicciones, como podría acontecer con el caso de las adolescentes embarazadas con el que terminábamos el aparte anterior.

Lo que debe asegurarse es de que los asistentes al taller realicen el ejercicio con la mayor desprevenición posible: definirnos en qué somos iguales y en qué diferentes todo el tiempo. Ya habrá tiempo para que las diferencias relevantes o irrelevantes se compadezcan con teorías sociales y formas más o menos consensuadas de la convivencia. Por el momento, lo importante es experimentar esta herramienta, una de las más poderosas de la democracia moderna.

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Para este acápite, nuevamente nos centraremos en jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Dado el contexto de uso de este Manual, hemos privilegiado algunos casos relacionados con el mundo escolar y los manuales de convivencia.

Casos de estudiantes embarazadas

Sentencia T- 1531 de 2000 (estudiando casos en que se sometía a estudiantes embarazadas a tratos especiales):

La Corte ha tenido en diferentes oportunidades ocasión de ocuparse de las disposiciones normativas adoptadas por algunos centros educativos públicos y privados, en virtud de los cuales se ha sometido a las alumnas embarazadas a tratamientos educativos especiales consistentes, entre otros, en limitar la asistencia de la estudiante a ciertos días y horas específicas en los cuales se les imparten tutorías o cursos personalizados. En estos eventos, la Corporación ha estimado que, en principio y salvo demostración en contrario, debe considerarse que tales medidas tienen carácter discriminatorio y en veces, inclusive sancionatorio, pues pretenden someter a la estudiante embarazada a un trato distinto al de sus restantes compañeros, sin una justificación objetiva y razonable, los cuales además, en la mayoría de las ocasiones en lugar de ayudar a la alumna la perjudican al estigmatizar una situación personal, que sólo interesa a la futura madre, la maternidad es una cuestión que, en principio, no afecta derechos de terceros y que pertenece a uno de los ámbitos más íntimos de la vida personal de la mujer y sólo la futura madre, tiene la capacidad para decidir qué es aquello que más conviene a su estado e intereses y, por ello, su propio juicio no puede ser sustituido arbitrariamente por el de sus padres o por el del plantel educativo en donde cursa sus estudios.⁹

Sentencia T- 393 de 1997 (estudiando el caso de la negativa de cupo en un plantel educativo a una estudiante embarazada):

La Constitución Política toma a la mujer embarazada como sujeto de especial protección, pues su estado, respetable en sí mismo, lejos de constituir motivo de rechazo, reclama una actitud pública amable frente a la próxima presencia de una nueva vida, circunstancia que, además, hace de la futura madre persona de especial vulnerabilidad. La maternidad no debe ser estigmatizada. Si el embarazo se presenta de manera precoz, la niña que ha sostenido relaciones sexuales prematuras no tiene que ser señalada como transgresora del orden social y educativo, sino, más bien, comprendida en su circunstancia personal y encauzada y orientada por sus padres y maestros hacia el supremo acto de dar a luz

9 Véase la sentencia T-393/97 (MP José Gregorio Hernández Galindo).



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

y la responsabilidad que implica. En vez de ser excluida del proceso educativo, ha de ser acogida benévolamente por éste para redoblar los esfuerzos enderezados a su orientación y para evitar los daños que en su personalidad y en el rumbo de su vida –que sufre tan trascendental y precipitado cambio– puede provocar su situación. Una persecución por parte del establecimiento educativo, que sería el llamado a brindarle importante apoyo, puede acrecentar las razones de angustia, el sentimiento de frustración y aun provocar su actitud agresiva ante el inocente fruto de la concepción. La Corte no entiende cómo, de una parte, pueda proclamarse la defensa de la vida y proscribirse conductas como el aborto provocado, y de otra, sea posible condenar a la mujer por el solo hecho de su embarazo, cual si fuera algo intrínsecamente malo, que mereciera castigo o constituyera causa de vergüenza.

Sentencia T- 590 de 1996 (caso de estudiante desescolarizada):

El plantel educativo ha vulnerado el derecho a la igualdad de la peticionaria al no permitirle continuar sus estudios con el método presencial que hasta el momento había venido desarrollando, por el hecho de haber quedado en estado de gravidez. Tal actuación por parte del plantel es contraria al respeto a la dignidad humana, principio fundamental que informa nuestro régimen constitucional y vulnera los principios que establece la Constitución Nacional, cuando establece que todas las personas deben tener un trato igualitario por parte de las autoridades, al igual que de los particulares que se encuentran prestando un servicio público, como en este caso, el de la educación. Se violó el derecho a la igualdad al someterla a un trato diferente al de sus demás compañeras, ejerciendo actos discriminatorios sin justificación alguna.

Sentencia T-656 de 1998 (nuevamente, casos de desescolarización por embarazo):

En estos eventos, la Corporación ha estimado que, en principio y salvo demostración en contrario, debe considerarse que tales medidas tienen carácter discriminatorio, pues someten a la estudiante embarazada a un trato distinto al de sus restantes compañeros sin una justificación objetiva y razonable a la luz del ordenamiento constitucional. Según la Corte, tales tratos, en lugar de ayudar a la alumna, tienden a estigmatizar una situación personal que sólo interesa a la futura madre, pues la maternidad es una cuestión que, en principio, no afecta derechos de terceros y que pertenece a uno de los ámbitos más íntimos de la vida personal de la mujer¹⁰.

En cuanto a la primacía en la tensión presentada entre libertad de conciencia del colegio que ejerce un trato discriminatorio y el derecho a la igualdad de la estudiante embarazada, ha dicho la Corte:

10 Cfr. Sentencia T-656 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta oportunidad se protegió el derecho a la educación de una menor de edad evitando que fuera sometida a un proceso de desescolarización por parte de la institución pedagógica en la que adelantaba sus estudios, a causa de su estado de embarazo.

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

“La protección que el Estatuto Superior depara a la maternidad es de tal intensidad que ni siquiera aquellos centros educativos cuyo proyecto de educación se encuentre fundado en una determinada visión ética o religiosa del mundo— protegida por la libertad de conciencia (C.P., artículo 18) —pueden utilizar tal visión para estigmatizar, apartar o discriminar a una estudiante en estado de embarazo de los beneficios derivados del derecho a la educación. En otras palabras, ante la tensión que puede existir entre la autonomía de los centros de educación y el derecho de la futura madre a no ser discriminada por razón de su embarazo, prima, sin duda, este último¹¹”

Casos de estudiantes de cabello largo o con colores de cabello considerados inadecuados:

Sentencia T-994 de 2000

“En todo caso, aspectos como el estado de embarazo de una estudiante, el color de su cabello, su condición sexual, o la decisión de escoger una opción de vida determinada, como puede ser vivir independiente, casarse, etc., si no son circunstancias que entorpezcan la actividad académica, ni alteren el cumplimiento de sus deberes, y además pertenecen estrictamente a su fuero íntimo sin perturbar las relaciones académicas, no pueden ser consideradas motivos válidos que ameriten la expulsión de estudiantes de un centro docente, ni la imposición de sanciones que impliquen retribución de sus derechos. Por ende, tal como fue expresado en la sentencia T-543/95, en los cambios que conciernen a la vida privada, ninguna institución, ni pública ni particular, puede erigirse en autoridad para desestimar o desconocer las decisiones autónomas de un individuo respecto de la unión amorosa, sentimental, matrimonial o de convivencia familiar que desee establecer.”

T-124 de 1998 (Deber de fomentar la tolerancia ante formas distintas de ver la vida por jóvenes estudiantes de colegio, aplicada a su vestuario, maquillaje y corte de pelo)

El interés general de una sociedad, apunta también hacia la tolerancia y la construcción armónica de la diferencia. Una sociedad en donde el pluralismo y la educación en el pluralismo no es fundamental, y donde no se reconoce la existencia de personas que piensan y actúan diferente, desconoce criterios indispensables para su propio desarrollo, porque el diálogo y el reconocimiento del otro son ejes básicos en la construcción de la democracia, de la convivencia y de la paz, que en concordancia con la Constitución desarrollan los objetivos comunes de una sociedad. Lastimosamente, el término tolerancia ha sido erradamente considerado en muchos contextos, como la tendencia a aceptar todo lo que hacen las personas, irrestrictamente como bueno, en ausencia de toda crítica o prohibición. Sin embar-

¹¹ Véanse las sentencias T-145/96 (MP Jorge Arango Mejía); T-393/97 (MP José Gregorio Hernández Galindo). Citas referenciadas en Sentencia T-551 de 2002



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

go, la tolerancia en el contexto educativo no implica una completa libertad o excesiva permisividad. Los educadores no ejercen ninguna función útil y constructiva si permiten que los menores hagan lo que quieran sin orientarlos mediante la función educativa. Del respeto de los educadores y padres a esas nuevas expectativas de los educandos, se desarrolla la capacidad de ellos mismos a tener mayor respeto por los demás. Y en ese contexto el educador deberá lograr que el joven, a través de procesos institucionales y mecanismos participativos concretos, oriente y canalice esas nuevas opciones y expectativas, con el apoyo y reflexión de la comunidad educativa.

Un ejemplo de la necesidad de reflexión y participación de la comunidad educativa en el caso concreto del Colegio Externado Nacional Camilo Torres, es precisamente la diferencia clara que existe entre los postulados educativos de cada una de las jornadas y la confusión y discriminación que se ha generado entre unas y otras, en detrimento de los estudiantes.

En la mañana, se maneja un esquema educativo estricto en cuanto a criterios de disciplina. No se permite el pelo largo, melenas, maquillaje o accesorios adicionales al uniforme. La discusión y la crítica es más restringida. En la tarde, el Manual de Convivencia promueve una expresión libre de las manifestaciones de los estudiantes, encauzada exclusivamente mediante parámetros educativos. Por lo tanto los jóvenes pueden portar el cabello según lo estimen conveniente y pueden “complementar” el uniforme. En el de la noche, se maneja un esquema diferente, más escueto, en razón la naturaleza misma de la educación nocturna.

Ante esta situación, puede resultar paradójica para un estudiante, la pretensión de estrictez y seriedad que plantea la jornada de la mañana en comparación con la jornada de la tarde, más aún si las razones educativas que fundamentan esa diferencia solo se limitan a la obligatoriedad de normas en los diferentes manuales de convivencia. De ello se desprende que la diferencia entre los conceptos educativos de ambas jornadas, de por sí contradictorios, sean utilizados como criterio para comparaciones odiosas entre uno y otro programa educativo y como mecanismo de discriminación entre los estudiantes. La participación, la reflexión y el acceso al debate por parte de los estudiantes, podría ser el mecanismo para conciliar estos criterios educativos y lograr que la obligatoriedad de las normas fuera una obligatoriedad consiente y no impuesta.

Caso de discriminación sexual por asumir la condición de homosexual.

Sentencia T- 268 de 2000 (Denegación de posibilidad de desfile público de candidatas al reinado nacional “gay”. Violación al derecho a la igualdad al haber recibido un trato desigualdad al restringir el



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

permiso que si fue otorgado para distintas comparsas de niños, abuelos, colegios, sin una razonable justificación constitucional, que deviene en discriminación por razón de la opción sexual).

Dentro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan “coexistir las más diversas formas de vida humana”. Debe entenderse que la sexualidad, es un ámbito fundamental de la vida humana que compromete no sólo la esfera más íntima y personal de los individuos sino que pertenece al campo de su libertad fundamental y de su libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual el Estado y los particulares no pueden intervenir en dicha esfera, a menos de que esté de por medio un interés público pertinente. El Estado, como garante del ejercicio plural de los derechos en una colectividad, debe permanecer en principio neutral ante las manifestaciones sexuales diferentes como la homosexualidad, sin pretender imponer criterios ideológicos o morales específicos. Sin embargo, su injerencia resulta legítima, e incluso necesaria en aras de asegurar los fines del Estado, cuando las manifestaciones de diversidad o el ejercicio de derechos, atenten indiscutiblemente contra la convivencia y la organización social de manera tal que resulten abusivas e ilegítimas, en detrimento de la comunidad.

El análisis de proporcionalidad debe considerar el grado de afectación de derechos al libre desarrollo de la personalidad, así:

Para garantizar que tal restricción de derechos sea legítima y, por ende, no arbitraria, se requiere no sólo que goce de un “fundamento jurídico constitucional” y de “proporcionalidad”, sino que además no llegue a anular la posibilidad que tienen las personas para construir autónomamente un modelo de realización personal. Por ende, no basta que se alegue a priori “el derecho de otras personas”, como lo ha criticado esta Corporación, o que “la facultad de la autoridad se base en normas jurídicas válidas, sino que, en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental” analizado. En consecuencia, “simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales, o los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes” para limitar el alcance de un derecho. En ese orden de ideas, en el análisis de proporcionalidad de una medida se deberá tomar en consideración el grado en que se afecta uno de los derechos con el fin de potenciar la realización de otro, a fin de evitar que una política determinada vulnere o afecte desproporcionadamente la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, en detrimento de un ejercicio armónico de los diferentes derechos.

En el caso del derecho a la igualdad existen niveles de intensidad que vigilan en ciertas materias con una mayor protección constitucional la intervención en el derecho sea la menor posible.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Esta Corporación señaló que “el control de la razonabilidad y proporcionalidad de un trato diferente no puede realizarse de la misma manera en todos los campos, pues un juicio de igualdad estricto, en todas las materias, corre el riesgo de limitar excesivamente la capacidad de acción de las autoridades y la libertad política del Legislador. Por ello la Corte ha señalado que existen ámbitos en donde el análisis de la igualdad debe ser más intenso, entre los cuales conviene destacar aquellos casos en que las clasificaciones efectuadas por el Legislador o por otras autoridades se fundan en criterios potencialmente discriminatorios, como la raza, el sexo o el origen familiar, o restringen derechos fundamentales a ciertos grupos de la población, o afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta. En estos casos, el control del respeto de la igualdad por el juez constitucional tiene que ser mucho más estricto. De un lado, porque el inciso primero del artículo 13 superior considera sospechosos ciertos criterios de clasificación que han estado tradicionalmente asociados a prácticas discriminatorias. De otro lado, porque conforme a la Constitución, todas las personas tienen derecho a una igual protección de sus derechos y libertades fundamentales. Y, finalmente porque la Carta ordena la protección de las minorías y las poblaciones en debilidad manifiesta”.

Para que la medida impuesta sea considerada legítima de manera general, es necesario (i) “no sólo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo, sino que es menester que se trate de una necesidad social imperiosa. Además, (ii) el trato diferente debe ser no sólo adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino que debe ser estrictamente necesario, esto es, no debe existir ninguna otra medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y (iii), finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación”. En mérito de lo anterior, en cada caso concreto, la Corte deberá evaluar si los criterios aducidos por las autoridades responden a los criterios constitucionales anteriormente señalados y desvirtúan de una manera clara y objetiva, posibles valoraciones “sospechosas”, en detrimento de la protección constitucional a la diferencia.

6

Proporcionalidad



Autor: Gerardo Botero García. Exposición: "Colombia Imágenes y Realidades". Fundación Dos Mundos-OACNUDH

OBJETIVOS

- Generar habilidades en la aplicación de los test de proporcionalidad en materia de igualdad.

PLANTEANDO EL PROBLEMA

Siguiendo la reflexión que nos ha planteado el anterior ejercicio, cabría preguntarse si existen herramientas o instrumentos que permitan dilucidar cuándo una diferenciación es injustificada y cuándo no.

Aun si en estos aspectos siempre está de por medio una valoración subjetiva, de la persona que hace el juicio, es igualmente cierto que quienes trabajan temas de igualdad han venido desarrollando metodologías que nos permitan establecer de manera más precisa si estamos en presencia de una discriminación o no. Estas metodologías o instrumentos de análisis se conocen bajo el nombre de test de proporcionalidad, y a la aplicación de uno de ellos se orienta el siguiente dilema.

UN DILEMA PROPICIADOR

Volvamos a considerar una situación en la cual se ponga de manifiesto una diferenciación. Puede ser alguna de las anteriormente analizadas por los grupos, o una nueva.

Nosotros trabajamos frente a la diferenciación que se presenta en nuestra Constitución en torno al servicio militar obligatorio, el cual sólo les compete a los hombres. El asunto puede plantearse de dos maneras distintas, de acuerdo a lo que se quiera resaltar: ¿por qué los hombres deben prestar un servicio que pone en riesgo sus vidas y puede atentar contra sus convicciones religiosas o políticas, si las mujeres no están obligadas a hacerlo (en cuyo caso, se busca eliminar la norma objeto de discriminación)? O, ¿por qué las mujeres no son igualmente obligadas a prestar el servicio militar obligatorio, si los hombres lo son (en cuyo caso, se busca extender la norma a situaciones no previstas)?

Se puede utilizar dilemas que provienen de otros campos sociales, y que den lugar a discusiones en torno a la proporcionalidad de la diferenciación. Ejemplos abundan, y sólo a título de orientación sugerimos algunos:

¿Si se protege el matrimonio heterosexual, y se generan derechos y obligaciones entre los contrayentes a causa de él, por qué no se protegen los matrimonios entre homosexuales o personas del mismo sexo?
¿Es injustificada o desproporcionada esta diferenciación?

¿Se viola la igualdad cuando en una empresa privada se establecen primas extras que favorecen a los solteros sobre los casados, argumentando que los primeros tienen mayor disponibilidad de tiempo libre para entregar a la empresa, y por ende debe alentarse su condición?

¿Se viola el derecho a la igualdad cuando unos padres de familia consideran que, ante la restricción monetaria que sufren, es mejor darles sólo educación universitaria a sus dos hijos varones, pues en últimas sus dos hijas hembras tarde o temprano se irán con un marido que las pondrá a trabajar en el hogar?

Para resolver los dilemas que plantea este ejercicio, que es similar al anterior, lo que se sugiere ahora es que pongamos en práctica alguno de los test de proporcionalidad en materia de igualdad. Veamos sus postulados generales:

- El llamado test norteamericano busca ante todo determinar si la valoración que debemos hacer en temas de posible discriminación es estricta o débil. Es decir, si a la hora de determinar si se justifica o no la desigualdad debemos tener una medida o rasero amplio o restringido.

Para determinar lo anterior, es necesario primero que todo tener en cuenta el tema, persona o materia sobre los que va a recaer la diferenciación. No es lo mismo analizar desigualdades en materia económica, que en materia de religión, por ejemplo.

Así, una primera clasificación a considerar es entre categorías sospechosas y categorías neutras. Las primeras serían aquellas en donde hay que tener más cuidado, pues es muy posible que diferenciaciones basadas en ellas lleven a discriminaciones. Mientras que en las segundas habría más autonomía de las autoridades y las personas para establecer distinciones válidas.

Son consideradas sospechosas, y por ende potencialmente prohibidas, aquellas diferenciaciones que se fundan:

1. En rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad.
2. En características que han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas.
3. En criterios que no constituyen, por sí mismos, base a partir de los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.
4. En categorías que han estado históricamente asociadas a prácticas discriminatorias, y que actualmente se encuentran específicamente señaladas en el texto constitucional, como sexo, raza, religión o condición política.

La consideración de si una categoría es sospechosa o no, determinará el tipo de control que se haga. Así, frente a las diferenciaciones basadas en categorías potencialmente prohibidas, en tanto sospechosas, en

principio sólo son admisibles aquellas regulaciones que sean necesarias para alcanzar objetivos imperiosos para la sociedad y para el Estado. A esto es a lo que se denomina un test estricto. En cambio, frente a categorías neutrales, el análisis de la igualdad debe ser menos riguroso, por lo cual, en principio son legítimas todas aquellas clasificaciones que puedan ser simplemente adecuadas para alcanzar una finalidad permitida, esto es, no prohibida por un ordenamiento. A esto es a lo que se denomina un test débil.

En consecuencia, para el test débil basta que la clasificación sea potencialmente adecuada para obtener resultados admisibles, mientras que, conforme al “test” estricto, la diferencia de trato debe ser necesaria, y el objetivo buscado debe ser imperioso.

Sin embargo, no toda diferenciación que se realice a partir de categorías sospechosas es potencialmente discriminatoria. En muchas oportunidades, precisamente lo que se invoca para hacer la diferenciación es acabar o mitigar los efectos de anteriores discriminaciones, o para evitar que se sigan perpetuando situaciones de injusticia o de desigualdad material.

Y es obvio que sólo se podrían tomar medidas efectivas para eliminar esas desigualdades, si se toma explícitamente en consideración el criterio que ha servido hasta ahora para discriminar negativamente. Esa es la esencia de las llamadas acciones afirmativas. Estas tienen como objetivo mejorar la situación de un grupo marginado, expidiendo regulaciones que se centran precisamente en el factor que provocó su segregación.

Ahora bien, del análisis de estas acciones afirmativas saldría un tercer tipo de medida o escrutinio, que se ha denominado test intermedio. La aplicación del mismo indicaría que es legítimo aquel trato diferente en categorías sospechosas, siempre y cuando esté ligado de manera sustantiva a la obtención de una finalidad constitucionalmente importante, como lo sería la igualdad o la justicia material.

- El llamado test alemán

En este caso, se busca proponer a la persona que trata de determinar si se está ante una diferenciación legítima o una discriminación ilegítima, que siga una serie de pasos secuenciales que le permitan clarificar tanto el objetivo perseguido, como los medios previstos para ello. La idea es que si en alguno de los pasos el analista considera que no se cumple el cometido, la diferenciación no se sustenta y se debe proponer su abolición o terminación

Esto, por cuanto el principio de igualdad debe seguir la formulación clásica, mediante la cual:

- a. “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.”
- b. “Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.”

De aquí se desprenden dos consecuencias básicas: la primera, la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad. La segunda: quien establece o pretende establecer un trato desigual, debe justificarlo.

Ahora bien, en lo que atañe a la implementación concreta del test, al interesado en determinar si la diferenciación es o no legítima le correspondería obrar en dos pasos.

Inicialmente, determinar cuál es el objetivo que se persigue con el establecimiento del trato desigual, juzgar la validez del mismo a la luz de las reglas de conducta general acordadas (por ejemplo, a la luz de la Constitución, o del Manual de Convivencia, etc.) y evaluar si existe proporcionalidad entre dicho trato y el fin perseguido.

Ahora bien, para realizar este juicio de proporcionalidad es necesario estudiar primero si la medida es o no *adecuada*. Esto es, si ella constituye un medio idóneo para alcanzar un fin válido desde el punto de vista del ordenamiento que se está evaluando (Constitución, Manual de Convivencia, etc.). Posteriormente, debe examinarse si el trato diferente es o no *necesario o indispensable*. Para lo cual, debe estudiarse si existe o no otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio de un derecho o un valor, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto. Finalmente, debe hacerse un análisis de “proporcionalidad en estricto sentido”, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.

REITERANDO LA CONSIGNA

Este es uno de los pocos ejercicios de esta propuesta que introduce la utilización de instrumentos o herramientas técnicas. Sabemos que ellas están orientadas fundamentalmente al trabajo de los jueces de tutela. Sin embargo, como puede observarse, no son de difícil entendimiento, y ayuda mucho a la comprensión del tema su experimentación en casos prácticos y cotidianos.

En consecuencia, es importante que el tallerista se familiarice con ellas, y pueda presentarlas al grupo de manera sencilla y comprensiva. Recomendamos, por ejemplo, que trabaje por medio de carteleras, presentación computarizada, o similares. También, que previamente a realizar el ejercicio él mismo haya practicado los dos test sugeridos.

EL SENTIDO DEL DEBATE

Más que debate en sí, el ejercicio debe apuntar a experimentar las dos tensiones básicas de la igualdad: en qué somos iguales y en qué somos diferentes. O, en otras palabras, cuándo las diferencias deben ser relevantes y cuándo no.

Por ello, el animador debe insistir en hacer de la razonabilidad y la proporcionalidad temas que puedan ser discutidos y argumentados objetivamente, a partir de premisas claras.

Probablemente, frente a algunas diferenciaciones no se llegue a consenso en torno a si se justifican o no. Sobre todo, porque estas posiciones seguramente dan cuenta de universos valorativos diferentes. Al tallerista le compete resaltar de cualquier forma la necesidad de orientar la discusión hacia argumentos que busquen disminuir la subjetividad. Con todas las críticas que puedan hacerse, pasar por un test ofrece por lo menos la oportunidad de discutir en torno a cuestiones un poco más objetivas, y explicitar desde dónde se habla cuando se invocan valores y principios de convivencia.

NOTAS PARA EL CIERRE

Dado que este es uno de los pocos ejercicios que tiene por objetivo familiarizar a los participantes con instrumentos de carácter técnico, es importante que el animador coteje en diversas instancias el grado de apropiación de los mismos.

Por ello, recomendamos que en la evaluación de esta sesión se incluyan ejemplos prácticos que permitan por lo menos vislumbrar la aplicación cotidiana del test, sin necesidad de que se realicen argumentaciones muy complejas. Algunos ejemplos pueden servir para ilustrar el punto: ¿Debe cederse el puesto a mujeres embarazadas y personas de la tercera edad? ¿Debe dárseles prelación cuando se trate de filas de entidades bancarias, trámites oficiales y similares? En una tienda de barrio, ¿debe atenderse a los clientes por orden de llegada o por relaciones más estrechas de vecindad? En caso de calamidades, como incendios o naufragios, debe mantenerse la consigna de que mujeres y niños primero?

Ante estos eventos, y otros de similar factura que pueden derivarse de situaciones comunes de la vida cotidiana de los participantes, el tallerista puede insistir para que los participantes regresen una y otra vez a la aplicación de los test, razonando o ponderando los diferentes criterios que permiten establecer diferenciaciones y prohíben discriminaciones.

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Los siguientes párrafos están centrados en la doctrina constitucional colombiana en materia del test de proporcionalidad. Examinamos casos de diferente índole, pues la idea es ilustrar la variedad de campos jurídicos a los que puede ser aplicado el test. Así, en la primera sentencia (C-002 de 1996) se analizan beneficios de acceso a la educación superior a aquellos bachilleres que presten el servicio militar, generando una posible situación discriminatoria frente a aquellos jóvenes que no prestaron el mencionado servicio militar. La segunda (C- 093 de 1997) estudia la constitucionalidad de la obligatoriedad del cinturón de seguridad en automóviles. Y la última (C-673 de 2001) trata sobre la asimilación a los docentes privados de las normas sobre escalafón de los educadores públicos.

Entender el Test de Razonabilidad como el género, y el juicio de proporcionalidad como la especie, es una primera distinción básica que nos ha referido la doctrina alemana, desarrollada en Colombia en la Sentencia C- 002 de 1996, como sigue:

El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.

Sobre el contenido del Principio de Proporcionalidad, la Corte dijo:

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Pasos que deben guiar el análisis el test de razonabilidad en el derecho a la igualdad:

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.

La norma acusada establece una diferenciación irrazonable en las oportunidades de acceso a la educación superior, en detrimento de personas que no prestaron el servicio militar y que, teniendo méritos académicos para continuar sus estudios en su etapa superior, se pueden ver desplazados por los beneficiarios del privilegio otorgado por la norma demandada. Por todo lo anterior, la Corte declarará inexecutable el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993, a excepción del párrafo, que no fué demandado y que no contradice la norma superior, observando, eso sí, que tal declaración no significa que esté constitucionalmente prohibido al legislador establecer ciertas prerrogativas, a manera de estímulo, para los bachilleres que presten servicio militar, siempre que ellas satisfagan condiciones como las que la Corte señala en el presente fallo y que se echan de menos en el caso sub-lite.

En la sentencia de constitucionalidad de la obligatoriedad de portar el cinturón de seguridad C- 309 de 1997:

La Corte tuvo que estudiar la legitimidad de la obligación de que el conductor de un vehículo lleve cinturón de seguridad, por lo cual analizó cuáles son los requisitos que debía tener una medida de protección de la propia persona para ser constitucionalmente admisible. Esa sentencia precisó que ese tipo de regulaciones interfieren en la libertad de acción de una persona que no está afectando derechos ajenos, y su objetivo es exclusivamente proteger los intereses o los valores de la propia persona afectada; la Corte concluyó que esas medidas son admisibles pero deben ser sometidas a un escrutinio estricto de proporcionalidad para evitar que se transformen en regulaciones “perfeccionistas”, que se encuentran constitucionalmente prohibidas, pues implican la imposición estatal de un modelo de virtud, lo cual afecta el pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad (CP arts 7 y 16).

Por ello, esa sentencia precisó, al analizar la “adecuación” de esas medidas de protección, que éstas deben no sólo perseguir finalidades “admisibles sino buscar la realización de objetivos constitucional-



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

mente importantes, puesto que está en juego la autonomía de las personas coaccionadas". Y además, añadió la Corte, "el efecto protector de la medida en relación con el interés o valor que se quiere favorecer debe aparecer demostrado claramente." (Fundamentos 12 y 13). La Corte señaló entonces expresamente que esa "exigencia de un análisis estricto de la adecuación de la medida se justifica, pues no parece legítimo que una hipotética protección a un interés de la propia persona autorice al Estado a coaccionar a los ciudadanos para que se abstengan de efectuar conductas que no afectan derechos de terceros, o para obligarlos a que realicen comportamientos que no benefician al prójimo" (Fundamento 13).

El Sistema Europeo de Derechos Humanos como la Corte Suprema de Estados Unidos han desarrollado métodos de análisis sobre disputas de la constitucionalidad o permisión de medidas restrictivas o trato discriminatorios en situaciones que generaban tensión en el derecho a la igualdad. El análisis de la doctrina constitucional colombiana ha advertido desde sus inicios la necesidad de acudir a métodos de solución interpretativa de esas tensiones normativas. Por ello, ha acudido a desarrollos teóricos del derecho comparado para enfrentar los conflictos que ha debido solucionar. La siguiente es la presentación de la concepción de la Corte frente a sus fuentes doctrinarias más importantes.

Corte Europea de Derechos Humanos

"El primero de ellos, que ha sido desarrollado principalmente por la Corte Europea de Derechos Humanos y por los tribunales constitucionales de España y Alemania, se basa en el llamado test o juicio de proporcionalidad, que comprende distintos pasos. Así, el juez estudia (i) si la medida es o no "adecuada", esto es, si ella constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; luego (ii) examina si el trato diferente es o no "necesario" o "indispensable", para lo cual debe el funcionario analizar si existe o no otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto. Y, (iii) finalmente el juez realiza un análisis de "proporcionalidad en estricto sentido" para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial."¹²

Concepto Anglosajón de niveles de intensidad

"La otra tendencia, con raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los "escrutinios" o "tests" de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Así, cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida

12 Fundamento Jurídico 4 C- 093/01



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento”.¹³

Sobre el juicio integrado de proporcionalidad:

La complementariedad entre el juicio de proporcionalidad y los tests de igualdad, así como sus fortalezas y debilidades relativas, han llevado a la doctrina, con criterios que esta Corte prohija, a señalar la conveniencia de adoptar un “juicio integrado” de igualdad, que aproveche lo mejor de las dos metodologías. Así, este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad stricto sensu.

Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los tests estadounidenses. Así por ejemplo, si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la “adecuación” deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que ésta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la “indispensabilidad” del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional.¹⁴

El juicio integrado de proporcionalidad, que combina las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y de los tests de distinta intensidad estadounidenses, implica entonces que la Corte comienza por determinar, según la naturaleza del caso, el nivel o grado de intensidad con el cual se va a realizar el estudio de la igualdad, para luego adelantar los pasos subsiguientes con distintos niveles de severidad. Así, la fase de “adecuación” tendrá un análisis flexible cuando se determine la aplicación del juicio dúctil, o más exigente cuando corresponda el escrutinio estricto. Igualmente sucederá con los pasos de “indispensabilidad” y “proporcionalidad en estricto sentido”.¹⁵

13 Ibid.

14 Fundamento Jurídico No. 6 C-093/01

15 Fundamento Jurídico No. 8 C-093/01



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Sentencia C- 673 de 2001

En esta sentencia se concreta con mayor precisión, la intensidad de los juicios de proporcionalidad, distinguiendo con mayor claridad entre los conceptos que encuadran en el análisis del fin, del medio y de las materias, presentándose mayor exigencia y rigurosidad en el test estricto que en el leve, esta graduación obedece al respeto de las facultades de configuración legislativa del congreso y al principio democrático que encierra la producción de las leyes. Además de la gradualidad, la sentencia también recoge la gradualidad que sobre la exigencia de la carga de la prueba y de la argumentación genera la distinción en los niveles de intensidad del test de proporcionalidad.

Graficación de los niveles de intensidad ¹⁶

(Tania Vivas. Tesis para optar al título de Especialización en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia, 2005)

Presunción de Constitucionalidad – Carga de la Prueba y de la Argumentación¹⁷

LEVE	INTERMEDIO	ESTRICTO
FIN Legítimo	Legítimo (no estar prohibido). Constitucionalmente importante (su necesidad no es prescindible, ni irrelevante v.gr. Interés público y/o magnitud del problema a resolver).	- Legítimo - Importante - Imperioso
MEDIO - Legítimo - Adecuado (Idóneo)	- Adecuado (Idóneo) - Efectivamente conducente.	- Adecuado - Efectivamente conducente. - Necesario (No existencia de medio alternativo menos lesivo). - Juicio de proporcionalidad en estricto sentido (los beneficios exceden las restricciones).
MATERIA - Económicas - Tributarias - Política internacional - Competencia específica dada por la Constitución - Normatividad preconstitucional derogada que aun surte efectos. No se aprecia prima facie amenaza para el derecho en cuestión.	- Afectación de derechos constitucionales no fundamentales. - Cuando exista un indicio de arbitrariedad que afecte la libre competencia.	- Uso de criterios sospechosos de discriminación (Art. 13 C.P) - La medida recaiga en personas reconocidas como: en situación de debilidad manifiesta, grupos marginados y minorías. - La medida afecte prima facie gravemente el goce de un derecho fundamental. - La medida crea un privilegio.

¹⁶ Ver C-673 2001. Fundamento Jurídico No. 7., 7.1 y 7.2.

¹⁷ C-673 de 2001. Fundamento Jurídico No. 7., 7.1 y 7.2.

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

LEVE	INTERMEDIO	ESTRICTO
<ul style="list-style-type: none"> - Se parte de la presunción de constitucionalidad de la medida - Elementos que prima facie no arrojan dudas de la presunción - Hace más exigente la demostración de la inconstitucionalidad por el demandante 	<ul style="list-style-type: none"> - Basta la demostración de la prohibición constitucional del fin de la norma o del medio empleado ó - la demostración de que el medio es manifiestamente inadecuado para la obtención del fin. 	<ul style="list-style-type: none"> - Presentar el cuestionamiento que indique prima facie inquietudes claras o sospechas sobre el contenido de la norma demandada, v. gr. una clasificación fundada en la pini3n religiosa, el sexo o la raza - Corresponde al autor de la medida asumir la carga de justificar su constitucionalidad- inversi3n en la carga de la prueba a favor del ciudadano.

7

Ponderación



Autor: Blanca Stella Brunal. Exposición: "Colombia Imágenes y Realidades". Fundación Dos Mundos -OACNUDH

OBJETIVOS

- Generar habilidades para resolver controversias entre titulares de derechos fundamentales de similar entidad.

PLANTEANDO EL PROBLEMA

En muchas oportunidades, las controversias en relación con posibles violaciones a los derechos humanos se originan paradójicamente en la invocación paralela y contradictoria de distintos derechos involucrados.

Piénsese, por ejemplo, en una situación común: el ruido de los vecinos. Mientras una parte defiende su derecho al libre desarrollo de la personalidad, que se expresa en actividades como tocar la batería o festejar animada y ruidosamente acontecimientos con sus amigos, la otra aduce su derecho a la paz y la tranquilidad. ¿A quién dar la razón? ¿Cómo hacer compatibles pretensiones igualmente sustentadas en derechos, pero que parecen incompatibles?

UN DILEMA PROPICIADOR

De acuerdo con el medio, pueden escogerse situaciones comunes que dan origen a discusiones sobre prelación de derechos. Tratándose de las Escuelas, nosotros privilegiamos algunos dilemas que tienen que ver con controversias en torno al derecho al libre desarrollo de la personalidad, que es frecuentemente invocado tanto por alumnos como por docentes. Veamos algunos de ellos:

- En el desarrollo de una clase, un docente enfrenta la siguiente situación: un grupo de estudiantes se niega a poner atención sobre temas que no les interesan, aduciendo su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Otro grupo siente que la actitud de sus compañeros afecta su derecho específico a la educación, pues el docente debe dedicar mucho tiempo a convencerlos de que pongan atención, tiempo que debería ser dedicado a avanzar efectivamente en los temas programados. El formador, a su vez, se siente constreñido por el deber al que se ha consagrado, cual es el de asegurar el derecho a la educación de todos sus estudiantes. El caso es llevado a un comité, que debe decidir la situación, tratando de armonizar los diferentes derechos en pugna. ¿Cuál sería la solución que brindarían?
- En un colegio se ha propuesto la publicación de un periódico escolar, en el que se da cuenta de hechos cotidianos que interesan a la convivencia común. La redacción, a cargo de los estudiantes de último grado, ha editorializado en el sentido de propender por desarrollar el derecho a dar y recibir información veraz y oportuna sobre los temas de trascendencia para la comunidad.

Héctor y Yohanna conforman una pareja de novios, quizás la más popular de todo el colegio. Actualmente cursan décimo grado, y

ambos se han distinguido por su animada participación en los distintos eventos culturales y científicos del colegio.

A la fecha, por problemas personales, el noviazgo parece terminar. Yohanna, bastante sentida, le ofrece a la edición del periódico un artículo en el que cuenta intimidades de su vida en pareja, en la que resalta algunas situaciones de maltrato físico que sufrió de parte de Héctor, estando en su casa, y que habrían originado la ruptura. Para ello, invoca su derecho a la libre expresión. Héctor, al enterarse de la propuesta, inmediatamente busca vetarla, pues a su juicio afecta su derecho a la intimidad. El caso llega al comité editorial, del cual hacen parte cada uno de los grupos, con una carta de las chicas que hacen el reportaje, aduciendo el interés del tema por cuanto es asunto de coyuntura, trasciende lo meramente individual, e introduce un debate sobre el maltrato físico por parte de los hombres, que debe ventilarse ante la comunidad educativa. ¿Cómo solucionarían cada grupo la situación?

REITERAR LA CONSIGNA

El tallerista debe recalcar que se trata de un estudio de derechos, no de preferencias. Es decir, no se busca que cada grupo exprese a quién le da la razón en los casos propuestos. Tampoco, se está en una competencia, en la cual una de las partes gana y la otra pierde. Lo que se busca es que traten de tomar muy en serio los derechos invocados por cada uno de los involucrados, y busquen la forma de hacerlos efectivos.

En este orden de ideas, conviene apuntar que la mejor respuesta es la que logre armonizar o hacer compatibles el mayor número de derechos posibles.

Para ello, conviene recordar que no hay derechos absolutos, lo que lleva a que cualquier derecho pueda ser limitado. Pero, igualmente, esto no puede servir de excusa para borrar o hacer desaparecer el derecho.

EL SENTIDO DEL DEBATE

Lo que deben experimentar los grupos es lo que en materia de amparo de derechos se conoce como ponderación o balanceo. Quizás la segunda expresión dé más la idea de lo que se busca, por su metáfora imaginativa: se plantea una especie de balanza, en la cual se sopesan los distintos derechos en controversia. Uno de ellos tendrá mayor peso, y por ende inclinará la balanza a su favor. Pero el otro, o los otros, le harán contrapeso: no se esfuman.

Surgen así dos problemas fundamentales. El primero: ¿cómo determinar cuál de los derechos debe prevalecer? ¿Cuál es el punto de comparación a partir del cual se hace esta decisión? El segundo: ¿Cómo asegurar que los otros derechos en disputa no desaparezcan por la preferencia que se hizo del otro?

Para resolver el primero de los problemas, se requiere trascender los intereses en disputa. La pregunta deberá reformularse, de la siguiente manera: los derechos no se explican solos, sino en conjunto. Es decir, existe una especie de referente de todos ellos, en donde reside la integralidad de lo que se busca proteger. Son principios o valores que dan sentido a todos los derechos y deberes.

Piénsese, por ejemplo, en una especie de haz que contiene la búsqueda por el respeto a la vida, la dignidad humana, la igualdad, la libertad y la construcción de la convivencia pacífica con justicia material o equidad.

Fijado el referente, puede hacerse el debate en torno a cuál de los dos derechos en pugna, en la situación concreta, resulta más relevante para asegurar estos principios o valores integrales.

Nótese que esta valoración no puede hacerse con independencia de las situaciones concretas. Es imposible decir, por ejemplo, que siempre y en todo lugar el derecho a la libre expresión prevalece sobre el derecho a la intimidad. O que el derecho al libre desarrollo de la personalidad prevalece sobre el derecho a la tranquilidad. O que el derecho a la igualdad prevalece sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad. O, incluso, que el interés general prevalece sobre el particular (recuérdese la teoría de los derechos fundamentales como cartas de triunfo). La respuesta correcta sería: depende del caso. Y el caso, en últimas, corresponde a una ponderación de los derechos a la luz de los principios más importantes y generales que orientan nuestra convivencia.

El segundo problema estriba en determinar qué parte de los derechos no preferentes, es decir aquellos que están en el lado menos pesado de la balanza, debe asegurarse. En este punto, se ha introducido la idea de núcleo esencial. Aunque de difícil precisión, se apunta a la consideración de que existe una especie de corazón, de núcleo irreductible del derecho, que siempre y en toda circunstancia debe ser respetado. Incluso, en casos de guerra, o de conflicto armado interno, o de aguda crisis económica (este tema fue también abordado en el tercer ejercicio).

Luego, el quid del ejercicio consiste precisamente en determinar si este núcleo está siendo afectado, de forma tal que el derecho como

tal desaparece. O sí, por el contrario, se le ha limitado de una forma adecuada, teniendo en cuenta no sólo el derecho en sí, sino el haz de principios y valores que le dan sentido.

Como ambos problemas están siempre presentes, las respuestas que se exigen son a su vez compuestas: no basta con darle preferencia a uno de los derechos sobre el otro. Es necesario justificar esta exigencia y, posteriormente, evaluar qué elementos o componentes del otro derecho, el que va a ser limitado, serían intocables.

NOTAS PARA EL CIERRE

Es posible que el ejercicio de ponderación o balanceo evidencie nuevamente formas muy diferentes de concebir la vida o los valores sociales. No se trata de que el animador o tallerista tome partido frente a ellos, y busque hacer prevalecer los que le parecen más adecuados. Su trabajo consiste, más bien, en mantener las condiciones de trabajo para que el diálogo sea posible, a pesar de las diferencias.

Lo que lo puede motivar, por ejemplo, a ensayar formas de decisión de la controversia que acerquen a los participantes a diversos paradigmas políticos: votar; delegar la decisión en una o dos personas prestigiosas para el grupo, con el cargo de argumentar posteriormente ante el grupo su decisión; escoger al azar alguno de los grupos para resolver las distintas posiciones, etc.

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Frente a tensiones entre derechos la Corte Constitucional ha adoptado como respuesta el uso de mecanismos de ponderación entre derechos, en sustento de la doctrina de la inexistencia de derechos absolutos, tales como el Principio de Armonización Concreta. También ha acudido a los test de proporcionalidad vistos en el acápite anterior.

En adelante veremos como, en distintos conflictos entre derechos, la prevalencia de uno sobre otro se muestra insatisfactoria dentro de un Estado Constitucional que busca propender por la máxima eficacia material de todos los derechos fundamentales. Todos los casos, como en los anteriores ejercicios, pertenecen a campos jurídicos diferentes con el fin de evidenciar la aplicación de la ponderación de derechos en casos cercanos a la vida en comunidad.

Sentencia T-425 de 1995: caso de la Gasolinera

El dueño de una estación de gasolina alega amenaza al Derecho a la Vida de sus usuarios y habitantes del sector ante el peligro generado por los clientes de una licorera colindante que no cuenta con instalaciones de servicio de baño, motivo que lleva al merodear los tanques de gasolina por los clientes, que además de alcohol consumen cigarrillos, bajo el riesgo de explosión de alguno de los tanques de la gasolinera. Se solicita en la petición de protección el cierre de la licorera, creándose entonces un conflicto con el derecho a la libertad de empresa. La Corte resolvió guiarse por la vía de la ponderación a través de la herramienta de la Armonización Concreta, que no es más que buscar la máxima efectividad de los dos derechos en tensión:

Si se toma en cuenta la cercanía del establecimiento comercial con la estación de gasolina, la venta de licor y cigarrillos para ser consumidos en el lugar, y el interés de la demandada en mantener su clientela, el ejercicio que ésta hace de sus derechos constitucionales no está exento de efectos hacia terceros. La actividad empresarial de la demandada genera un riesgo claro e inminente que amenaza no sólo el derecho a la vida del demandante, sino también otros bienes y derechos suyos, así como los de los demás miembros de la colectividad. El derecho a la libertad de empresa de la demandada, colisiona con el derecho a la vida, a la libertad de empresa y a la propiedad del demandante. En el ejercicio de su derecho a la libertad de empresa, la demandada genera un riesgo difuso e incontrolable, que traslada a su vecino y a la colectividad, consistente en suministrar bebidas alcohólicas y cigarrillos que son consumidos, sin las debidas precauciones, en un lugar cercano al depósito de combustibles, aledaño. Justamente, por la carencia de instalaciones adecuadas y las costumbres de su clientela.

El riesgo de que se produzca una explosión de los tanques de gasolina –lo cual es altamente probable–, y se vulneren los derechos a la vida, a la propiedad o a la empresa del demandante, de vecinos del sector e, incluso, de la misma demandada, es mayor que la posibilidad de una reducción de su clientela como



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

consecuencia de la prohibición de consumir el licor y los cigarrillos en el lugar, dada la vecindad con la estación de gasolina y la existencia de las mencionadas prácticas. De conformidad con el principio de armonización concreta, se observa que el derecho a la libertad de empresa –que de suyo tiene una función social y supone responsabilidades–, debe soportar una limitación, con miras a eliminar el riesgo que, para los derechos del actor y de otras personas, genera su ejercicio en las actuales circunstancias.

Ejercicio de los derechos y principio de armonización concreta:

La vida en sociedad impone la limitación –dentro de ciertos márgenes– de los derechos y bienes colectivos con el objeto de asegurar la coexistencia de intereses individuales y colectivos contrapuestos. El ordenamiento jurídico busca facilitar la coordinación de dichos intereses, mediante la resolución pacífica de las controversias que pueden surgir en el ejercicio de los derechos. A nivel constitucional, estos conflictos se traducen en colisiones de normas constitucionales que sirven de respaldo a los derechos enfrentados.

Las colisiones entre normas jurídicas de igual jerarquía constitucional deben solucionarse de forma que se logre la óptima eficacia de las mismas. El principio de la unidad constitucional exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, al cual se opone una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran.

El ejercicio de los derechos plantea conflictos cuya solución hace necesaria la armonización concreta de las normas constitucionales enfrentadas. El principio de armonización concreta impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra.

El principio de armonización concreta implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad. En este proceso de armonización concreta de los derechos, el principio de proporcionalidad, que se deduce del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (C.P., art. 95-1), juega un papel crucial. Los límites trazados al ejercicio de los derechos, en el caso concreto, deben ser propor-



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

cionales, esto es, no deben ir más allá de lo indispensable para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna. La proporcionalidad se refiere entonces a la comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (C.P., art. 2), y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos¹⁸.

La prohibición del abuso del derecho con el correspondiente deber de todo ciudadano del ejercicio responsable del derecho, conlleva la aplicación conjunta para evitar una desaparición de un derecho por el ejercicio abusivo de otro ciudadano la generación de la teoría del núcleo esencial de los derechos, ya mencionada, que busca servir como barrera de protección evitando que desaparezca, veamos la explicación de la Corte:

El abuso del derecho propio puede llevar al vaciamiento de otros derechos o bienes colectivos. Para evitarlo, la jurisprudencia constitucional ha procurado diseñar medios de control y evaluación de la constitucionalidad del ejercicio de un derecho o una facultad constitucional. La teoría del núcleo esencial del derecho, por ejemplo, es un primer intento de trazar una línea clara entre el ámbito intangible de un derecho –sin cuya protección absoluta el derecho específico se desnaturalizaría o perdería totalmente su efectividad–, y los contornos del mismo, los cuales sí pueden ser objeto de regulación o delimitación para permitir su coexistencia con otros derechos y bienes jurídicos particulares.

En el caso de colisión entre derechos constitucionales, corresponde al juez llevar a cabo la respectiva ponderación. Mediante ésta, se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados. La consagración positiva del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (C.P., art. 95-1), elevó a rango constitucional la auto-contención de la persona en el ejercicio de sus derechos. La eficacia constitucional de este deber, en consecuencia, exige de los sujetos jurídicos un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de las demás y de la colectividad.

En las relaciones intersubjetivas se revela el carácter dual de los derechos constitucionales. Estos constituyen verdaderos derechos o facultades subjetivas en cabeza de las personas –bien sea como derechos de resistencia contra el Estado u otros particulares (status negativo), de participación, o de prestación (status positivo)–, y, a la vez, representan valores objetivos del ordenamiento, los cuales

18 Sentencia T-425 de 1995. Fundamentos Jurídicos No. 9 a 11.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

prefiguran la vida de relación y exigen una actitud de solidaridad que asegure la convivencia pacífica de todos. La interpretación del contenido y alcance de los derechos a partir de los principios fundamentales de dignidad humana y de solidaridad social (C.P., arts. 1 y 95), permite la recuperación de la racionalidad a nivel del ejercicio práctico de los derechos. Sólo mediante un ejercicio razonable, esto es, reflexivo y responsable de los propios derechos, es posible superar la tensión individuo-sociedad y, con ello, la confrontación de intereses y necesidades que, de otra forma, se resolvería mediante la negación del otro y el envilecimiento de la propia condición humana¹⁹.

Sentencia T- 1205/03: El repique de campanas

Se conoce en esta jurisprudencia de una acción de tutela interpuesta por un ciudadano contra la Parroquia San Joaquín (Ibagué, Tolima). El núcleo de la demanda es la perturbación por ruido debido al repique de campanas de una iglesia ubicada en sector residencial. El problema jurídico que se presenta es el siguiente ¿Viola el derecho a la intimidad y tranquilidad de los vecinos del sector la emisión sonora del repique de campanas de iglesia ubicada en zona residencial? Y la Corte decidió:

Como se advirtió, ante el conflicto entre la libertad de cultos y el derecho a la intimidad, lo que procede es armonizar ambos derechos fundamentales en el caso concreto para que los dos sean protegidos. La orden que se impartirá no establece la prevalencia de la intimidad sobre la libertad de cultos sino que limita la actividad comunicativa consistente en tocar las campanas de la parroquia de tal manera que el ruido por ellas emitido no sobrepase el nivel de sonido tolerable. Por lo tanto, las campanas podrán seguir repicando en condiciones que respeten el nivel de ruido máximo permisible. Así como la libertad de ejercer un culto y desarrollar actividades comunicativas de contenido religioso no son derechos absolutos, la intimidad tampoco lo es. De tal manera que el derecho a la intimidad de la actora no comprende evitar cualquier ruido, sino tan solo los sonidos que exceden un nivel predeterminado por las autoridades competentes. La vida en sociedad comporta no solo soportar cargas razonables sino tolerar las ideas ajenas y, en especial, las prácticas acordes con las convicciones religiosas siempre que tales prácticas sean pacíficas y compatibles con el principio de la dignidad humana y, además, respeten los límites trazados en la ley estatutaria sobre libertad religiosa.

Sentencia T- 222/02: Cantos religiosos amplificadas

Esta sentencia examinó el alegato de un ciudadano por perturbación del derecho a la intimidad de los vecinos del sector por el ruido producido por la práctica del culto de la Iglesia Pentecostal Unida de

19 Ibid. Fundamentos Jurídicos No. 12 y 13.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Colombia (Dosquebradas, Risaralda), dado que sus miembros utilizaban en sus reuniones instrumentos amplificadores y musicales tales como batería y guitarra eléctrica, en unas instalaciones que no controlaban la emisión de ruido. La Corte, al responder, acogió argumentos de una sentencia previa, la T-454 de 1995, donde se pronunció sobre un caso en el que uno de los hechos materia de la acción era idéntico al que ahora se examina:

Los accionantes acudieron a la tutela porque los miembros de una comunidad religiosa producían ruido exagerado toda vez que los fieles cantaban, aplaudían y pisoteaban, acompañados por instrumentos musicales con elevado sonido, con lo cual vulneraban sus derechos fundamentales consagrados en los artículos 15 (intimidad) y 92 (solicitud de aplicación de sanciones penales y disciplinarias para autoridades públicas).

En esa oportunidad, la Corte recordó que el ruido puede llegar a constituirse en una injerencia arbitraria en la intimidad de una persona, por cuanto el derecho fundamental a la intimidad asegura a la persona y a su familia un reducto o espacio físico inexpugnable, ajeno a los otros, en el que puede resguardarse, aislándose del tumulto de la vida moderna, gozar del recogimiento necesario y proyectar tranquilamente su personalidad, alejado y libre de las intromisiones o contactos que el sistema social normalmente acarrea.

Se recordó en el fallo de tutela en cita que la Corte ha sostenido que el conflicto surgido entre el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de cultos y de religión (CP art. 19) y el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (CP arts. 15 y 28), debe resolverse de conformidad con los principios de mayor efectividad de los derechos fundamentales y de armonización de las normas constitucionales. El intérprete debe garantizar el mayor radio de acción posible al ejercicio de los derechos fundamentales y preferir la solución que, en la sopesación de valores o derechos constitucionales contrapuestos, no sacrifique su núcleo esencial, atendidas la importancia y la función que cada derecho cumple en una sociedad democrática.

Igualmente, se reiteró que en el plano estrictamente constitucional, el impacto negativo a los derechos ajenos por el exceso de ruido, atendido el lugar y la hora en que se produce al igual que los instrumentos empleados, constituye un ejercicio abusivo de la libertad de cultos. El núcleo esencial del derecho a la intimidad personal y familiar, entendido como el derecho a no ver o escuchar lo que no se desea ver o escuchar, se vería vulnerado de permitirse el ejercicio de la libertad de cultos fuera del parámetro ofrecido por un comportamiento razonable de las personas en determinadas circunstancias espacio-temporales en un sector residencial durante las horas de la noche.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Se concluyó, entonces, que las prácticas de un culto religioso deben realizarse de forma razonable a fin de no interferir abusivamente en la intimidad de las personas vecinas y mucho menos amenazar o vulnerar el derecho a la salud.

Caso del cinturón de seguridad

En la sentencia C-309/97 la Corte estableció la constitucionalidad de la norma que sancionaba la no utilización del cinturón de seguridad en los automóviles de modelo posterior al año de 1985. Al evaluar la intervención en la autonomía individual a través de una medida de protección como es el obligatorio uso del cinturón, hace una aplicación del juicio estricto de proporcionalidad, es un muy buen ejercicio de ponderación. La controversia giraba en torno a si una norma podía obligar a una persona a adoptar medidas de protección sin violar su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La Corporación estableció una serie de elementos de juicio con base en los cuales determinar la constitucionalidad de las medidas de intervención sobre la autonomía de las personas. En primer lugar, la Corte determinó que, en Colombia, las medidas perfeccionistas, es decir, aquellas que tienden a la imposición de un modelo de virtud, vulneran las disposiciones constitucionales que protegen el pluralismo y la autonomía individual (C.P., artículos 1°, 7°, 16, 17, 18, 19 y 20), motivo por el cual se encuentran prohibidas. Sin embargo, la Corporación estimó que son admisibles aquellas “medidas de protección coactiva de los intereses de la propia persona” o “medidas de protección” que tiendan a proteger las facultades decisorias de individuos que se encuentren en situaciones que “les impiden diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses, o actuar consecuentemente en favor de ellos”. Según la Corte, este tipo de medidas son constitucionalmente legítimas siempre y cuando sean razonables y proporcionadas, lo cual se comprueba mediante la utilización del denominado juicio de proporcionalidad. En este sentido, la medida de que se trate (1) debe estar orientada a la protección de valores que tengan un sustento constitucional expreso; (2) debe ser eficaz; (3) debe ser la medida menos lesiva de la autonomía individual o, en otros términos, su legitimidad “se encuentra en proporción inversa al grado de autonomía y competencia de la persona para tomar decisiones libres en relación con sus propios intereses”; y, (4) debe ser proporcional en sentido estricto, lo cual significa, por una parte, que la carga impuesta por la medida debe ser menor que los beneficios que se busca obtener a través de la misma y, de otro lado, la medida no puede invadir el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En opinión de la Corporación, tal invasión se produce cuando la medida “se traduce en una prohibición de un determinado proyecto de realización personal y de una opción vital, aun cuando ella sea riesgosa para intereses que la propia Constitución considera valiosos como la vida o la salud”.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Caso de corte de cabello en infantes

La sentencia SU- 642 de 1998 examina la política de un jardín infantil al imponer el corte de cabello a niños menores de 4 años para prevenir epidemia de piojos. Se plantea la violación al libre desarrollo de la personalidad de niños que no quieren que se les corte el cabello. El problema jurídico se fijó en la proporcionalidad de la medida que limita el derecho de un niño, poniendo en amenaza la autonomía individual de un menor de edad.

Para la Sala, no existe duda alguna de que todo colombiano, sin distingo alguno de edad, es titular del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, el cual, como lo ha manifestado la Corte, constituye emanación directa y principal del principio de dignidad humana. Sin embargo, el hecho de que el libre desarrollo de la personalidad sea uno de los derechos personalísimos más importantes del individuo, no implica que su alcance y efectividad no puedan ser ponderados frente a otros bienes y derechos constitucionales o que existan ámbitos en los cuales este derecho fundamental ostente una eficacia más reducida que en otros. Ciertamente, en tanto lo que este derecho protege son las opciones de vida que los individuos adoptan en uso de sus facultades de juicio y autodeterminación, es natural que la protección constitucional a las mismas sea más intensa cuanto más desarrolladas y maduras sean las facultades intelecto-volitivas de las personas con base en las cuales éstas deciden el sentido de su existencia. Lo anterior no sólo encuentra fundamento en la jurisprudencia de esta Corporación sino, también, en lo dispuesto por el artículo 12-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en donde se establece que “los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”

Juicio de proporcionalidad sobre medidas que la limitan

Sólo aquellas limitaciones que tengan un explícito asidero en el texto constitucional y no afecten el núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo e la personalidad, son admisibles desde la perspectiva de la Carta Política. Empero, aquellas restricciones que se produzcan en la zona de penumbra del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad son susceptibles de ser controladas por el juez constitucional, quien deberá constatar, a través del denominado juicio de proporcionalidad, que éstas sean razonables y proporcionadas y, por ende, ajustadas a las normas del Estatuto Superior. El anotado juicio consiste en establecer si la medida limitativa persigue una finalidad constitucional, si es idónea respecto del fin pretendido, si es necesaria por no existir alternativa razonable



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

menos limitativa de la libertad e igualmente eficaz y, finalmente, si el sacrificio a la autonomía resulta adecuado y estrictamente proporcional en relación con la finalidad pretendida. Adicionalmente, la intensidad del juicio de proporcionalidad será mayor en cuanto mayor sea la cercanía del ámbito en que se produce la restricción, con el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La categoría del libre desarrollo de la personalidad como derecho relacional, no se puede analizar sino con respecto a una restricción específica sobre la que el individuo deba tener la autonomía para decidir, las siguientes son las variables que la Corte asumió para decidir:

En opinión de la Sala, la primera variable está constituida por la madurez psicológica del menor que efectúa una determinada decisión, susceptible de ser protegida por el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Sobre este particular, la Corte ha señalado que la protección deparada por el anotado derecho fundamental es más intensa cuanto mayores sean las facultades de autodeterminación del menor de edad, las cuales –se supone– son plenas a partir de la edad en que la ley fije la mayoría de edad. Esta regla también ha sido formulada conforme a una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que éste adopte. Así, a mayores capacidades intelecto-volitivas, menor será la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones adoptadas con base en aquéllas.

La segunda variable a tener en cuenta en la determinación del alcance del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, está constituida por la materia sobre la cual se produce la decisión del menor de edad.

Como ocurre en el caso del derecho a la igualdad, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad es un derecho de carácter relacional, lo cual significa que protege las decisiones de las personas frente a algún asunto particular o, dicho de otro modo, protege la autonomía para decidir respecto de algo. En esta medida, el status constitucional del asunto objeto de la decisión es esencial para determinar la intensidad con que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad la protegerá. Sobre este particular, la Sala estima que pueden distinguirse dos situaciones: (1) el asunto sobre el que se produce la decisión sólo interesa a quien la adopta y no afecta derechos de terceros ni compromete valores objetivos del ordenamiento que otorguen competencias de intervención a las autoridades, motivo por el cual el ámbito decisorio se encuentra incluido dentro del núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; y, (2) la decisión versa sobre un asunto que compromete derechos de terceros o se relaciona con valores objetivos del ordenamiento que autorizan la intervención de las autoridades, caso en el cual el asunto objeto de la decisión se localiza en la zona de penumbra del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, en la que, como es sabido, son admisibles aquellas restricciones que sean razonables y proporcionadas.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

En el primer caso, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad despliega una eficacia máxima, motivo por el cual la protección que depara es absoluta. Consecuente con ello, no existen posibilidades de intervención sobre las decisiones que en ese ámbito se produzcan pues, de lo contrario, resultaría afectado el núcleo esencial del anotado derecho. Ejemplo de este tipo de decisiones son aquellas que se relacionan con la identidad sexual de los individuos, frente a las cuales, como se vio, la Corte ha señalado que “no cabe determinismo extraño”.²⁰ En la segunda eventualidad, el nivel de protección desplegado por el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad se ve reducido de manera proporcional a la protección que también es necesario dispensar a los derechos de terceros que resulten involucrados por la decisión de que se trate o por las competencias de intervención que ostenten las autoridades públicas.²¹ Lo anterior puede producirse en ámbitos como la vida, la integridad personal, la salud o la educación que, además de constituir derechos fundamentales individuales, también son valores objetivos del ordenamiento en cuya promoción, defensa y protección las autoridades pueden intervenir, todo ésto sin desmedro del núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (v. supra).²²

Luego de hacer el juicio, la decisión fue la siguiente:

Es posible afirmar que las medidas que imponen restricciones a la apariencia personal de los educandos son inconstitucionales, por ser violatorias del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, salvo que sea posible demostrar que las mismas buscan la protección o efectividad de un bien constitucional imperioso e inaplazable de mayor peso que el derecho fundamental arriba anotado, caso en el cual se estimarán ajustadas a la Constitución Política.

Las decisiones de los niños de cuatro años de edad en torno a la longitud de su cabello, aunque relacionadas con su identidad corporal, admiten intervenciones relativamente amplias, siempre y cuando éstas se lleven a cabo en el marco de un diálogo franco y afectuoso. En esta medida, el anotado ámbito de decisión admite la imposición de restricciones cuya compatibilidad con la Constitución Política se determinará mediante un juicio de proporcionalidad que, en el presente caso, deberá ser particularmente intenso. Ciertamente, aún cuando las decisiones que los niños adoptan con respecto a su identidad corporal no forman parte del núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, ésta órbita decisoria sí se encuentra muy próxima al mismo, habida cuenta de la intensidad con que la Carta Política protege todos los asuntos relacionados con el propio cuerpo y la identidad personal.

Caso de la obligatoriedad de patrones estéticos.

20 Véase la sentencia T-477/95 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

21 Véanse las sentencias T-474/96 (MP. Fabio Morón Díaz); C-309/97 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

22 Véase la sentencia C-309/97 (MP. Alejandro Martínez Caballero).



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

La SU-641 de 1998 trata sobre la imposición de patrones estéticos en institución educativa en el uniforme de la institución, determinando el uso de la longitud del cabello, peinado, maquillaje y adorno corporal. Se caracteriza esta imposición no como factor de discriminación (que afectaría el derecho a la igualdad visto en el ejercicio anterior), sino como una limitación al derecho al libre desarrollo de la personalidad:

En cuanto hace al vestido, la regla general es la libertad y el respeto por las distintas culturas, las condiciones climáticas, la capacidad económica y las preferencias individuales, a la vez que la excepción se encuentra en el acuerdo de la comunidad educativa para optar por un uniforme, sea por motivos económicos o vinculados a una especialización de la oferta educativa. El largo del cabello y la forma del peinado, el maquillaje y el adorno corporal, así como el uso de accesorios hacen parte del derecho a la propia imagen, en cuyo ejercicio toda persona está facultada para decidir de manera autónoma cómo desea presentarse ante los demás, si acepta que su figura sea captada y difundida por los medios de comunicación cuando no se halla en un lugar público o abierto al público, si usa barba o bigote, si disimula o resalta determinada característica física, si usa o no las prendas que están de moda, etc. En estos asuntos no hay diferencia entre la lógica que permite afirmar la legitimidad de la prohibición del pelo largo, y la que atribuiría igual calidad a la hipotética obligación de rasurarse las piernas y axilas, o a la proscripción del uso de la ruana en el colegio. En todos estos ejemplos se viola el derecho consagrado en el artículo 16 Superior, puesto que se llega hasta afectar la permanencia del alumno, a causa de algo que es tan poco relevante en materia educativa, que no ha impedido al menor actor obtener un buen resultado académico, integrarse de manera fructífera con el grupo de sus compañeros y mantener una vida social disciplinariamente intachable, así el manual de su colegio no comparta la comprensión y aceptación que el actor encuentra en su familia por ser quién y cómo es.

8

Libertad



Autor: Miltón Díaz Guillermo. Exposición: "Colombia Imágenes y Realidades". Fundación Dos Mundos-OACNUDH

OBJETIVOS

- Estudiar la pertinencia de una posible cláusula general de derecho a la libertad.
- Reflexionar sobre los contornos del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

PLANTEANDO EL PROBLEMA

Con los derechos de igualdad y dignidad, los de libertad conforman la triada central de derechos y garantías ciudadanas.

Esta aseveración es aún más capital a la hora de contemplar las relaciones entre la población en general y el Estado. Especialmente, por cuanto buena parte de estos derechos tratan precisamente de proteger a las personas contra el ejercicio de un poder omnímodo o arbitrario.

La estructura general de estas garantías de libertad buscan desarrollar dos principios centrales: que los individuos puedan escoger libremente su ideal de vida buena, sin que éste les sea impuesto por la autoridad, y que las prohibiciones a la acción en sociedad estén estrictamente delimitadas y se justifiquen en razones de interés general.

UN DILEMA PROPICIADOR

Un joven de 16 años, criado en un hogar de influencia religiosa católica, decide autónomamente abandonar este credo y entrar al de los Testigos de Jehová. Sus padres no comparten esta decisión, pues les parece que su hijo está sufriendo un proceso de *lavado de cerebro*, aun cuando los comportamientos sociales del joven no lindan para nada con lo ilícito, y por el contrario ha aumentado su preocupación por actuar a favor de los pobres y necesitados del país.

El joven enferma de una rodilla, por una flebitis complicada, que le intentan sanar en un hospital público, sin éxito inicial. Conforme al dictamen de la junta médica, lo más pertinente es proceder a hacerle una operación, para lo cual requieren los respectivos permisos del muchacho y su familia. De lo contrario, la inflamación puede poner en riesgo el miembro afectado, obligando a procedimientos más drásticos como la inmovilización total o hasta la amputación.

En esos momentos, los padres se enteran de que su hijo se niega a permitir dicha operación quirúrgica, pues encierra el riesgo de transfusión de sangre, práctica contra la cual se pronuncia su religión. Intentan convencer a los médicos para que le practiquen la cirugía, invocando su juramento hipocrático y su compromiso social, pero ellos se niegan hasta tanto no se pronuncie una autoridad competente.

Cada uno de los grupos es la autoridad competente. Y le corresponde, en consecuencia, pronunciarse sobre los derechos y obligaciones en discusión y determinar si procede o no la intervención quirúrgica.

El joven insiste en su libre desarrollo de la personalidad, que incluye la garantía de no interferir con sus decisiones religiosas más íntimas. Los padres aducen la obligación de velar por los derechos a la salud de su hijo, menor de edad y bajo su custodia. Una parte de los médicos considera que es efectivamente su compromiso social actuar aún en contra de la voluntad del paciente, para preservar su salud futura. Otra parte, por el contrario, insiste en que no es su obligación imponer un modelo de sanidad que puede ir en contra de las convicciones íntimas de los pacientes.

REITERANDO LA CONSIGNA

Se busca un ejercicio de ponderación por parte de los grupos. En este sentido, el facilitador debe insistir en que se consideren todos los puntos de vista involucrados (el del joven, sus padres y los médicos), se considere su sustrato o base en términos de derechos, deberes y garantías, y se construya una respuesta compleja.

Lo que significa, sobre todo, que no basta con decir si procede o no la operación. Es requisito necesario involucrar consideraciones justificatorias, y ellas deben referirse explícitamente al libre desarrollo de la personalidad, al deber de formación de los hijos, al deber de los profesionales de la medicina y al deber del Estado en tanto garante de la salud pública. Adicionalmente, es necesario advertir que esta decisión podrá servir de fundamento para otros casos similares.

EL SENTIDO DEL DEBATE

Parte del debate seguramente estará vinculado con los alcances de la cláusula de libre desarrollo de la personalidad. Es común establecer diferenciaciones, en este punto, entre lo que sería libertad y lo que sería libertinaje. O acotaciones a favor de la libertad responsable. En últimas, exposiciones que intentan llamar la atención sobre el contenido ético de la libertad.

Si bien el facilitador debe alentar esta reflexión, que supone una elaboración necesaria para la construcción de ciudadanos activos, puede ir más lejos. En especial, en lo que significa el debate en torno a los ideales de vida buena, o vida que vale la pena vivir.

Uno de los primados del liberalismo, sobre el cual se construye buena parte de la argumentación política de derechos, es que es el individuo quien debe decidir y construir este ideal. Y, en contra partida, se espera del Estado una actitud garantista: no debe proteger o privilegiar unos modelos de desarrollo vital o humanístico sobre otros, sino que debe ofrecer iguales garantías para su desarrollo desde una posición de neutralidad axiológica o valorativa.

Parte de esta neutralidad se basa, precisamente, en la poca probabilidad de desarrollo que tendrían algunos modelos de vida que no gozan del favor de las mayorías, y que eventualmente pueden incluso ser tachados de irresponsables, inmorales o hasta depravados.

Piénsese, a manera de ejemplo, en la homosexualidad. Especialmente, la de aquellos que optan abiertamente por ella como su modelo de vida buena. Si el tema se sometiera al escrutinio de mayorías, seguramente sería rechazado y se consideraría a quienes hacen propaganda de este modelo como perversos, depravados o desfachatados. Y no sobran ejemplos recientes en que el Estado, asumiendo la defensa de un determinado ideal de vida buena, margina o prohíbe explícitamente estas expresiones de desarrollo de la personalidad, llegando incluso a detener a los homosexuales por el mero hecho de serlo.

Aunque se trata de un ejemplo que puede considerarse como extremo, en realidad la vida social está plagada de casos similares. Buena parte de los reclamos ante los jóvenes se originan en su resistencia a adoptar los modelos de socialización que les ofrece el medio, lo que los ubica en el campo de lo raro, lo incomprensible, lo light, lo poco comprometido, etc. Algunos modelos regionales de vida buena son controvertidos por naturales de otras regiones, al considerar que invitan a la molicie, la pereza o hasta el desenfreno sexual. Y así podríamos multiplicar los ejemplos.

El ejercicio nos confronta a uno de estos ámbitos: el de la diferencia religiosa. Con bastante recurrencia, las mayorías de creyentes asumen que su fe es casi natural, evidente, hasta científica. Y la de las minorías es rara, fanática, esotérica. En este caso, la urgencia de la operación, sumada a los deberes del Estado y de los padres, nos llevan al balanceo o contrapeso: ¿se puede obligar a seguir modelo de sanidad que sea contrario a las creencias religiosas, bajo la convicción de que es el que debe proteger la esfera pública?

Luego, en la práctica, el tallerista puede promover diversas discusiones complementarias: ¿Debe o puede el Estado obligarnos a ser sanos? ¿Podemos optar, como modelo de vida buena, como desarrollo de la libertad, por un modelo de vida enfermizo? ¿El concepto de lo sano es el que se representan las mayorías, o los médicos, o los especialistas?

Finalmente, el evento de estar ante un menor de edad nos permite compensar el alcance de la cláusula de libre desarrollo de la personalidad. Sobre todo, por cuanto se supone que durante esta época de la vida la personalidad está precisamente en formación. Y que existen agentes sociales con responsabilidades específicas en di-

cho proceso, que involucran desde la familia al Estado, pasando por las instituciones escolares.

Por lo tanto, es necesario preguntarse si la decisión sería la misma tratándose de un adulto. Y, en caso de que no lo sea, cómo dotar de contenido a esta cláusula o mandato de libre desarrollo de la personalidad, teniendo en cuenta que no hay derechos absolutos, pero tampoco pueden éstos limitarse tanto que impidan su ejercicio.

NOTAS PARA EL CIERRE

El tallerista debe ser consciente que éste representa uno de aquellos casos que en derecho se llaman difíciles. Los casos difíciles no tienen, por lo general, una respuesta correcta. Evidencian, más bien, cómo ante determinadas situaciones sociales nuestros valores previos y nuestros prejuicios terminan siendo determinantes para las decisiones que adoptamos.

Por lo tanto, el verdadero ejercicio es probar nuestra capacidad de desprendernos de nuestros propios esquemas mentales, de nuestros estereotipos, y analizar la situación con ojos nuevos, desde nuestra percepción de los distintos intereses involucrados. Como se dice en la teoría de resolución de conflictos, ensayando respuestas novedosas después de ponerse en los zapatos del otro.

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

En los párrafos siguientes se presentará la dogmática que ha desarrollado la Corte Constitucional en los casos de hermafroditismo y transfusión de sangre. Estos han constituido unos de los casos más difíciles que ha enfrentado el tribunal constitucional, debido a la complejidad de los derechos en pugna, además de estar comprometidos más de dos actores en el conflicto, entre ellos los padres de los menores, los médicos tratantes y, por supuesto, los menores afectados.

Caso del menor atacado por un perro

En la Sentencia T- 477 de 1995 la Corte Constitucional trata en caso de un niño campesino emasculado a los seis meses de nacido por el perro que cuidaba la casa donde habitaba, y que fue sometido a operación de readecuación de sexo femenino por recomendación médica para la época de 1987. El menor, no habiéndose adaptado a la identidad sexual femenina que le fue otorgada, pide la protección de sus derechos a la identidad personal y a la dignidad humana, solicitando la suspensión del tratamiento para su readecuación total femenina y que se reinvierta a un completo acoplamiento de su definición psicológica y física masculina con la que se siente plenamente identificado²³.

En efecto, ¿qué sucede cuando la persona no está en capacidad de manifestar su consentimiento informado por tratarse de un menor de edad? ¿Pueden en tales eventos decidir los padres por sus hijos, en función de los intereses de estos últimos?

Esta situación muestra que si bien la Constitución opta en principio por un tipo de Estado que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individual, ello no significa que estén totalmente proscritas de nuestro ordenamiento jurídico las llamadas medidas paternalistas, entendiendo “paternalismo” en el sentido filosófico riguroso del término, esto es, como “la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada”²⁴.

En efecto, en casos determinados, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses. Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen capacidad jurídica para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre y para proteger sus intereses.

23 Ver, entre otras, las sentencias T-551/99, T-692/99, SU.337/99 y T-1025/02, que tratan también decisiones en el ámbito de derechos similares en cuestión.

24 Gerald Dwoekin. “El paternalismo”.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Por ello, en principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional. Como dice Carlos Nino, “la autonomía de los padres no es la de los hijos”, por lo cual la patria potestad “debe estar dirigida a la formación en el grado máximo posible de la autonomía de los menores, pero no a que esa autonomía sea ejercida de una u otra manera”²⁵. ¿Cuáles son entonces los límites de decisión de los padres en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad?

La Corte considera que precisamente estos límites derivan de una adecuada ponderación, frente al caso concreto, de los principios en conflicto, esto es, entre el principio de la autonomía, según el cual el paciente debe consentir al tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio paternalista, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor. Y para ello es necesario tomar en consideración múltiples factores, por lo cual es muy difícil, como esta Corte ya lo había indicado, establecer reglas generales simples y de fácil aplicación para todos los casos médicos²⁶. Con todo, la Corte considera que hay tres elementos centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son:

- De un lado, la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor.
- De otro lado, la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño.

Así la doctrina ha establecido una distinción, que esta Corporación ha aceptado, entre intervenciones médicas ordinarias, que no afectan el curso cotidiano de la vida del paciente, e intervenciones extraordinarias, que se caracterizan porque es “notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal”, de suerte que se afecta “de manera sustancial el principio de autodeterminación personal”²⁷. Esto incluye obviamente una ponderación de los posibles efectos irreversibles de ciertas intervenciones médicas, por cuanto los tratamientos que tienen tal carácter preterminan, en muchos aspectos, la vida futura del menor.

- Y, finalmente, la edad misma del menor, puesto que no es igual la situación de un recién nacido y la de un adolescente que está a punto de llegar a la mayoría de edad.

25 Carlos Santiago Nino. “La autonomía constitucional” en Cuadernos y Debates. No 37. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p 67.

26 Ver Sentencia T-401/94, fundamento jurídico 3.3

27 Sentencia T-401/94, fundamento jurídico 3.3



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

En ese orden de ideas, un análisis combinado de esos criterios, nos permite identificar casos extremos. Así, hay tratamientos ordinarios, esto es de poco impacto para la autonomía del niño, y de evidentes beneficios médicos para el mismo. En estos eventos, es claro que los padres pueden decidir por el hijo. Así, ninguna objeción constitucional se podría hacer al padre que fuerza a un niño de pocos años a ser vacunado contra una grave enfermedad. En efecto, a pesar de la incomodidad relativa que le puede ocasionar al infante la vacuna, los beneficios de la misma para sus propios intereses son evidentes. Por ello es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño, a pesar de que éste se oponga de momento a la vacuna, por cuanto es lícito suponer que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la corrección de la intervención paternal. Se respeta entonces la autonomía con base “en lo que podría denominarse consentimiento orientado hacia el futuro (un consentimiento sobre aquello que los hijos verán con beneplácito, no sobre aquello que ven en la actualidad con beneplácito)”²⁸.

En cambio, en la hipótesis contraria, no sería admisible constitucionalmente que un padre forzara a su hijo, que está a punto de cumplir la mayoría de edad, a someterse a una intervención médica que afecta profundamente su autonomía, y que no es urgente o necesaria en términos de salud, como una operación de cirugía plástica por mera razones estéticas. En efecto, en este caso el padre está usurpando la autonomía de su hijo y modelando su vida, pues le está imponiendo, de manera agobiante y permanente, unos criterios estéticos que el menor no comparte. En este caso, la medida deja de ser “paternalista” para convertirse en lo que la filosofía ética denomina “perfeccionismo”, esto es, en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico (CP arts 1º, 5 y 16).

Como es obvio, entre estos extremos, encontramos múltiples situaciones intermedias que deben ser analizadas, en concreto, para determinar si los padres pueden tomar legítimamente decisiones médicas que afecten a sus hijos. Con base en tales elementos, entra entonces la Corte a analizar si los padres podían autorizar, en este caso concreto, la llamada readecuación de sexo de su hijo.

La respuesta categórica es: NO es posible la “readecuación de sexo” sin la autorización directa del paciente, por las siguientes razones:

Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía. Desde que la persona nace está en libertad y la imposibilidad física de ejercitar su libre albedrío no sacrifica aquélla. La tragedia del niño a quien

28 Gerald Dworkin. Op-cit, p 156.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

un perro o alguien le cercenó sus genitales externos acerca y no aleja la libertad y el consentimiento. La condición en la cual quedó el menor no destruye sino por el contrario hace más fuerte "la presencia en mí" (frase de Mounier) porque en el fondo de cada existencia hay un núcleo inaccesible para los demás y el sexo forma parte de ese núcleo o cualidad primaria o esencia. El sexo constituye un elemento inmodificable de la IDENTIDAD de determinada persona y sólo ella, con pleno conocimiento y debidamente informada puede consentir en una readecuación de sexo y aún de "género" (como dicen los médicos) porque el hombre no puede ser juguete de experimentos despersonalizados ni tampoco puede su identidad ser desfigurada para que el contorno dentro del cual vive se haga a la idea del "género" que unos médicos determinan con la disculpa de que era lo "menos malo". En la identidad de las personas no cabe determinismo extraño. Si cupiera, habría que concluir que el infante que nació varón y a quien la decisión paternalista de un grupo médico lo ubica en la sociedad como mujer, tendría necesariamente que convertirse en un ser sumiso y cobarde frente a lo que otros decidieron y tendría que permanecer en el reposo que le señaló una conceptualidad científica extraña y ello desvirtuaría el libre desarrollo de la personalidad que en este aspecto sólo él puede señalarse y por consiguiente cualquier autorización escrita de los padres no es más que un simple juego de palabras. En conclusión, los padres no pueden permitir que se altere la IDENTIDAD (EN LO SEXUAL) DE SU HIJO. Y los médicos no podían basarse en esa autorización paterna para hacer el tratamiento.

En el mismo Derecho Romano donde los infantes eran "alieni juris" y era tan arraigado el concepto de PATRIA POTESTAD, se valoraba el consentimiento del infante para hacer su condición mejor (major infantia). Ante la situación en la cual se encuentra el menor N.N. sólo él, hoy como menor adulto, puede indicar si acepta o no una intervención quirúrgica que supere o mitigue el destino trágico en que fuerzas extrañas lo ubicaron. Ni los médicos, ni el juez, unilateralmente, pueden decidir que sea hombre o mujer, que tenga o no pene. Si el menor aspira a ser hombre por encima de las dificultades es libre para tomar en sus manos su propio devenir. Y sus padres no pueden ni podían autorizar que unos médicos, que en cierta forma se aprovecharon de la ignorancia de unos campesinos y de circunstancias que posibilitan un experimento, preferenciaran el sexo femenino (que no era el natural del niño) sobre la identidad propia del infante, afectada por una mutilación pero NO destruida en su totalidad; y tan es cierto esto que LA NATURALEZA DEL MENOR SE REBELÓ y por eso rechazó el tratamiento médico que se le daba y acudió ante el Estado mediante el mecanismo de la acción de tutela para que le amparara su identidad de hombre. No hubo, era culturalmente difícil que la hubiera, una visión lúcida de los padres para comprender que ellos no podían autorizar la renuncia a una identidad sexual de su hijo. Y al hacerlo propiciaron ese optimismo trágico de los médicos que significó en últimas la violación a la dignidad y a la dimensión ética del hombre.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Salta a la vista el desconocimiento de la libertad del paciente y aún de sus padres en este y otros temas que es necesario ver frente al ordenamiento constitucional integrado con la citada ley 23 de 1981, para concluir que el fallo que se revisa debe ser sustancialmente cambiado.

Veamos ahora la relación de definición mutua entre los derechos de identidad personal, libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana:

El derecho a la identidad, como manifestación del derecho a la dignidad inherente a toda persona humana y que cobra su mayor relevancia en el caso concreto, toda vez que el derecho vulnerado hace parte también de derechos garantizados por los pactos internacionales, desde antes de la Constitución de 1991.

Son derechos fundamentales “que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”²⁹.

La significación del derecho a la identidad, contiene una idea de persona como portadora de derechos subjetivos, la cual y en virtud de elementos inherentes a su naturaleza, requiere su eficaz protección. De otra parte se establece que: “La condición de persona es la calidad que distingue al hombre de todos los demás seres vivientes”. Tal significado, comporta la concepción de persona en un sentido amplio, dirigido al ámbito que resalte la dignidad de la persona humana. Son todos estos derechos asignados a la persona humana, algo propio en razón de su naturaleza.

El derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir es dueña de sí y de sus actos. Solo es libre quien puede autodeterminarse en torno al bien porque tiene la capacidad de entrar en sí mismo, de ser consciente en grado sumo de su anterioridad, de sentirse en su propia intimidad³⁰. La persona humana es dueña de si misma y de su entorno.

El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro.

29 Ver Trujol y Serra Antonio, Los Derechos Humanos. Editorial Tecnos, 1984, pág 11.

30 Ver, Ilva Myriam Hoyos, El Concepto de persona y los derechos humanos. Universidad de la Sabana, 1991, Pág 128.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de dignidad humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad.

Son todos estos "Derechos naturales o propios de la persona humana, que revisten carácter de fundamentales, en el sentido de primarios o indispensables. La fundamentalidad coincide, con la inherencia a la naturaleza humana".³¹

Otro punto a tener en cuenta es el interés jurídico superior del menor:

El interés jurídico del menor se manifiesta como aquella utilidad jurídica que es otorgada a un menor con el fin de darle un tratamiento preferencial, su naturaleza jurídica está integrada por elementos que de manera alguna pueden desconocerse. Estos elementos constituyen un concepto de aplicación superior que establece elementos de coercibilidad y obligatoriedad de estricto cumplimiento o acatamiento por todos.

El interés superior del menor, en cuanto otorga un tratamiento especial de obligatorio acatamiento por todos, comporta una naturaleza que la lleva a ser determinada "Como una instrumentación jurídica con bases científicas y, por lo tanto flexible y adaptable a su desarrollo, así como idónea para la organización de un tratamiento digno y protector del menor. Lo que a su vez, permite distinguirla de la tradicional naturaleza jurídica formal de la institución del menor, la cual por lo tanto generaba desajustes con la realidad y, por consiguiente retroceso y perjuicio a los menores de edad, y consecuentemente a los mayores de edad del mañana"³².

Es así como el respeto al derecho a la identidad, en cuanto forma parte de ese interés jurídico superior, determina lo que es el actual y posterior desarrollo de la personalidad. En efecto, el derecho a la identidad como manifestación de la dignidad humana es siempre objeto de ese interés jurídico del menor, y en virtud de tal tratamiento" resulta explicable que respecto de los menores de edad siempre exista una relación entre el interés jurídico superior de éstos y/o los intereses jurídicos de otros (que pueden ser los padres o los extraños, la sociedad en general o el Estado, evento en el cual aquél será superior). Es decir ese interés jurídico del menor es siempre superior, porque al estar vinculado con otros intereses, se impone el predominio de aquél."³³

31 Ver, Bidart Campos, German J. Teoría General de los derechos humanos. Editorial Astrea, 1991 Pág 4.

32 Laffont Pianetta Pedro. Compilación legislativa, Doctrinaria y de jurisprudencia relacionada con el menor, 1994.

33 Ibidem, Pág 25.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Por consiguiente, al defenderse la individualidad del menor, o en otros términos, su identidad, como un interés jurídico superior, es necesario afirmar que cualquier intromisión efectuada sin su consentimiento, constituyó una vulneración de sus derechos fundamentales. Pues la superioridad que contiene la naturaleza de este derecho fue precisamente establecida en favor del desarrollo de su personalidad y protección a su dignidad como ser humano.

Otro aspecto sobre el que es indispensable hacer claridad, es que si bien el menor en virtud de su condición estaba sometido a la patria potestad de sus padres, y aún a la de los intereses del propio Estado, no podía condicionarse tal situación, como un menoscabo de su derecho a la identidad, en cuanto éste es un interés jurídico superior ampliamente protegido frente a los intereses de aquellos.

El derecho a la identidad y su fundamento la dignidad humana:

El derecho a la identidad, y más específicamente a la identidad sexual, presupone la existencia de un derecho constitucional a la Dignidad. Este derecho "Opera aún cuando caduquen los demás derechos personales emergentes de la Constitución".³⁴ El derecho a la dignidad, se constituye a su vez en fuente de otros derechos. Razón por la cual, toda violación al derecho a la identidad, es a su vez una vulneración al derecho a la Dignidad Humana.

Es bajo tal presupuesto que lo consagrado en el preámbulo de la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece la idea de que los derechos humanos fundamentales tienen su raíz en la dignidad y el valor de la persona humana (arts 1º y 5º), inherentes a su naturaleza.

Como se ve, en el derecho a la identidad la persona es un ser autónomo, con autoridad propia, orientado a fines específicos, que ejerce un claro dominio de su libertad y en consecuencia ninguna decisión tomada sin su consentimiento se torna válida. Tal autonomía, implica a la persona como dueña de su propio ser. La persona por su misma plenitud, es dueña de sí, es el sujeto autónomo y libre. En otros términos, el distintivo de ser persona y el fundamento de la dignidad de la persona es el dominio de lo que quiere ser.

Este criterio, nos conduce a señalar cómo la estrecha relación presente entre el derecho a la identidad y el interés autónomo, es garantizado constitucionalmente con una protección distinta y superior a los demás en cuanto al derecho de los niños se refiere y consagrado de manera expresa en la Constitución de 1991.

34 OP Bidart Campos.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

La dignidad humana supone unos valores básicos, en donde se reconoce que “En el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y cualquiera que sean los valores prevalentes en la colectividad histórica”. En tal sentido también afirma Peces Barba “Se trata del derecho a ser considerado, como persona, es decir, como ser de eminente dignidad.”³⁵

La dignidad, base del derecho a la identidad, le otorga entonces su verdadero sentido, por cuanto establece sus contenidos y alcances lo cual implica una comprensión amplia de su naturaleza.

Como se había anunciado, uno de los factores de complejidad del caso es la presencia de distintos actores con intereses y obligaciones a veces contrapuestos. Por ello, resulta pertinente estudiar las distintas órdenes que la Corte libró, dependiendo de su responsabilidad en la vulneración a los derechos del menor:

Hay que distinguir dentro de la decisión que se tomará, en primer lugar, el alcance y fundamento de la orden que se le dará al I.C.B.F. y en segundo lugar, la proyección de la orden hacia el Notario que cumplió lo determinado en el proceso de jurisdicción voluntaria. Y en cuanto a las personas naturales y jurídicas contra quienes también se orientó la tutela (médico, padres del menor, hospital) habrá una orden de abstención, ya decidida provisionalmente en auto de 29 de agosto de 1995, y esto se ratificará en la presente sentencia, convirtiéndose en definitiva la orden de que NO se continúe el tratamiento de readecuar el sexo hacia lo femenino porque esto no ha sido consentido por N.N., todo lo contrario, él insiste en su derecho a una entidad masculina, y, obviamente no permanecerá el menor bajo control de los médicos del hospital San Vicente de Paúl y de sus padres, aunque respecto de éstos, no perderán la patria potestad, se mantendrán las relaciones familiares, pero como lo primordial es el tratamiento integral que debe dársele a N.N. y ello es imposible lograrlo en el ambiente donde los padres están, hay que buscar otros horizontes porque los derechos del menor están por encima de los derechos de los demás.

Caso de oposición a transfusiones de sangre

Otro campo en que se presentan controversias entre derechos es el de la oposición por motivos religiosos a tratamientos que conlleven transfusiones de sangre. En menores de edad, ellos han culminado con la protección del derecho a la vida, a diferencia de lo que acontece en mayores de edad.

35 Ibidem, pág 73.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

En la T-474 de 1996 se trata el caso de la oposición de un menor de edad, con diagnóstico de cáncer de rodilla, a cualquier tratamiento que implique transfusión de sangre, pues tal tratamiento está prohibido por la religión que profesa.

En el Estado Social de Derecho, el consentimiento del paciente se erige como manifestación expresa del principio constitucional que reconoce en él un ser razonable, dotado de entendimiento que posibilita la realización de su libertad, pues es su "razón" la única que puede válidamente determinar, previa información sobre las características y posibles consecuencias de un determinado tratamiento médico, si lo acepta o no, decisión que será legítima y constitucional siempre que provenga de un individuo plenamente capaz y que con ella éste no incumpla con la obligación que tiene de brindarse a sí mismo el cuidado integral que su persona requiera, o con el deber de no infringir con sus decisiones daño a terceros o a la colectividad.

Si bien el menor adulto goza de una capacidad relativa, ésta no es suficiente para optar por una alternativa que pone en serio peligro su vida, pues aún no puede presumirse que ella sea el producto de su propia y autónoma reflexión, guiada únicamente por su razón y entendimiento, motivo por el cual las decisiones que tengan que ver con su salud, que comprometan su vida, deben ser compartidas con sus padres o representantes quienes tienen el derecho y el deber de participar en ellas. La institución de salud responsable de la atención médica del menor, debió cumplir con sus obligaciones dando prelación a la defensa y protección del derecho a la vida del paciente, para lo cual, ante la negativa del joven de recibir un tratamiento que se le recomendó como urgente y necesario dada la gravedad de su estado, debió consultar y contar con la opinión de por lo menos uno de sus padres, y dado el conflicto de posiciones entre uno y otro acoger y aplicar aquella que le garantizara al menor el acceso inmediato a todos los tratamientos y recursos científicos disponibles para salvar su vida, con mayor razón cuando el organismo especializado al que consultó, se había pronunciado señalando que se acogiera la decisión del padre.

El menor adulto que decidió por voluntad propia acoger una determinada religión y cumplir con los preceptos que ella le impone, tiene derecho a cumplir las obligaciones de carácter moral que asumió; ahora bien, si tales preceptos interfieren decisiones sobre su salud e integridad física, afectando incluso sus expectativas de vida, tendrá derecho, no a decidir por sí solo, sino a participar en las decisiones que tengan que ver con su salud y con los tratamientos médicos que se le recomiendan, expresando libremente su opinión, dado que es un asunto que lo afecta directamente, opinión que deberá ser tenida en cuenta y valorada de manera tal que se le garantice la coexistencia y realización plena de sus derechos fundamentales. Dada su condición de menor de edad, en caso de contradicción entre las decisiones que el menor pretenda adoptar en desarrollo de su derecho a la libertad religiosa y las que



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

emanen de sus padres, dirigidas a salvaguardar su derecho fundamental a la vida, prevalecerán las segundas, de cuya realización efectiva será responsable el Estado.

La capacidad relativa que se le reconoce al menor adulto debe ser complementada y perfeccionada, hasta hacerse plena, con el ejercicio por parte de los padres o representantes del derecho-deber que a ellos se les reconoce, de guiar y orientar a sus hijos o representados en el ejercicio de sus derechos, "de modo conforme a la evolución de sus facultades". Se trata de lo que podría denominarse una capacidad compartida, pues no se puede simplemente desconocer de plano las opiniones del menor adulto, adoptando decisiones que tendrían que imponerse por la fuerza, a lo mejor transgrediendo otros derechos del mismo; si se presenta contradicción entre las decisiones que tome el menor, que pongan en peligro su derecho fundamental a la vida, y las decisiones de sus padres para preservarla, le corresponde al Estado, garantizar la primacía del derecho fundamental a la vida del menor.

Derecho a la vida del menor adulto. Prevalencia del consentimiento del padre.

Cuando se trata de intervenciones o tratamientos urgentes y necesarios dirigidos a preservar la vida del menor próximo a cumplir la mayoría de edad, ante la gravedad "extrema" de su estado de salud, imponer la decisión del padre, aún en contra de la voluntad del hijo menor, en el sentido de autorizar que la ciencia recurra y aplique los procedimientos que estén a su alcance para salvarle la vida, no implica usurpar o interferir su autonomía, sino viabilizar una posibilidad de carácter científico que contribuya a preservar su vida, deber y derecho del padre y obligación del Estado.

En la Sentencia T- 411 de 1994, la situación es un tanto al revés: los padres de una menor de 10 meses de nacida se oponen a que ésta reciba una transfusión, por sus convicciones religiosas. Nuevamente, en la Corte opera la primacía del derecho a la salud y a la vida.

Afirma el ciudadano Juan Manuel Robledo, quien se desempeña como médico de la comunidad de Pueblo Nuevo (Cauca), que el día 28 de abril de 1994 acudió a su consultorio la señora María Elvira Chocué, con el fin de que examinara a su hija Floralba, de diez meses de edad. Tras el correspondiente examen médico, afirma el peticionario que le diagnosticó a la menor una bronconeumonía lobar, desnutrición y deshidratación, razón por la cual advirtió a la señora Chocué que su hija debía ser hospitalizada inmediatamente, debido a que su crítico estado de salud estaba poniendo en peligro su vida.

Según afirma el agente oficioso de la menor, la señora Chocué, tras consultar el caso con su marido, "manda decir que son evangélicos y que su culto religioso no le deja llevar el niño (sic) al hospital, razón por la cual fue imposible transportar a la menor, para brindarle la atención que se merece".



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Este caso no debe examinarse tan sólo desde la perspectiva del derecho a la libertad religiosa de los padres, sino también, y de manera especial, desde el punto de vista de los derechos inalienables de la menor. La Constitución Política es tajante al señalar que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (Art. 44 C.P.); la razón esencial de tal prevalencia, no es otra que la situación de indefensión en que se encuentra colocado el infante frente al resto del conglomerado social, y por ende, la mayor protección que a él deben brindarle tanto el Estado como la sociedad. Para la Sala es claro, entonces, que los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la niña, en el caso bajo examen, prevalecen sin condición alguna, sobre el derecho a la libertad religiosa de sus padres. Estos no tienen título jurídico para decidir sobre bienes tan primordiales como la vida y la salud de quien, según el ordenamiento jurídico, es persona, es decir, dueña de sí misma, y no objeto de la propiedad de otros. Una de las bases de la civilización consiste en no someter a los más débiles, sino, por el contrario, promoverlos y defenderlos reconociendo su dignidad personal, y el trato preferencial, que deben dárseles en virtud de la proporcionalidad, esencia de la justicia distributiva, que consiste en dar a cada cuál según sus necesidades. Esto no significa que se rompa el principio de igualdad, sino todo lo contrario: es lo justo como proporción, o sea, una equivalencia proporcional que suple las deficiencias de quien incondicionalmente es sujeto de derechos y no objeto de la elección de sus progenitores. La debilidad de un infante no es negación del derecho, sino afirmación de su necesidad y fundamento del merecimiento de una actitud preferencial hacia él.

La Sala estima conveniente aclarar que si bien es cierto los padres tienen el derecho de escoger el tipo de formación de sus hijos menores, ello no implica potestad sobre el estatuto ontológico de la persona del menor. Éste está bajo el cuidado de los padres, pero no bajo el dominio absoluto de éstos. La formación religiosa, por lo demás, no puede ser sinónimo de imposición, entre otras razones, porque los niños tienen derecho a expresar libremente sus opiniones.

Sobre el concepto de moral religiosa y la resolución del conflicto con el derecho a la vida de una menor.

La moral religiosa no es una imposición, sino una vocación, que es diferente. A la vocación responde libremente la persona, y sólo ella, y no sus padres, podrá actuar de conformidad con la directriz de conducta que señala un credo religioso. Orientar y no obligar es la tarea de los padres en materia de fe religiosa. Lo contrario es un despropósito que conduce al oscurantismo y al sometimiento, aspectos que riñen con la filosofía de la Carta Política. No hay que olvidar que la fe religiosa está protegida bajo el entendido de que no implica actos de extrema irracionalidad, porque la fe está al servicio de la vida. Jurídicamente hablando no puede legitimarse el sacrificar a otro, pues el mal, por acción u omisión, nunca puede ser objeto jurídico protegido.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Aquí el punto de la irrenunciabilidad al derecho a la salud como resultado de exigencia religiosa:

El derecho a la salud es irrenunciable, y por tanto carecen de fundamento legal pretensiones tales como las que constan en el expediente, relativas a la presión de ciertos grupos religiosos sobre sus miembros para no recibir los tratos mínimos razonables que la salud y derecho a la vida exigen, como bienes irrenunciables e inalienables por ser inherentes a la naturaleza humana.

Finalmente, en los casos en que la oposición a la transfusión provenga de un paciente mayor de edad, la situación cambia. La Sentencia T - 659 de 2002 estudió este evento, en el que a la postre la paciente murió.

Se interpuso la solicitud de tutela con el fin de lograr que a la señora María Eva Agudelo Hurtado se le realizara una transfusión de sangre que, según lo manifestó su esposo, requería para tratar de salvarle la vida, habida cuenta que en razón del culto religioso que aquella profesaba, se negaba a que se le realizara tal procedimiento.

En el presente caso, la decisión de no permitir que se le hiciera transfusión de sangre alguna, provino de una mujer mayor de edad y plenamente capaz, y, sobre esa base, reitera esta Sala de Revisión el criterio expuesto por la Corte en la Sentencia T-474 de 1996 en cita, según el cual, en el Estado Social de Derecho, que reivindica al hombre como individuo libre y autónomo, incurso en continuo proceso evolutivo, epicentro de la organización política, fin y no medio de las acciones del Estado, el consentimiento del paciente se erige como manifestación expresa del principio constitucional que reconoce en él un ser razonable, dotado de entendimiento que posibilita la realización de su libertad, pues es su "razón" la única que puede válidamente determinar, previa información sobre las características y posibles consecuencias de un determinado tratamiento médico, si lo acepta o no, decisión que será legítima y constitucional siempre que provenga de un individuo plenamente capaz y que con ella éste no incumpla con la obligación que tiene de brindarse a sí mismo el cuidado integral que su persona requiera, o con el deber de no infringir con sus decisiones daño a terceros o a la colectividad. Habilitar al médico para imponerle su criterio al paciente, sería tanto como despojar al individuo de su autonomía, trasladándola a otro en razón de su calificación profesional, lo que es inadmisibles en la concepción de hombre que subyace en este tipo de organización política.

La señora Agudelo Hurtado era titular de los derechos fundamentales a la libertad de conciencia, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de cultos y, según la fe que profesaba, debía rehusarse a que se le practicaran transfusiones de sangre, de modo que, siendo plenamente capaz, no era dable que a través de una orden impartida por el juez constitucional de tutela se contrariara su voluntad, manifestada por demás en forma consciente y reiterada y habiendo optado por la opción de que se le aplicara un tratamiento médico alternativo que a su juicio no contrariaba su fe.



Equidad



Autor: Sean Igor Acosta. Exposición: "Colombia Imágenes y Realidades". Fundación Dos Mundos-OACNUDH

OBJETIVO

- Reflexionar sobre el reparto de bienes escasos o cargas necesarias.
- Examinar diversas herramientas procedimentales que pueden garantizar mayor equidad.

PLANTEANDO EL PROBLEMA

Uno de los problemas recurrentes en materia de fundamentación de derechos humanos es el del reparto de bienes escasos a los cuales muchos tienen, en principio, similar derecho, y cuyo valor se pierde o es nulo al dividirse. Y cuando se habla de bienes escasos, se puede tener en cuenta tanto servicios como cargas.

Piénsese, por ejemplo, en la entrega de cupos educativos en una universidad del Estado, en la asignación de vivienda social, en la determinación de subsidios de alimentación o en la determinación de cuáles poblaciones están obligadas a prestar servicio militar o social obligatorio.

En estos eventos, se pone en juego la justicia en concreto, o equidad. ¿Cómo garantizar una distribución que no sea injusta o inequitativa? ¿Es posible este tipo de repartos, respaldados por derechos de igual entidad, o en últimas la competencia por los bienes es siempre una excusa para aplicar políticas discriminatorias?

UN DILEMA PROPICIADOR

Nos encontramos en el único hospital del país, donde nos han invitado a hacer parte del comité de asignación de órganos. A éste le compete, fundamentalmente, determinar qué pacientes deben recibir un órgano para transplante.

En el caso que nos ocupa, se trata de asignar dos riñones que acaban de ser donados. En principio, el hospital ha hecho las pruebas de compatibilidad necesarias, y nos brinda la siguiente información sobre la lista de posibles receptores:

- Hombre de 30 años, soltero, doctorado en ingeniería de petróleos, trabajador de la Empresa Nacional de Petróleos, experto nacional en fluido de carburantes, vive en estrato seis, ingresos mensuales superiores a los \$15'000.000, prioridad 1, 2 años de espera.
- Mujer de 38 años, casada y separada, cabeza de familia, 3 hijos menores de edad, combina trabajo en sector informal (ventas) con gerencia del hogar, ingresos mensuales de \$1.000.000, estrato 2, prioridad 2, 18 meses de espera.
- Hombre de edad indefinida, mayor de 55 años, problemas mentales, se desconoce su pasado, habitante de la calle, ingresos en especie, estrato 0, prioridad 1, 2 años de espera.
- Hombre de 45 años, desplazado por la violencia, campesino sin empleo, dos hijos abandonados que espera recuperar, ingresos por ayuda humanitaria, estrato 1, sin registro de espera, prioridad 2.

- Mujer de 30 años, soltera, sin hijos, pintora de trascendencia nacional, estrato 6, ingresos superiores a \$10.000.000 mensuales en época de producción, prioridad 1, 28 meses de espera.
- Mujer de 45 años, viuda, dos hijas mayores de edad, secretaria comercial, ingresos de \$1.500.000, estrato 3, prioridad 2, 2 años de espera.
- Mujer de 28 años, soltera, 1 hijo, trabajadora sexual, ingresos variables cercanos a \$1.500.000, estrato 2, prioridad 1, 6 meses de espera.

Las reglas para la asignación son las siguientes:

Las personas que están en prioridad 1 están más urgidas, clínicamente hablando, que aquellas que están en prioridad 2.

El tiempo de espera se refiere al registro único hospitalario.

Los estratos socioeconómicos están ordenados del 0 (más bajo) al 6 (más alto).

El salario mínimo está fijado en \$1.000.000

Todas las personas están cubiertas por un plan de seguridad que les otorga similares derechos en materia de salud, dentro del cual se contempla el derecho a que le transplanten un riñón en caso de insuficiencia renal crónica.

Ninguna de las personas tiene la posibilidad de hacerse el trasplante por fuera del hospital del que ustedes hacen parte, en tanto comité de asignación.

Por el momento no hay otros riñones prometidos.

El comité puede optar por entregar los dos riñones, uno solo, o ninguno.

REITERANDO LA CONSIGNA

Se busca que el grupo defina inicialmente criterios para decidir, y posteriormente realice la selección. En tal sentido, el tallerista debe recalcar que si bien a los interesados les preocupa sobre todo si recibirán o no el riñón que puede salvarles la vida, a la comunidad en general lo que le preocupa es si la asignación se hizo de la manera más equitativa posible. Y este juicio no es posible hacerlo si cada comité no da cuenta de las razones que tuvo para llegar a la selección.

Conforme a la experticia del grupo, esta condición de objetividad puede hacerse más estricta. Por ejemplo, si los participantes saben de mecanismos específicos de protección de derechos, como la tutela, el tallerista puede insistir en que uno de los factores a tener en cuenta a la hora de juzgar la mejor repartición será el que no de pié para la presentación razonable de tutelas por parte de los otros afectados.

EL SENTIDO DEL DEBATE

Como en otros ejercicios de esta cartilla, este dilema nos enfrenta a situaciones dramáticas, donde no hay una elección que resuelva el problema de fondo. Se plantea así, por cuanto es un reflejo de lo que nos sucede con muchos de los llamados derechos económicos, sociales y culturales (DESC), parte de cuya característica en nuestro medio es el desfase entre expectativas de realización y posibilidades de concreción.

El ejercicio debe introducir en los grupos el debate sobre si cualquier reparto tiene consecuencias similares, o si los criterios con los cuales se procede a efectuar el mismo son determinantes a la hora de asegurar los derechos. En otras palabras, el problema quizás no resida en la escasez, que padeceremos por largo tiempo, sino en los argumentos mediante los cuales, en condiciones de carencia, se privilegia a un grupo o individuo sobre otros.

Un buen ejemplo para introducir la discusión es la del reparto de una torta. ¿Qué significa que ésta se distribuya de manera equitativa? Cabrían muchas posibilidades: quién debe recibir el mayor pedazo: ¿el que tiene más hambre, el que esté más flaco, el que esté más desnutrido, el que sea homenajado, el que sea menor en edad a partir de cierto rango, el que sea mayor en edad hasta cierto rango, el adulto varón de mayor prestigio, la adulta hembra de mayor prestigio, el varón más adulto de la familia, la mujer más adulta de la familia, el varón más pequeño de la familia, la niña más pequeña de la familia, el que sea de la casa o del círculo íntimo, etcétera? ¿Siempre y en todo lugar lo más equitativo es repartir la torta en partes iguales?

Este ejercicio nos da paso a pensar en criterios distintos a la hora de efectuar el reparto de bienes escasos como los que enfrentó el grupo, y que posiblemente salieron reflejados en las opciones adoptados. Entre ellos, cabe resaltar:

Criterios que buscan asegurar la igualdad entre todos o parte de los enfermos. Por ejemplo, mediante una escogencia al azar. Este puede ser un criterio inicial (no es frecuente, pero algún grupo podría

llegar a considerar, por ejemplo, rifar los riñones) o complementario: entre personas que cumplan otros criterios, como mecanismo para decidir desempates (por ejemplo, para sortear entre los enfermos con prioridad 1).

Criterios que contemplan características de las personas. Por ejemplo, el ser hombre, mujer, soltero, casado, alto, obeso, joven, etc. Criterios que enfatizan el mérito o el esfuerzo personal. Por ejemplo, el tiempo que se le ha dedicado a la actividad (es el caso típico de las *colas*, y de allí el sentimiento de indignación que nos da cuando alguien introduce a otro, o le vende su puesto a un recién llegado). Aplica en este caso por la vía de la lista de espera, que es una forma virtual de hacer cola. Se supondría que debe recompensarse el estar en dicha lista por más tiempo que otros.

Criterios que se centran en la necesidad de los sujetos. En este evento, la lógica es que quien más necesite un bien debe ser privilegiado a la hora del reparto. Aplica para las prioridades (lo necesitan más los pacientes con prioridad 1).

Criterios que se focalizan en el uso que el sujeto pueda hacer del bien. Más allá de la necesidad, lo que cabría preguntarse en este caso es si la persona le dará una destinación adecuada al bien escaso. En nuestro caso, implica la pregunta por quién le puede sacar mejor partido al riñón, lo que remite a consideraciones como las de la edad (se supondría que alguien viejo ya no lo podría utilizar por mucho tiempo) o la indigencia (alguien que no se alimenta bien y que está expuesto a otros contagios también lo malgastaría).

Criterios que detallan el beneficio social que se puede obtener en el reparto. La pregunta ya no se centra en la persona, sino en el entorno: cómo se obtiene mayor ganancia social. Por ejemplo, privilegiando los que tengan obligaciones frente a hijos, o los que más le puedan aportar al país o a la sociedad.

Generalmente, como anotábamos antes, los grupos combinarán diversos criterios. Entre otras consideraciones, esta combinación es la que está a la base de los sistemas de reparto por puntos: se estipula una serie de criterios, y se les asigna una jerarquía, la que se expresa en un indicador numérico.

Lo importante es llevar a los grupos a que sean conscientes de la multiplicidad de criterios desde los cuales pueda operar el reparto y, sobre todo, plantear la cuestión de si es posible darle mayor o menor objetividad a éste mediante la selección de unos u otros criterios.

NOTAS PARA EL CIERRE

La realización de un ejercicio como éste generalmente propicia en los asistentes la revisión de otras situaciones similares, en las que han intervenido definiendo repartos de manera más intuitiva o coyuntural.

En esta medida, el tallerista puede aprovechar la oportunidad para llevar la discusión a otros terrenos más particulares a las situaciones institucionales, con el fin de que se discutan procedimientos o maneras de abordar debates de esta índole.

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Proponemos una exploración del capítulo 3 del texto de Jon Elster, *Justicia Local: De qué modo las instituciones distribuyen bienes escasos y cargas necesarias*, Editorial Gedisa, Barcelona, España, 1994. Este se ha convertido en una obra básica de referencia en estos temas. Hemos seleccionado aquellos párrafos que nos parecen más pertinentes para la discusión que planteamos, aun cuando recomendamos la lectura integral del mismo.

Principios de justicia local

En este capítulo analizaré los principios y procedimientos más importantes que se han utilizado para distribuir bienes escasos y cargas necesarias. El estudio pretende ser minucioso, al menos en el sentido de que abarca todos los principios más importantes. No ofrece una tipología natural, basada en principios básicos que originarían categorías detalladas y mutuamente excluyentes. Creo que no corresponde a la naturaleza del caso clasificación alguna de este tipo. Lo mejor que puedo hacer es estudiar tantos casos de justicia local como sea posible, enumerar y clasificar los principios utilizados (o, en algunos casos, meramente propuestos) para resolverlos, y espero no haber omitido nada importante.

Conceptos preliminares

Utilizaré el término principio para designar a cualquier concepto general de cómo se asigna el beneficio escaso. Algunos principios se refieren a propiedades reales de los individuos, como por ejemplo “a cada uno según su necesidad” o “cualquier pariente cercano de un ciudadano puede inmigrar”. Me referiré a estas propiedades como criterios. Otros principios están representados por los mecanismos, que no requieren un conocimiento individualizado acerca de los receptores potenciales. La división equitativa, los sorteos y las colas son ejemplos excelentes de ello. Me referiré a los procedimientos como la versión operacional de un principio. Como un principio siempre puede implementarse mediante varios procedimientos diferentes, no determina completamente por sí solo quiénes han de ser los receptores. Así, el principio del mérito académico para la admisión en la universidad puede implementarse utilizando las calificaciones obtenidas en la escuela secundaria, la posición alcanzada en la clase, los puntajes de los exámenes o alguna combinación de todos. El principio de que los órganos para trasplante deben donarse a quienes puedan beneficiarse más con ellos podría interpretarse en el sentido de maximizar los índices de supervivencia de trasplantes o en el sentido de maximizar los años adicionales de vida. Finalmente, algunas veces me referiré a un esquema de distribución como el conjunto total de procedimientos utilizados para implementar los principios mixtos. Estas distinciones no son estrictas y sólo tienen un fin heurístico. Aunque la distinción básica entre un principio general y su implementación práctica es lo suficientemente clara, muchas reglas también podrían clasificarse como una u otra, según la minuciosidad deseada.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Hay dos tipos básicos de procedimientos. Algunos establecen criterios explícitos que pueden aplicarse sin elementos discrecionales. El sistema por puntos para asignar riñones pertenece a esta variedad como también el esquema utilizado para la baja de soldados al finalizar la Segunda Guerra Mundial. Otros aceptan la necesidad de una interpretación discrecional del principio básico, pero establecen reglas para seleccionar y (al menos algunas veces) controlar a quienes toman las decisiones...

La mayoría de los principios que analizaré se refieren a la selección de individuos. Una vez seleccionados, forman un grupo con diversas propiedades de nivel grupal, como por ejemplo "tener una minoría de un 5% de sus miembros" o "tener una edad promedio de 45 años". Algunas veces estas propiedades se obtienen accidentalmente, en el sentido de que son el resultado de la interacción entre propiedades de individuos elegidos independientemente y de la distribución de esas propiedades en la población. En otros casos, las propiedades individuales, si bien son aparentemente neutras, se eligen con la idea de crear ciertas propiedades del grupo resultante. En el siguiente capítulo se dan ejemplos de ello. En otros casos la propiedad de nivel grupal es una consecuencia directa del procedimiento de selección, como cuando se utilizan cupos para asegurar que las minorías estén representadas. En todos estos casos la selección funciona eligiendo un individuo por vez.

Sin embargo, algunas veces la selección opera directamente sobre los grupos. Frente a las apariencias externas de los aspirantes o de los receptores exitosos, podría no ser suficiente considerar a cada individuo en base a sus méritos. Además, hay que tener en cuenta el impacto que puede producir sobre los demás. El énfasis que las universidades más selectivas colocan sobre el valor de la diversidad generalmente está justificado por los efectos de la interacción. Incluso suponiendo que el único valor de la universidad sea la promoción de la excelencia intelectual, quizá la selección de estudiantes en base a ésta no sea la mejor manera de alcanzar esa meta. Una mezcla de estudiantes de orígenes diversos y con muchas destrezas académicas y no académicas, puede proporcionar el mejor medio para el éxito académico total. Este argumento es aplicable a humanidades y a ciencias sociales, cuyo tema principal es la diversidad humana, pero es menos probable para las ciencias naturales. Un argumento similar podría aplicarse también a estas últimas, si suponemos que la universidad debe formar buenos dirigentes y no sólo buenos académicos. En tales casos, la admisión de aspirantes pertenecientes a minorías se justifica por el impacto que tienen sobre la mayoría, no por el interés en las oportunidades que tengan en sus vidas. Un caso extremo una parodia, en realidad- de esta línea de razonamiento es la "búsqueda del cuarto inferior feliz" emprendida por un ex decano de admisiones en la universidad de Harvard, en base al siguiente argumento:

Inevitablemente... el 25% de los estudiantes que ingresan terminarían en el cuarto inferior de la clase. Si fueran ex estrellas académicas, serían infelices -quizá incluso estarían destruidos por la experiencia.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Entonces, admitiendo intencionalmente a estudiantes académicamente menos aptos como “el cuarto inferior”, cuyo fuerte son los deportes, la vida social o las artes y por lo tanto no les interesa demasiado su nivel académico, se lograría que la experiencia educativa de todos fuera más feliz?”

La diversidad puede lograrse seleccionando en el nivel individual, utilizando procedimientos de selección disyuntiva (véase más adelante) que evalúan a los aspirantes por sus mejores talentos y no por el promedio de sus puntajes. Sin embargo, las universidades también se esfuerzan directamente por conseguir la diversidad a través de un cuerpo de estudiantes con la variedad deseada de talentos... Una práctica similar se encuentra en la admisión de niños en las guarderías de Noruega. Aunque se les da prioridad a los niños de familias con un solo padre y hogares de condiciones socioeconómicas inferiores, también pueden admitirse otras categorías de niños para obtener la mezcla correcta de edad y sexo. Los proyectos de viviendas públicas han utilizado cupos para asegurar la presencia de inquilinos blancos, pero con el propósito de beneficiar a los negros y no a los blancos.

Una clasificación de principios

En lo que sigue, los principios de asignación más importantes están agrupados en seis clases, incluyendo la que abarca a los “principios mixtos” que casi siempre se encuentran en los casos reales. Como los principios puros pueden combinarse y mezclarse de innumerables maneras, ésta es un área en la que no entraré en detalles. Por el contrario, mi enumeración de los principios puros pretende, como ya dije, ser completa. La principal excepción a esta afirmación concierne a los principios de asignación de acuerdo con el estatus. Una y otra vez, he pensado que mi lista de principios de estatus pertinentes a la justicia de distribución era esencialmente completa, cuando encontré un nuevo caso basado en una variedad que se me había escapado. Sería demasiado esperar que la enumeración presentada más adelante resulte ser más sólida.

Además de presentar los principios y de mencionar algunas aplicaciones importantes, trataré de identificar las características que las hacen parecer atractivas –ya sea en términos de eficacia o de equidad– para quienes asignan, para los receptores, las autoridades o el público en general. Una observación general, es que un principio o un procedimiento dados pueden ser atractivos en diversos sentidos. Cuando grupos diferentes son atraídos hacia un mismo principio, por diferentes razones, la tarea de construir una coalición política es obviamente más fácil.

Los principios constituyen dos grupos principales: aquellos que no hacen referencia alguna a las propiedades de los receptores potenciales y aquellos que sí la hacen. Entre los primeros, los principios igualitarios forman una categoría importante. Otro consiste en los principios relacionados con el tiem-



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

po, como la antigüedad o hacer cola. Entre los últimos la distinción principal está entre propiedades basadas en el status y otras propiedades individuales. Las cuatro categorías mencionadas presuponen que el bien o la carga en cuestión son asignados por una sola institución de un modo unificado y coordinado. Las asignaciones que surgen como resultado de decisiones descentralizadas y no coordinadas –el mercado es el caso paradigmático– no tiene lugar en esta clasificación. La única excepción se produce cuando una institución crea deliberadamente un mercado para los bienes que no se negocian generalmente en él. Estos mercados administrados constituyen una categoría separada. La categoría final consiste en esquemas mixtos, basados en diversas combinaciones de los principios puros incluidos en las otras categorías. Los criterios “individualizados también pueden organizarse en torno a una dicotomía, Por un lado, hay principios que se concentran exclusivamente en las propiedades (no relaciona les) de los individuos. Aunque la asignación se realiza comparando el grado en que los diferentes aspirantes poseen estas propiedades, las propiedades mismas no se refieren a las demás personas. Por otro lado, hay principios que invocan esencialmente a las relaciones del receptor potencial con otros individuos. Algunos de estos principios tienen la siguiente forma: Si el individuo X tiene el bien, es una razón para dárselo también al individuo Y que se encuentra en alguna relación especial con respecto a X. Ejemplos de ello son la inmigración basada en los lazos familiares y la admisión preferencial de hijos de ex alumnos. Otros tienen la forma: que el bien sea proporcionado por el individuo X, es una razón para asignárselo al individuo Y, quien tiene ciertas propiedades relevantes en común con X. La asignación de órganos, de niños en adopción y de esperma para inseminación artificial son ejemplos”. La continuación de la clasificación de principios resultará útil cuando en el capítulo 5, consideremos el problema de por qué un principio específico se utiliza para asignar cierto bien específico.

Las propiedades de los individuos pueden clasificarse según dos dimensiones. Por un lado, existe una distinción entre propiedades que se observan fácil y objetivamente y aquellas que no pueden afirmarse sin cierta evaluación discrecional. Por otro lado, hay una distinción entre propiedades que pueden ser manejadas por el individuo o, más generalmente; modificadas por la conducta individual, y aquellas que estén dadas y, si bien no son inmutables, al menos no dependen de las acciones emprendidas por el individuo (La edad cambia, pero no es manipulable)...

Principios de igualdad

Igualdad absoluta. La mayoría de los filósofos políticos consideran la igualdad como la línea de base para la distribución. En ausencia de razones en contrario los bienes deben dividirse por partes iguales entre todos. Aun cuando no haya consenso sobre si la igualdad es inherentemente justa, con frecuencia constituye el único punto focal para la resolución de los conflictos. El debate sobre el sufragio ilustra esta proposición.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Dadas las exigencias competitivas de los diversos grupos sociales (los ricos, los educados, los de buena familia, los ancianos, los hombres Y demás), el sufragio universal (e igual) era el único resultado que podía imponer un acuerdo estable. Además, los principios de igualdad pueden ser sostenidos por el utilitarismo: Si los receptores tienen funciones utilitarias iguales con respecto al bien (y éste tiene una utilidad marginal decreciente), la utilidad total se maximiza dividiéndola en partes iguales.

La asignación igualitaria y universal a menudo exige la dilución del beneficio. El principio francés de la admisión universal en las escuelas de enfermería sería terriblemente costoso si estas escuelas se vieran obligadas a cumplir los criterios noruegos para la proporción entre maestros y metros cúbicos por niño. (La razón que se dio oficialmente para estos criterios es que son defendidos por una coalición de maestros de la escuela de enfermería y aquellos padres que ya se han asegurado un lugar para sus hijos). Análogamente, ante la opción del despido, algunas veces se elige el trabajo compartido como, por ejemplo, la semana de tres días.

Cuando un bien es indivisible, de modo que no se puede dividir en partes iguales sin ser destruido o perder su valor, el principio de la igualdad absoluta dictamina que no debe dársele a nadie. Esta conclusión es sostenida, por ejemplo, en la esfera de la ética judía que regula la asignación de recursos para salvar vidas. Hace algunos años el Estado de Oregon declaró una moratoria sobre el trasplante de órganos en base a argumentos similares de todo o nada. "Señalando los estatutos federales de Medicaid que requieren igual tratamiento a pacientes en situaciones similares, la [División de Servicios para el Adulto y la Familia de Oregon] acentuaba que no había modo en que el estado pudiera limitar su respaldo monetario para una cantidad prescrita de pacientes para trasplantes". Las razones para negarles a todos lo que no todos pueden obtener varían. En la ética judía, el argumento se basa en una negativa a condenar a muerte a cualquiera. Así, si los judíos son sitiados y el enemigo dice: "Entregad a uno de vosotros para que muera y levantaremos el sitio; de lo contrario todos morirán", el Talmud les dice que no lo hagan. Sin embargo, si el enemigo les dice: "Entregad nos a Pablo", no actúan mal si lo entregan.¹⁸ Según Tocqueville, "el sentimiento democrático de la envidia" explicaba el servicio militar no selectivo en Estados Unidos. "Es la desigualdad de una responsabilidad, no su peso, la que generalmente provoca resistencia."

Sorteos. Los bienes que no pueden dividirse sin una gran pérdida de valor frecuentemente se asignan mediante un sorteo que da a todos los aspirantes iguales oportunidades de obtenerlos. Los sorteos respetan el espíritu de la igualdad, mientras que evitan la conclusión de que un bien debe desperdiciarse sino se le puede dar a todos. Además, los sorteos son atractivos como una solución focalizada, si la indeterminación o el conflicto evitan la aplicación de un principio real. Otra razón para utilizar sorteos es que puede ser conveniente crear incertidumbre cuando la certeza llevaría a la corrupción. Para evitar



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

que los miembros de un jurado o los políticos sean sobornados, se los puede elegir al azar y que ejerzan sus funciones durante un breve período. Por la misma razón, se asignan casos a los jueces al azar...

Igual desvío a partir de una línea de base. Muchos problemas de justicia local surgen de la necesidad de reducir la producción total de algún bien o de un mal a partir de un nivel preexistente (la "línea de base"). Muchos países occidentales actualmente asignan cantidades máximas de leche entre los agricultores para evitar la superproducción, frecuentemente permitiéndoles a todos producir un determinado porcentaje del volumen de la cantidad máxima previa. El racionamiento de gasolina en Estados Unidos durante la Segunda Guerra Mundial inicialmente tomó la forma de una reducción proporcionada de entregas a todos los comerciantes. En el sistema carcelario de Minesota, el primer programa de liberación consistía en reducir la sentencia de todos en un mismo factor proporcional. Análogamente, las propuestas para reducir la emisión de CO2 y otros gases generalmente imponen el mismo porcentaje de reducción para todos los países. Supongo que en tales casos la igualdad se adopta porque es el punto focal obvio para un acuerdo y no debido a sus propiedades de justicia. Sin embargo, nótese que el principio de igual desvío o igual sacrificio también podría lograrse imponiendo iguales reducciones absolutas a todas las partes; para algunos, otros principios de distribución, como asignar producción o emisión en forma proporcional a la tierra o a la población, pueden resultar igualmente obvios y naturales. Como observa Howard Raiffa, "la simetría de una persona frecuentemente es 'la asimetría de otra persona'. No obstante, el principio de igual desvío tiene un atractivo particularmente fuerte ya que nos permite combinar la igualdad con el respeto por los derechos establecidos.

Rotación. Las tareas, las responsabilidades y los beneficios algunas veces se asignan haciendo que todos tomen turnos, según un orden predeterminado. Las empresas organizadas comunalmente frecuentemente hacen que todos se turnen para manejar la consola o para lavar los pisos. La rotación, también puede utilizarse para la distribución de las tareas hogareñas. El mismo efecto puede lograrse utilizando sorteos sin reposición, como en la asignación de cargos políticos en Atenas o en la asignación de cargos religiosos en Israel antiguo. Bajo la dinastía Qing, la ingrata tarea de servir como "ejecutor" para el cobro de impuestos bajo un sistema de responsabilidad comunal se asignaba mediante un sistema rotativo. Cuando padres divorciados tienen la custodia conjunta de los hijos, con frecuencia éstos se quedan semana por medio con cada padre. Algunas empresas utilizan la rotación para asignar los períodos de vacaciones más solicitados.

Principios relacionados con el tiempo

Hacer cola. Con frecuencia, los bienes escasos se distribuyen según la regla de que el primero que llega es el primero en ser atendido. Las colas requieren que uno realmente pierda tiempo parado en la



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

fila, mientras que las listas de espera (véase; más adelante) sólo requieren el envío de correspondencia o la presentación de un reclamo. Los ejemplos abarcan desde hacer cola para obtener artículos de consumo hasta hacer cola para una educación superior (todos los años la televisión francesa muestra fotos de estudiantes y de sus padres durmiendo en filas fuera de las oficinas de inscripción de las universidades). Aunque es un mecanismo de asignación sumamente ineficaz, hacer cola ocupa un lugar destacado en cuanto a la justicia. Hay varias razones para esta preferencia. Primero, el sacrificio que significa estar parado en una fila se considera como un generador de merecimiento. Segundo, la voluntad de hacer cola puede considerarse como una medida de la necesidad del bien, Tercero, el uso de la cola puede considerarse como un valioso contrapeso del uso penetrante del dinero para asignar bienes escasos. Para evitar que los ricos obtengan todo, hay que dejar que algunos bienes sean asignados mediante un mecanismo que los coloque en situación de desventaja, debido a sus mayores costos de oportunidad por hacer cola. Por último, hacer cola ofrece las ventajas de un mecanismo impersonal que no se presta a acusaciones de soborno o favoritismo.

Listas de espera. Los ejemplos de bienes asignados a través de listas de espera incluyen operaciones de hernia, venas varicosas, desplazamiento de cadera y cirugía cardiovascular de by-pass en Noruega; esperma para inseminación artificial en Francia; vivienda pública en los países que eran comunistas; el cumplimiento de sentencias a prisión para algunas categorías de delitos en Noruega; y lugares en los jardines de infantes en Italia. El acceso a un especialista médico frecuentemente significa estar en una lista de espera, mientras que el acceso a clínicos generales muchas veces requiere hacer cola. Algunos países han tenido listas de espera para la inmigración, otros para la emigración. Como vimos en el capítulo anterior, el tiempo transcurrido en la lista de espera genera puntos en la asignación de riñones.

Del mismo modo que las colas, el uso de listas de espera puede justificarse de varias maneras. Con algunos beneficios médicos, el tiempo que transcurre en la lista de espera es una representación de la necesidad médica, ya que la condición de un paciente generalmente se deteriora con el tiempo. Una lista, como una cola, es un dispositivo de autoselección que no requiere decisiones discrecionales controvertidas o costosas.

Antigüedad. También le da gran importancia al mero paso del tiempo. Este principio difiere del de hacer cola y de las listas de espera ya que la antigüedad se acumula como un subproducto de alguna otra actividad, como trabajar en una empresa, mientras que hacer cola no tiene otro fin más que el de acrecentar la prioridad. La antigüedad es un criterio central-aunque rara vez el único- en la asignación de muchos beneficios y responsabilidades relacionados con el trabajo, así como las promociones y los despidos. También es parte determinante de otras asignaciones, como el esquema norteamericano de licenciamiento mencionado al comienzo.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

El uso de la antigüedad en contextos de despido puede defenderse con base a muchos argumentos. Los trabajadores, especialmente, tienen una cantidad de razones para preferir la antigüedad. Primero, una mayoría de trabajadores organizados desean la antigüedad por interés propio. Mientras los trabajadores se sientan seguros de que la empresa nunca despedirá a más de la mitad de la fuerza laboral, el 51 % de los trabajadores veteranos siempre preferirán la antigüedad por sobre cualquier otro argumento de despido. Segundo, la antigüedad, como hacer cola, refleja la ética del merecimiento, los trabajadores sienten que deben ser recompensados por haber dedicado los mejores años de sus vidas a la empresa. Tercero, los empleos les resultan más valiosos cuanto más tiempo hayan trabajado para la empresa debido a experiencia específica y otras razones. Cuarto, al ser un principio mecánico, la antigüedad protege a los trabajadores de tomas de decisiones arbitrarias por parte de la dirección. Históricamente, probablemente ésta haya sido la razón principal para la introducción del sistema de antigüedad. Por último, la antigüedad puede considerarse como una protección a los trabajadores de mayor edad y a los más vulnerables, y así ser en cierta medida un sustituto de las necesidades.

Los gerentes también tienen múltiples razones para preferir la antigüedad. Al alentar a que los trabajadores permanezcan en la empresa, el principio de antigüedad reduce los costos de cambio de personal. Además, como los trabajadores quieren la antigüedad, generalmente otro sistema podría ser malo para la moral y la productividad. En particular, la conducta arbitraria de un capataz es costosa para la empresa si provoca huelgas o descontento entre los trabajadores. Más aún, como los derechos por antigüedad aseguran que los trabajadores tengan más que perder al ser despedidos, también aumentan la eficacia de la amenaza de despido como método disciplinario para los trabajadores. En una crisis, por supuesto, los gerentes siempre desearían tener la libertad de retener a los trabajadores más productivos. Aunque el consiguiente problema de credibilidad puede resolverse haciendo que los sindicatos apliquen el principio de antigüedad, esta solución obviamente tiene otros costos que, a los ojos de los gerentes, podrían compensar los beneficios. De hecho, estudios realizados en Estados Unidos indican que las empresas donde los trabajadores están organizados son más productivas y menos redituables que aquellas donde los trabajadores no están sindicalizados.

Principios definidos por el estatus

Esta categoría consiste, en términos generales, en principios basados en propiedades biofísicas observables o en rasgos sociales o legales que son tema de conocimiento público. Para el propósito de esta obra, la categoría se define mejor a través de su extensión, es decir, por las diversas subcategorías enumeradas a continuación.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Edad. Las colas, las listas de espera y la antigüedad asignan bienes según el tiempo acumulado desde un momento que está relacionado con el bien que será asignado, como por ejemplo el inicio de una enfermedad o el ingreso en una empresa. La asignación por edad cuenta el tiempo desde el nacimiento. Un límite menor sobre la edad, que actúa como sustituto de otras cualidades muy relacionadas con la edad, restringe la aceptación en una cantidad de contextos: el ingreso en la educación primaria, el voto, ser aceptado como padre adoptivo? hacer el servicio militar. Un límite superior limita algunas de esas mismas actividades, más algunas otras: ser admitido en la facultad de medicina, ser aceptado como padre adoptivo, recibir inseminación artificial, hacer el servicio militar. En todos estos casos, la restricción de la edad es relativa (y no completamente) incontrovertible. Un papel más discutible de la edad es el de sustituto de la aptitud desde el punto de vista médico, como cuando los médicos británicos niegan la diálisis a pacientes mayores de 55 años, 38 o como sustituto de la agilidad mental y física como cuando los trabajadores son obligados a jubilarse a los 60, 65 ó 70 años. En todos los casos, podemos preguntar si los beneficios de las evaluaciones más discrecionales e individualizadas de la aptitud excederían los costos de llevarlos a cabo; o podemos aceptar la necesidad de algún punto de corte, pero afirmar que debería situarse más arriba o más abajo. En algunos casos también podemos discutir las evaluaciones discrecionales en base al argumento de que la dignidad de quienes no son considerados aptos sufriría menos si ellos, junto con todos los demás de su misma edad, fueran excluidos automáticamente.

La edad también puede utilizarse como un criterio positivo o negativo por derecho propio. Por un lado, se cree que los mayores merecen tener la prioridad en la asignación de recursos médicos para salvar sus vidas debido a lo que han brindado a la sociedad. De un modo especialmente conmovedor el argumento toma la siguiente forma: "Los esfuerzos de la generación anterior nos permiten disfrutar un nivel de vida superior al que ellos tuvieron. Lo menos que podemos hacer para retribuirles es asegurarnos de que tengan prioridad en la competencia por los recursos escasos". Por otro lado, se afirma que las personas mayores deben tener poca prioridad porque se salvan más años de vida si aquellos recursos escasos se asignan a los jóvenes, en parte porque es menos probable que el tratamiento médico tenga un resultado exitoso, dados los problemas de salud relacionados con la edad, y en parte porque aunque funcione, los más ancianos tienen menos años de vida por delante. En Estados Unidos, el uso de la edad como criterio de asignación violaría los derechos civiles federales. Por esta razón, las oficinas de adopción son renuentes a establecer un límite superior explícito de edad para los padres adoptivos. Sin embargo, el problema se agudizó en la actividad laboral luego de la aprobación de la Ley de Discriminación por Edad en el Trabajo de 1967 a la que ya me he referido en el capítulo. El siguiente ejemplo muestra cómo, en tales casos, pueden interactuar la edad y la antigüedad:



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

En *Hodgson vs. Greyhound*, la corte observó que aunque los conductores de autobús comprendidos entre las edades de 50 y 55 tenían registros de conducir más seguros que los conductores más jóvenes. Esto puede haberse debido en parte a que el sistema de antigüedad permitía que los conductores mayores eligieran rutas más seguras y menos difíciles. Los aspirantes mayores sin antigüedad habrían estado sujetos a las rutas más difíciles. Que la “esencia” del negocio de Greyhound fuera un transporte seguro justificaba la edad como una calificación.

Género. El sexo con frecuencia se ha utilizado para asignar bienes y cargas. Consideremos, para ejemplificar, el tratamiento diferencial de las mujeres en las sociedades occidentales. Los bienes han incluido la exención del servicio militar, la prioridad en situaciones de desastre (“las mujeres y los niños primero”) y más ambiguamente, como mencionara en el capítulo anterior, la custodia de los niños bajo la regla de presunción materna. Las cargas han abarcado la negación del derecho a voto, la custodia de los hijos bajo la regla de la presunción paterna, la exclusión de determinados empleos (por ejemplo, bomberos) y una desproporcionada porción de las faenas hogareñas. Actualmente, estas formas de discriminación explícita han desaparecido en gran medida en la mayoría de los países occidentales. De los antiguos beneficios, la exención del servicio militar aún persiste. Se han creado algunos beneficios nuevos, mediante los sistemas de cupos y otras formas de acción afirmativa.

La discriminación formal por género debe distinguirse de otros fenómenos relacionados con el género: la discriminación informal de las mujeres, la auto elección y la auto exclusión por parte de las mujeres y el dispar impacto (que puede o no ser intencional) de los principios neutrales con respecto al género sobre las mujeres. Cuando el principio de selección contiene un elemento discrecional, la discriminación de las mujeres continúa ocurriendo, probablemente en mayor grado de lo que puede demostrarse. Sin embargo, cuando la discrecionalidad es menos importante” las prácticas discriminatorias también son menos frecuentes. La autoexclusión de las mujeres es probablemente una de las razones por las que se practican trasplantes en menos mujeres que padecen ERT. Por diversas razones, menos mujeres solicitan estar en la lista de espera para un trasplante. Pero el impacto diferencial también se observa en la explicación de por qué menos mujeres obtienen trasplantes, ya que tienden a estar más altamente sensibilizadas que los hombres.

Inclinaciones sexuales. Esto sirve para excluir a aspirantes en diversos contextos. Si es homosexual, no puede ingresar en el ejército de los Estados Unidos. Las oficinas de adopción no dan niños en adopción a hogares de homosexuales. Tanto en Estados Unidos como en Gran Bretaña, se ha negado la custodia a madres lesbianas. La Ley de Inmigración de 1965 agregaba la “desviación sexual” a las causas de la exclusión.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Estatus étnico. Este se ha utilizado con frecuencia para distribuir bienes y cargas. Debido a su raza, se ha negado a los judíos, negros y otras minorías el derecho a votar; se les ha negado el derecho (o han sido eximidos del deber) de hacer el servicio militar y se los ha mantenido fuera de las universidades y de algunas profesiones. Los comentarios realizados más arriba acerca del género se transfieren inmediatamente a la etnicidad. Ya no existe demasiada discriminación formal, las principales discriminaciones surgen en casos relacionados con niños donde se hace corresponder a donantes y receptores en base a la raza. Aunque la discriminación informal sea probablemente generalizada, es escurridiza. Las diferencias restantes son principalmente causadas por una combinación de autos elección e impacto diferencial. En Estados Unidos, la razón por la que hay pocos estudiantes negros en la universidad es en parte que se presentan menos, en parte que menos de los que se presentan satisfacen los requisitos académicos para ser admitidos. Las razones por las que se trasplantan riñones a menos pacientes negros que padecen ERT son más complicadas.

Los esquemas que seleccionan para una buena en correspondencia de antígenos tienen un impacto dispar sobre los negros. Además, hay un elemento de autoexclusión, ya que los negros prefieren permanecer en diálisis más frecuentemente que los blancos. En todos estos casos, debemos observar que lo que aparece como autoselección en una etapa puede ser el resultado de discriminación en una etapa anterior del ciclo vital.

Otras características físicas. La altura es un requisito en diversas profesiones. El color de ojos se ha utilizado como uno de los diversos criterios de correspondencia en la asignación de esperma para inseminación artificial. La obesidad ha constituido un criterio para excluir a parejas como padres adoptivos. En Estados Unidos, se han debatido varios casos de enfermeras excedidas de peso que fueron rechazadas en empleos. Antiguamente, varias instituciones elitistas de educación superior en California solían preguntar a los aspirantes acerca de su peso y altura. Aunque el propósito de reunir esta información no era eliminar a los anoréxicos a los obesos, una razón para interrumpir esta costumbre fue la sospecha por parte de los oficiales de admisión de que podrían ser influidos subconscientemente, por tal información. Por la misma razón, las universidades ya no piden a los aspirantes que envíen su fotografía junto con la solicitud de ingreso. Muchas líneas aéreas ya no requieren que las azafatas satisfagan los criterios tradicionales de belleza femenina, aunque aún no constituyen una muestra aleatoria de la población en este aspecto. Los impedimentos físicos sirven como criterios de exclusión en una cantidad de contextos, más allá de los que obviamente se relacionan con los requisitos laborales. Los ciegos no pueden ocupar los asientos de avión que se encuentran junto a las salidas de emergencia. En algunos contextos, especialmente en el acceso a una educación superior, las personas físicamente discapacitadas reciben un tratamiento preferencial.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Características mentales. Las personas con impedimentos mentales severos no tienen derecho a procrear. En este caso un límite inferior sobre la capacidad mental actúa como restricción. En la admisión de niños para programas de educación especial se utiliza un límite superior: en algunos estados, para poder ser aceptado se requiere un cociente intelectual menor de 70.

Libertad. Donde existía la esclavitud formal, los mecanismos de asignación y selección distinguían entre esclavos y hombres libres. Así como las mujeres, los esclavos con frecuencia carecían del derecho a voto y eran eximidos del servicio militar. Recién en los últimos meses de la Guerra Civil el Sur reclutó esclavos a cambio de una promesa de concederles la libertad.

Nobleza. En muchas sociedades premodernas se trataba de un modo diferente a los nobles y a los plebeyos. Los nobles franceses del ancien régime tenían prohibido por ley dedicarse al comercio minorista. Además, por supuesto, tenían numerosos derechos y privilegios. El imperio romano tenía un sistema de "penalidad dual" que hacía diferencias entre nobles y plebeyos.

Casta. El sistema de castas de la India regula innumerables sectores de la vida social. Desde el punto de vista actual, el aspecto más importante es la estricta regulación del ingreso a las diversas profesiones.

Estado civil. Los ciudadanos y extranjeros reciben trato diferente y no sólo con respecto a: beneficios inherentes a la ciudadanía como el derecho a voto y el deber de integrar un jurado o hacer el servicio militar. A comienzos de la década de 1980 muchos centros de trasplante de Estados Unidos adoptaron límites superiores sobre el porcentaje de riñones que podían donarse a extranjeros. En Gran Bretaña la admisión a la universidad no distingue entre ciudadanos y extranjeros, pero estos últimos pagan cuotas mucho más elevadas.

Situación familiar. En decisiones de inmigración, los familiares de ciudadanos o residentes generalmente tienen prioridad, según la ley, inmigratoria de Estados Unidos. Algunas veces los pacientes casados tienen prioridad para recibir trasplantes, ya que se dice que se necesita un cónyuge que proporcione cuidados luego de la intervención quirúrgica. En el sistema francés para asignar esperma para inseminación artificial se excluye a las mujeres solteras. En contraste, los hijos de madres solteras, tienen prioridad para ingresar en el jardín de infantes en Noruega; en Alemania las madres solteras conservan su empleo cuando las mujeres casadas son despedidas. En China a mediados de la década de 1950, los hijos que no tenían hermanos varones estaban eximidos del servicio militar. En Estados Unidos existe una larga historia (y controversia) sobre la exención de hombres casados o de hombres



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

casados con hijos del servicio militar. Estos grupos también se consideraron preferenciales en el esquema de desmovilización norteamericana al finalizada Segunda Guerra Mundial. Los pacientes con familias dependientes de ellos generalmente han sido favorecidos en la asignación de diálisis (en momentos y lugares de escasez) y de órganos para trasplante. Aunque el nepotismo ha sido eliminado (o esté oculto) en gran medida persiste en algunas instituciones con política oficial. La mayoría de las universidades dan una especie de trato preferencial a las solicitudes de ingreso de hijos de ex alumnos, personal o docentes. La importancia relativa de estas categorías puede observarse en el folleto de admisiones de Stanford. Los hijos aptos del personal y de los docentes de Stanford “reciben una consideración favorable,... siempre que cumplan con las exigencias básicas”. (Una frase similar se utiliza para describir las solicitudes de miembros de minorías insuficientemente representadas.) Los hijos de los graduados de, Stanford deben satisfacer requisitos más elevados: “reciben preferencia al ser elegidos entre aspirantes de calificaciones aproximadamente equivalentes”.

Residencia. El lugar de residencia en un país algunas veces se utiliza como criterio para propósitos distributivos. En Estados Unidos, las universidades estatales dan prioridad a los estudiantes que residen en el estado. En el sistema de distribución que asigna a los estudiantes en las universidades alemanas, la distancia espacial a la universidad más solicitada se utilizaba como criterio de selección. En la década de 1920 la Universidad de Yale admitió que procuraban equilibrio geográfico entre sus estudiantes, como estrategia indirecta para reducir la cantidad de judíos admitidos. Aunque la donación de riñones en Estados Unidos está organizada como una red nacional, elementos remanentes de distribución local crean una especie de “mala suerte geográfica”.

La residencia (es decir, la distancia desde el donante) es más importante en la asignación de corazones, que se deterioran mucho más rápidamente que los riñones. “Es por ello que la asignación de órganos para trasplantes cardíacos y cardio pulmonares incluye la urgencia médica y la distancia desde el donante. Los pacientes urgentes se clasifican como pacientes de Categoría 1, los menos urgentes como Categoría 2. Tomando al hospital donante como centro, se trazan dos círculos concéntricos, con radios de 750 y 1500 kilómetros. La zona A incluye el área dentro de los 750 kilómetros del donante; la zona B el área entre los 750 y los 1500 kilómetros desde el centro; la zona C se define más allá de los 1500 kilómetros...

Situación laboral. En épocas de guerra, los trabajadores de las industrias vitales generalmente están eximidos del servicio militar y reciben raciones mayores de gasolina. En muchos municipios noruegos, los hijos de las maestras jardineras tienen prioridad para ingresar en el jardín de infantes. En Oslo, los hijos de todos los empleados municipales tienen prioridad sobre cualquier otro, aun antes de los niños físicamente discapacitados que constituyen el único grupo que tiene explícitamente prioridad por ley.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Ya sea que este criterio esté motivado por intereses de eficiencia o simplemente refleje el exitoso juego del interés propio, su forma pública es la de un principio de estatus. Los trabajadores de actividades para las que hay escasez de mano de obra con frecuencia tienen prioridad para inmigrar.

Alfabetización. El derecho a voto y el permiso para inmigrar con frecuencia han requerido una prueba de alfabetización. En Estados Unidos, la prueba de alfabetización para la inmigración evaluaba la capacidad de leer y entender una oración de treinta o cuarenta palabras en cualquier idioma elegido por el inmigrante. Si bien la prueba era para excluir a las “razas extranjeras”, era un arma de doble filo. Así, en 1896, el senador Gibson (Maryland) dijo que la prueba de alfabetización excluía a obreros cuya fuerza se necesitaba, pero que permitía entrar a “los comunistas y socialistas, y a los vocingleros y sucios anarquistas... porque saben leer”. Como criterio para restringir el sufragio, la alfabetización estaba secretamente justificada oficialmente por la necesidad de ciudadanos competentes porque permitía la exclusión de los católicos, negros u obreros. (A mi entender, nadie ha objetado la prueba con el argumento de que le daba voto a los comunistas, socialistas y anarquistas.) Al inmigrar, los que huían de la persecución religiosa eran eximidos de la prueba de alfabetización. Los propietarios frecuentemente eran eximidos de la prueba de alfabetización para poder votar.

Principios definidos por otras propiedades

Niveles individuales de bienestar. Con frecuencia, los receptores de recursos escasos son elegidos mediante comparaciones interpersonales de bienestar, evaluadas a través de algún sustituto observable (por ejemplo, una de las propiedades de estatus enumeradas más arriba). Distinguiré entre dos principios basados en el bienestar. Por un lado, el bien puede asignarse a personas de niveles bajos de bienestar. Por otro lado, puede asignarse a aquellos en los que produciría el mayor incremento de bienestar.

Necesidad. El concepto de necesidad puede interpretarse según el criterio de nivel de bienestar. Cuando se asignan viviendas públicas a aquellos que tienen los niveles actuales más bajos de vivienda, es lógico decir que se asignan a los que más las necesitan. En la Universidad de Oslo, el lugar para estacionar el coche se asigna de acuerdo con la distancia desde la casa. Para otorgar beneficios médicos con frecuencia se da prioridad a los que se encuentran en niveles bajos de salud y, en ese sentido, a quienes más los necesitan. En situaciones de despido, como ya se mencionara, las mujeres casadas algunas veces son despedidas antes que las solteras, supuestamente en base a la necesidad. Por razones similares, los trabajadores de quienes depende una familia tenían prioridad en Estados Unidos antes de la guerra, así como en muchos países europeos en la actualidad. Para el diseño de esquemas de racionamiento en épocas de guerra, la necesidad individual compite con las contribucio-



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

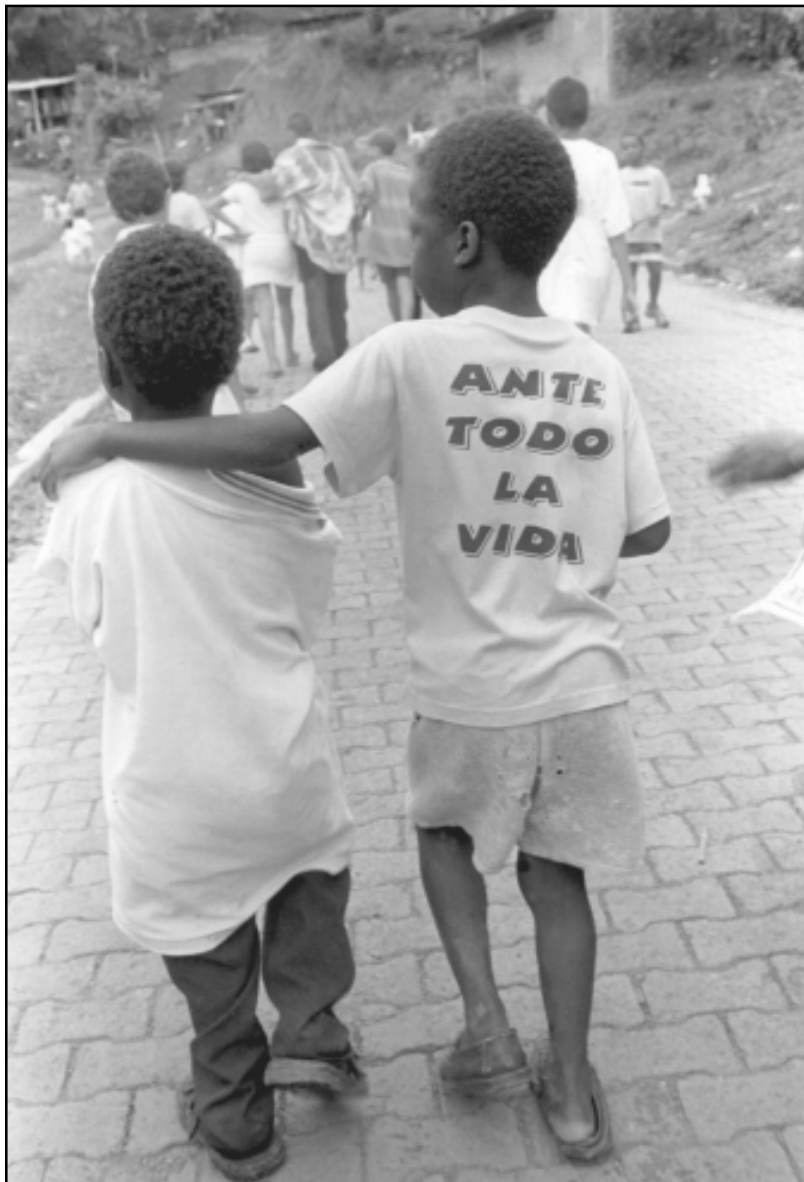
nes al esfuerzo bélico. La admisión en el jardín de infantes en Noruega se basa, ambiguamente, en la necesidad de los padres como también de los niños. En inmigración, el principio está presente en la decisión de otorgar prioridad a las víctimas de persecución política o religiosa. Si bien muchas de las preferencias basadas en los lazos familiares para la inmigración reflejarían consideraciones de necesidad, la preferencia de hermanos posiblemente se entiende más en términos de incremento: los inmigrantes se adaptan más fácilmente cuando pueden permanecer con su familia.

En contraste, no se supone que la necesidad que los padres tienen de un hijo sea un determinante en decisiones de adopción o de custodia de niños. Aunque la necesidad parental parecería una consideración más legítima para la asignación de esperma (ya que los intereses del hijo no pueden tener prioridad en este caso), los centros franceses han optado por utilizar una simple lista de espera. Tampoco se supone que la necesidad sea una consideración pertinente para la asignación de lugares en la educación superior (pero véase más adelante acerca de algunas importantes modificaciones de esta afirmación). En Estados Unidos actualmente, la necesidad ha desaparecido en gran medida como determinante de las decisiones de despido.

Incrementos individuales de bienestar. También puede decidirse asignar el bien escaso a aquellos en los que producirá el mayor incremento de bienestar (o la menor pérdida de bienestar). Debido a que es fundamental la distinción entre estas dos formas de considerar el bienestar individual. Es superficialmente similar a la distinción entre las teorías de la justicia que abogan por el bienestar de los que se encuentran en la peor situación como mandato supremo de la política social y las teorías que proponen, en lugar de ello, maximizar el bienestar general.

Aquí sólo quiero señalar por qué la correspondencia entre los dos conceptos de justicia y la distinción del incremento de nivel es realmente bastante imperfecta. No siempre es el caso de que el bienestar social se maximiza mediante la entrega de un bien a una persona que pueda derivar de él el mayor incremento de bienestar individual. Para maximizar el bienestar social algunas veces debe entregarse el bien a la persona que, al utilizarlo, pueda beneficiar a los demás del mejor modo. El criterio de maximizar los incrementos de bienestar de los receptores no se corresponde con las teorías de la justicia más importantes. Desde el punto de vista filosófico abstracto, representa una transición inestable entre el principio de maximizar el nivel de bienestar del individuo en la peor situación y el principio de maximizar el incremento del bienestar de la sociedad. Sin embargo, como el criterio del incremento del bienestar generalmente es más fácil de implementar que el principio general del utilitarismo, se ofrece naturalmente a la consideración de los administradores interesados en la eficacia...

10 Vida digna



Autor: Donna Decesare. Exposición: "Colombia Imágenes y Realidades". Fundación Dos Mundos-OACNUDH

OBJETIVOS

- Reflexionar sobre la integralidad de los derechos y el concepto de vida digna.

PLANTEANDO EL PROBLEMA

Hay quienes sostienen que no existiría como tal un derecho a la vida, sino que ésta nos brinda es simplemente la posibilidad de tener derechos. En otras palabras, la vida sería una condición física. El verdadero derecho residiría en la calidad mínima de esta vida. O lo que ha dado en denominarse vida digna o vida con un mínimo exigible de dignidad. Lo que se traduce en la necesidad de posibilitarle a toda persona un conjunto de garantías que permitan el despliegue de nuestras capacidades humanas.

A manera de ejemplo: no se consideraría vida digna aquella vivida en esclavitud, pues la persona no gozaría de la capacidad de determinar su ideal de vida buena, y éste le sería impuesto contra su voluntad. Tampoco constituiría vida digna la que soporta una persona carente de un mínimo de alimentos que le permita desarrollarse sicoafectivamente.

UN DILEMA PROPICIADOR

La señora Guillermina Olmedo, huérfana de toda familia, prestó sus servicios como empleada doméstica en casa de la familia García por espacio de cuarenta años. Llegó al espacio familiar cuando apenas acababa de llevarse a cabo el matrimonio de don Ernesto y doña Catalina. Intervino activamente en la crianza de sus tres hijos, y posteriormente asistió a sus paulatinos matrimonios y montaje de hogares propios. Acompañó a doña Catalina durante la convalecencia y posterior fallecimiento de su marido. Durante los últimos diez años, y previa la cancelación de sus prestaciones laborales de la época, ofició como dama de compañía y hermana sustituta de doña Catalina, ya sin remuneración alguna, coordinando las labores del hogar, contratando al servicio doméstico, y en general habitando con su antigua patrona.

A la muerte de doña Catalina, los hijos se vieron en la necesidad de vender la casa de sus progenitores. Le concedieron una bonificación a la antigua empleada de cuatro millones de pesos, y la recomendaron a un hogar de ancianos. Pero ella, acostumbrada a sus antiguas rutinas, no se amañó en el lugar, realizó malos negocios, se le recrudeció una enfermedad degenerativa en los huesos que le impide mantenerse mucho tiempo de pie y al cabo de un año estaba totalmente quebrada, sin dinero ni para droga ni para alimentación, sin posibilidad de ofrecer servicios laborales de ninguna índole y conminada a solicitar la caridad pública en las vías de la ciudad.

En esas se la encuentra una amiga de su antigua patrona, quien le sugiere que ponga una tutela para que le brinden un mínimo nece-

sario para la subsistencia, le aporten la droga y le otorguen la posibilidad de un refugio para pasar sus últimos días. A juicio de esta amiga, al ella carecer de familia, esta obligación debe estar o bien en cabeza de sus antiguos patronos, o bien en cabeza del Estado.

A los miembros de cada grupo le corresponde actuar como jueces y decidir sobre la situación de la señora Guillermina.

En principio, se presentarían por lo menos tres opciones distintas:

- Decidir que le corresponde a la afectada sobrevivir por su propia cuenta, aún a riesgo de que muera enferma y condenada a la pobreza absoluta, considerando que su situación actual es apenas un reflejo de sus malas decisiones personales.
- Considerar que los responsables futuros, hasta que sobrevenga su muerte, son los hijos del matrimonio García, pues ella laboró buena parte de su vida a su servicio, y además generó un inapreciable vínculo de amistad con su patrona que debe ser retribuido por sus hijos.
- Definir que la obligación de garantizarle un mínimo vital a la afectada –que cobijaría sus necesidades de alimentación, techo, suministros médicos y ayuda sicoafectiva– debe correr por cuenta del Estado, pues ni ella lo puede asumir ni tiene algún familiar que pudiera suplirlo.

REITERANDO LA CONSIGNA

Es importante que el facilitador tenga en cuenta la confluencia de dos procesos distintos. Por una parte, al solicitarle a cada grupo que actúe como juez, se involucra una acción de amparo de derechos que eventualmente podría ser invocada por otras personas que estén en condiciones similares a las del caso fallado, por extensión del derecho de igualdad.

En otras palabras, el grupo debe ser conciente de que cuando se falla este dilema, se está promoviendo una manera de decidir todos los otros casos que le sean similares, pues cualquier persona podría decir: si a fulano de tal un juez le protegió sus derechos, yo, en condiciones similares, tengo derecho a que también se me protejan de la misma manera.

Por otra parte, cuando se busca una protección en materia de subsistencia humana, es necesario definir los límites de dicha protección. Por ejemplo, determinar si se trata de una ayuda mientras pasa una emergencia (como acontece en caso de accidentes o ca-

tástrofes), si se trata de una ayuda permanente, mientras persistan las condiciones que la motivan (por ejemplo, mientras se mantenga una persona en situación de desplazamiento, o de indigencia, o de enfermedad), etc. Igualmente, debe definirse cuál es el contenido de la obligación: si es alimentos, cuáles (para lo cual se pueden cruzar variables: cantidad, calidad, oportunidad, etc). si es techo, en qué condiciones, etc.

Es decir, no basta con decidir el obligado a la protección, en caso de que los grupos así lo consideren, sino que debe tratar de precisarse en lo posible, atendiendo a las condiciones de tiempo y conocimiento de los participantes, las condiciones y características de la obligación.

EL SENTIDO DEL DEBATE

Precisar el sentido de lo que debe considerarse vida digna no es tarea fácil. En especial, porque cada uno de nosotros ha desarrollado un imaginario de lo que considera dignidad, que está muy relacionado con nuestras propias opciones vitales.

Así, simplemente para ilustrar posibilidades, alguien con una fuerte inclinación espiritual podrá considerar que la vida digna debe relacionarse directamente con la posibilidad de desarrollar la interioridad, lo que supone libertad de conciencia, educación para reflexionar críticamente sobre los propios dogmas o postulados de su fe, y condiciones materiales que aseguren la oportunidad de tiempo y espacio para trascender espiritualmente, entre otras. Cualquiera de estos elementos que falte, afectará la dignidad de la vida y deberá, en consecuencia, ser objeto de amparo.

Para otras personas, quizás con mayor raigambre materialista o funcional, lo que estaría en juego podría ser la necesidad de asegurar un conjunto de bienes y servicios para sí mismo y para su familia. Por ejemplo, vivienda, trabajo, seguridad alimentaria, sanidad personal y ambiental, etc. Nuevamente, la ausencia de uno de estos elementos afectaría la dignidad del individuo, y ameritaría medidas de protección.

Otros, podrían enfatizar un enfoque de capacidades, antes que de necesidades. Así, lo que ponderarían es la garantía de mínimos que permitan que cada persona despliegue sus capacidades innatas o adquiridas. Y la carencia de estas garantías pondría en jaque, nuevamente, la idea integral de dignidad.

Dada la multiplicidad de proyectos y visiones de la vida, algunos se preguntan si el Estado, o la esfera de lo público, puede o debe privile-

giar, o intentar desarrollar o alentar, un específico ideal de vida digna. Usualmente, la respuesta a esta inquietud se ha traducido en acuerdos o entendimientos sobre mínimos exigibles. Lo que supone partir de la idea de que una predeterminación de máximos, donde se explicita desde la autoridad el sentido de la vida buena o de la vida que vale la pena vivir, iría en contra de un sistema basado en derechos, por afectar las cláusulas generales de libertad e igualdad.

Esta visión de una base o primer escalón de protección que se requiere para asegurar la existencia es lo que ha dado en llamarse el mínimo vital. Como su nombre lo indica, haría parte de él lo esencial para la vida. El cace, por llamarlo en un lenguaje coloquial afín a los juegos de cartas, que se nos debe garantizar a todos para poder apostarle a la vida.

Obviamente, este mínimo no se construye en el aire. Su determinación guarda estrecha conexión con la situación de pobreza de la población y los recursos con que cuenta el Estado. Por ello, se asemeja a una ecuación: países más ricos pueden garantizarles un mínimo vital más amplio a sus habitantes, mientras que países más pobres tienen muchas dificultades para ampliar esta garantía.

Sin embargo, lo que está en el fondo es el sentido mismo del Estado Social de Derecho: la razón de ser de lo público es la garantía de los derechos fundamentales de las personas. Y cuando éstos se ven vulnerados en forma tal que afectan el mínimo vital, corresponde al Estado velar por su amparo y protección. Lo que hace más prioritario el gasto social precisamente en condiciones de pobreza. No importa tanto cuánta plata tengamos, sino sobre todo el destino que debemos darle a ella, dadas las condiciones de la población.

NOTAS PARA EL CIERRE

Por ser éste el último ejercicio basado en dilemas y derechos, el tallerista puede aprovechar la oportunidad para cerrar con un debate general sobre los derechos y su integralidad, en donde ponga al centro los ideales de vida digna.

A partir del mismo, es posible posteriormente pasar a una evaluación global del proceso recorrido, para lo cual no existe una estrategia predeterminada. Lo que sería importante es propiciar un momento de evaluación personal, en donde cada uno tenga la posibilidad de clarificarse en términos de aprendizajes y retos, y otro de evaluación grupal, en donde se pueda discutir la integración, los niveles de participación, los retos y aprendizajes colectivos.

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Nuevamente, acudimos a Sentencias de la Corte Constitucional. La jurisprudencia escogida contiene los casos más representativos donde la Corte Constitucional ha adoptado la doctrina y los conceptos aplicables a vida digna y mínimo vital, tales son la SU- 225 de 1998, la SU -111 de 1997 y distintas sentencias en el campo laboral.

La SU 225 de 1998: Los deberes positivos del Estado en desarrollo de la cláusula de erradicación de las injusticias presentes (C.P. art. 13)

La Corte, en reciente jurisprudencia de unificación, ha indicado que el juez constitucional no puede, en principio, intervenir en el proceso de asignación de derechos constitucionales de carácter prestacional, pues ello implicaría una grave lesión al principio democrático y, eventualmente, la ruptura de principios y derechos tan fundamentales como la igualdad. A este respecto, la sentencia SU-111 de 1997, indicó:

“Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtirse para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial.”

No obstante, en la misma decisión, la Corporación consideró que en algunos casos excepcionales, el juez constitucional podía conceder la tutela de un derecho social o económico, siempre que se cumplieran una serie de estrictas condiciones constitucionales. Al respecto señaló:

“La Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales”.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Podría sostenerse que una violación flagrante a los derechos económicos o sociales consagrados en el artículo 44 de la Carta, se encontraría claramente tipificada en la excepción a la que alude la Corte en la precitada sentencia. Sin embargo, no se precisa en este caso seguir con una línea de argumentación semejante. La discusión que la Corte salda en la referida providencia hace relación a la eventual conexidad entre los derechos de prestación, como el derecho a la salud, y derechos fundamentales, como el derecho a la vida. No obstante, no se refiere a los derechos prestacionales que, adicionalmente, por expreso mandato constitucional, son derechos fundamentales y, por lo tanto, resultan susceptibles de ser defendidos mediante el mecanismo judicial de la tutela.

Por la razón expuesta, la tesis adoptada por la Corte en la sentencia SU-111/97, no puede ser simplemente transpuesta al ámbito de los derechos de prestación que, por expresa disposición constitucional, constituyen per se derechos fundamentales de aplicación inmediata. Este sería el caso, por ejemplo, del derecho a la defensa técnica o asistencia letrada (C.P. art. 29), del derecho a la educación básica primaria (C.P. arts. 44 y 67) o del derecho a la salud de los niños (C.P. art. 44).

Según el artículo 44 de la Constitución Política, los niños tienen una serie de derechos fundamentales de carácter prestacional, como el derecho a la salud, que necesariamente deben ser atendidos por alguno de los tres agentes que la propia Carta designa: la familia, la sociedad y el Estado. No obstante, puede darse el caso de que la ley no haya fijado las respectivas responsabilidades, la familia no tenga la capacidad fáctica de asumirlas y la sociedad no se encuentre organizada para ello. En estos eventos, pueden proponerse tres alternativas distintas de acción, cada una de las cuales conduciría a una respuesta judicial diversa.

En primer lugar, podría sostenerse que el artículo 44 de la Carta reconoce al juez constitucional la autoridad para ordenar la disposición inmediata de todos los recursos que sean necesarios para asegurar a la población infantil la prestación de los servicios de promoción, protección y recuperación integral de su salud. Ciertamente, si el derecho a la salud, en relación con los niños, es un derecho fundamental y si el juez debe proteger integralmente los derechos fundamentales (C.P. art. 86), no cabe objeción, en principio, a esta opción. No obstante, esta alternativa plantea serias dificultades respecto de otras normas constitucionales, especialmente, aquellas que establecen la forma de gobierno democrática. Efectivamente, la asignación de los recursos necesarios para cubrir integralmente las eventuales afectaciones a la salud que puede sufrir un menor, comporta una injerencia notoria y definitiva en la asignación del gasto público, contrariando principios tan nucleares al sistema democrático como aquel que indica que la tributación y adjudicación de recursos públicos, son del resorte de los órganos de representación política. En conclusión, si se aceptara esta alternativa, se estaría avalando la intervención del juez en ámbitos que, en un Estado democrático de derecho, deben ser regulados por los órganos de



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

representación popular. En suma, esta hipótesis supone privilegiar el Estado Social, sobre el Estado democrático de derecho, sin que al parecer exista razón constitucional suficiente para ello.

En segundo término, puede darse que el juez tienda a desobedecer el mandato constitucional del artículo 44, en nombre del principio democrático (C.P. arts. 1 y 3) y, en consecuencia, considere equivocadamente que se trata de un simple consejo a los órganos políticos para que, cuando lo consideren oportuno, pongan en marcha políticas de protección a la salud de la infancia. Sin embargo, en este caso se estaría actuando al margen del orden jurídico constitucional que establece, de manera clara e indubitable, el derecho fundamental a la salud de los niños y el deber del Estado - y, por lo tanto, del juez - de protegerlo incluso cuando no exista desarrollo legal o administrativo. En efecto, tal y como quedó estudiado, una de las características más destacadas de un derecho que ha sido definido como fundamental es, justamente, su aplicación inmediata por el juez, vale decir, su exclusión del debate democrático. En consecuencia, esta segunda alternativa tampoco puede ser aceptada si de lo que se trata es de asegurar la vigencia integral de la Constitución, pues privilegia, injustificadamente, las normas que desarrollan el Estado democrático de derecho, sobre aquellas que tienden a la vigencia efectiva del Estado social.

Por último, queda la posibilidad de realizar una interpretación armónica del artículo 44 en relación con las restantes normas constitucionales y, en especial, con aquellas que consagran el principio democrático (C.P. art. 1, 3, 40). Esta tercera alternativa, más cercana a los presupuestos del Estado Social y Democrático de Derecho, supone que los derechos fundamentales de carácter prestacional tienen un doble contenido. En primer lugar, se componen de un núcleo esencial mínimo, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles mediante la acción de tutela. En segundo término, se integran de una zona complementaria, que es definida por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad de recursos y a las prioridades políticas coyunturales.

Referida al derecho a la salud de los niños (C.P. art. 44), la doctrina anterior se traduciría en la existencia de una serie de derechos mínimos, adscritos a los niños y directamente aplicables, que originan deberes implícitos para cada uno de los sujetos que el mismo artículo 44 indica como responsables de su pleno cumplimiento. Así las cosas, los órganos políticos tendrían la obligación ineludible de definir sistemas de prevención y atención con contenidos constitucionalmente definidos y los jueces podrían obligar a la familia y al Estado a cumplirlos así no existiera mediación legislativa o administrativa.

En criterio de la Corte, esta tercera alternativa es la única que permite la aplicación simultánea de las distintas normas constitucionales pues, de una parte, obedece el mandato constitucional que otorga,



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

sin excepción, el carácter de fundamentales a los derechos de los niños contenidos en el artículo 44 y, de otra, atiende a los imperativos insoslayables de todo Estado democrático de Derecho. En consecuencia, con sujeción a los principios de aplicación integral de la Constitución y de armonización concreta, es la doctrina que la Corporación debe prohiar.

En virtud de lo anterior, considera la Corte que del artículo 44 tantas veces citado se deriva claramente que, la Constitución, respetuosa del principio democrático, no permite, sin embargo, que la satisfacción de las necesidades básicas de los niños quede, integralmente, sometida a las mayorías políticas eventuales. Por esta razón, la mencionada norma dispone que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares. No obstante, la armonización de esta norma con el principio democrático - que dispone que los órganos políticos son los encargados de definir las políticas tributarias y presupuestales - exige que sólo la parte del derecho que tiende a la satisfacción de las necesidades básicas del menor - lo que se ha denominado su núcleo esencial -, pueda ser directamente aplicada por el juez, mientras que es el legislador quien debe definir su completo alcance. Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela.

La anterior restricción constitucional al principio democrático, se justifica, entre otras razones, porque dicho principio no puede oponerse a la reclamación de pretensiones esenciales de un grupo de la población que no está en capacidad de participar del debate público y que, por lo tanto, no tiene voz propia en la adopción de las decisiones políticas que lo afectan. En este caso, alegar que el núcleo esencial de los derechos fundamentales prestacionales del artículo 44 no es de aplicación directa sino que, en todo caso, debe ser mediado por una decisión política - legislativa o administrativa -, significa someter la satisfacción de las necesidades básicas de los niños, en nombre de la participación, a un proceso del cual se encuentran completamente marginados. En otras palabras, la razón que justifica la aplicación preferente del principio democrático a la hora de adscribir derechos prestacionales, resulta impertinente en tratándose de derechos fundamentales de los menores.

La intervención del juez se limita a exigir el cumplimiento efectivo del núcleo esencial del derecho prestacional fundamental, más allá de lo cuál sólo puede actuar si media la respectiva decisión política. En estas condiciones, es necesario identificar los criterios para definir el núcleo esencial de un derecho prestacional fundamental, es decir, aquella parte del derecho que es de aplicación inmediata.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Ya se ha indicado que el aspecto del derecho prestacional fundamental que no puede quedar sometido al debate político es, justamente, aquel que tiende a la satisfacción más elemental de las necesidades básicas del titular del derecho. Ciertamente, existen carencias cuya satisfacción escapa absolutamente al control de la persona que las sufre; que son ineludibles pues no dependen de su voluntad o deseo; cuya satisfacción es absolutamente imprescindible para evitar un daño que, desde cualquier concepción constitucionalmente aceptable, constituye alteración grave de las condiciones mínimas esenciales del concepto de dignidad humana.

Así por ejemplo, hace parte del núcleo esencial del derecho a la salud de los menores, el atentado grave - por acción o por omisión - contra su salud, que de ninguna manera puede ser evitado o conjurado por la persona afectada y que pone en alto riesgo su vida, sus capacidades físicas o psíquicas o su proceso de aprendizaje o socialización. En consecuencia, nada obsta para que el juez, ante la demostración de tan grave circunstancia, profiera la orden adecuada para liberar al menor de la situación de extrema necesidad en la que ha sido puesto por acción u omisión de los agentes constitucionalmente responsables de asegurar la plenitud de sus derechos.

El principio de subsidiariedad de la asistencia estatal, impone al legislador, en primer término, la obligación de regular la responsabilidad de las personas que, en principio, deben atender los derechos sociales fundamentales del menor: la familia y la sociedad, cuando a ello haya lugar. Por su parte, la administración, los órganos de control y los jueces de la república, deben ser en extremo diligentes para hacer efectivas las obligaciones de los mencionados sujetos. No obstante, si el núcleo familiar no está en capacidad fáctica de satisfacer las carencias más elementales de los niños a su cuidado, compete al Estado, subsidiariamente, asumir la respectiva obligación.

16. En los eventos mencionados, como se trata de la obligación constitucional de satisfacer bienes no negociables, el Estado sólo podría liberarse si demuestra que, en cualquier caso, la satisfacción de las necesidades básicas de que se trata, implicaría necesariamente la desprotección de otros bienes de idéntica entidad. En otras palabras, la aplicación directa del núcleo esencial de los derechos fundamentales de carácter prestacional sólo puede limitarse si el Estado demuestra que, pese a todos los esfuerzos razonables, le resulta imposible atenderlos sin descuidar la protección básica de otros derechos de igual categoría. No obstante, esta situación extrema debe quedar debidamente comprobada en el respectivo proceso. En efecto, en estos eventos, como en los que se refieren a la protección del mínimo vital de la población más pobre y marginada, le corresponde a las autoridades públicas demostrar los hechos que conduzcan a la exoneración de su responsabilidad constitucional.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

En síntesis, el juez constitucional es competente para aplicar directamente, en ausencia de prescripción legislativa, el núcleo esencial de aquellos derechos prestacionales de que trata el artículo 44 de la Carta. En estos casos, debe ordenar a los sujetos directamente obligados el cumplimiento de sus respectivas responsabilidades, a fin de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas del menor. Si se trata de asuntos que sólo pueden ser atendidos por el Estado - bien por su naturaleza, ora por que los restantes sujetos no se encuentran en capacidad de asumir la obligación - la autoridad pública comprometida, para liberarse de la respectiva responsabilidad, deberá demostrar (1) que, pese a lo que se alega, la atención que se solicita no tiende a la satisfacción de una necesidad básica de los menores; (2) que la familia tiene la obligación y la capacidad fáctica de asumir la respectiva responsabilidad y que las autoridades administrativas tienen la competencia y están dispuestas a hacerla cumplir; (3) que, pese a haber desplegado todos los esfuerzos exigibles, el Estado no se encuentra en la posibilidad real de satisfacer la necesidad básica insatisfecha.

Pasa la Corte a abordar el segundo problema propuesto. Los hechos que motivaron la interposición de la acción suscitan una obligada reflexión constitucional en torno a la cláusula de erradicación de las injusticias presentes, contenida en el artículo 13 de la Carta. En efecto, los menores en cuyo nombre se solicita el amparo constitucional, hacen parte de sectores históricamente marginados de la población, circunstancia que no puede pasar desapercibida a la luz de la cláusula precitada y que, necesariamente, debe ser estudiada para poder adoptar la presente decisión.

Según el artículo 13 de la C.P., el “Estado (...) adoptará medidas en favor de los grupos discriminados o marginados”. Le corresponde al Legislador, en primer término, ordenar las políticas que considere más adecuadas para ofrecer a las personas que se encuentren en esa situación, medios que les permitan asumir el control de su propia existencia. Las leyes en este campo suelen imponer al Estado la asunción de prestaciones a su cargo. La distribución de bienes y la promoción de oportunidades para este sector de la población, por representar erogaciones de fondos del erario, se inserta en la órbita del legislador.

La adopción de medidas en favor de los grupos discriminados o marginados, no constituye una competencia meramente facultativa del legislador. La marginación y la discriminación se enuncian en la Constitución, no con el objeto de normalizar un fenómeno social, sino de repudiarlo. En este sentido, el mandato al legislador se vincula con la actividad dirigida a su eliminación. Se descubre en el precepto la atribución de una competencia encaminada a transformar las condiciones materiales que engendran la exclusión y la injusticia social.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

En la medida en que las instituciones del mercado y de la competencia, se arraigan en la sociedad, la satisfacción de un número creciente de necesidades se articula a través del sistema de la oferta y de la demanda. Sin embargo, variadas causas, entre ellas, la miseria extrema, colocan a muchas personas por fuera del circuito económico. La escasa cobertura de los servicios del Estado, además, puede determinar, en este caso, que estos sujetos terminen por perder todo nexo significativo y valioso con la sociedad. Aquí se plantea a la sociedad y al Estado, el desafío constante de corregir la discriminación y la marginación, pues aunque en sí mismas puedan ser una derivación patológica de la organización existente, la Constitución las toma en cuenta sólo con el objeto de configurar una competencia enderezada a combatirlas.

Aunque el juez, en principio, no está llamado a ser el primero en obligar al Estado a suministrar prestaciones de contenido económico o social a los marginados y discriminados, por las razones ya expuestas, se pregunta la Corte si, en cambio, está autorizado para indicar cuándo una abstención estatal por su gravedad y consecuencias sobre la dignidad humana, se torna intolerable y deberá entonces sustituirse por una acción positiva en beneficio de este grupo de personas.

En este sentido, como se anotó en el fundamento Jurídico 9 de esta decisión, la Corte ha señalado que, en algunos casos excepcionales, el juez constitucional puede conceder la tutela de un derecho prestacional, siempre que se compruebe “un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, hubiere dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales”.³⁶

Pero, ¿qué significa “mínimo vital”? ¿cómo se determina constitucionalmente un evento referido a esta situación límite? Responder a estos interrogantes resulta oportuno con el objeto de precisar los contornos de la mencionada doctrina constitucional que, en este caso, refuerza el derecho de los niños carentes de recursos para acceder a un programa de vacunación gratuita. Aunque las consideraciones previas - relativas al concepto del derecho fundamental a la salud de los niños -, serían más que suficientes para apoyar en ellas la decisión de la Corte, la doctrina del mínimo vital le suministra, si se quiere, sustento adicional. En efecto, la indicada doctrina constitucional se refiere a una institución de justicia elemental que se impone aplicar, como repetidamente lo ha hecho la Corte Constitucional, en situaciones humanas límites producidas por la extrema pobreza y la indigencia cuando quiera que frente a las necesidades más elementales y primarias, el Estado y la sociedad no responden de mane-

36 SU- 111 de 1997 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz)



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

ra congruente y dejan de notificarse de las afectaciones más extremas de la dignidad humana. La jurisprudencia de la Corte ha señalado que la flagrante violación de un derecho humano que comprometa de manera radical la existencia misma de la persona, obliga al juez a impulsar la actuación positiva del Estado. Por lo expuesto, la Corte procede en esta ocasión a explicar el fundamento, contenido y alcance de la doctrina sobre el mínimo vital, a la cual se refiere la sentencia SU-111 de 1997, la cual se reitera y desarrolla en los apartados siguientes.

Cláusula de erradicación de las injusticias presentes:

Se sabe que en los derechos de libertad negativa - en los cuales la obligación del Estado por lo general se define en términos de abstención o no injerencia en la esfera del individuo protegida por la Constitución -, las restricciones permitidas son únicamente aquellas que establece la ley y que, al mismo tiempo, resulten proporcionadas y razonables y no afecten su núcleo esencial. En el caso de la promoción de la igualdad sustancial - en la que se integran las medidas en favor de los discriminados y marginados -, lo que se espera del Estado no es precisamente una abstención, sino una acción positiva. En este sentido, desde el punto de vista constitucional, la antijuridicidad la constituye la abstención misma del Estado.

Dado que en esta materia cabe concluir que la abstención culpable del Estado, en otras palabras, su pasividad ante la marginación y la discriminación que sufren algunos miembros de la sociedad, no se compagina con el orden justo efectivo que procura legitimidad al Estado social de derecho y, menos todavía, con el cumplimiento de la cláusula que proscribe la marginación y la discriminación, la función del juez será no la de remplazar a los órganos del poder público incursos en la abstención, sino la ordenar el cumplimiento de los deberes del Estado, desde luego siempre que se verifique que la inhibición viola un derecho constitucional fundamental.

El deber estatal correlativo al mandato de poner término a la discriminación y a la marginación social, necesita ser desarrollado por la ley. Sólo en estas condiciones, con cargo a las apropiaciones presupuestales correspondientes, la administración puede concretar en la realidad el designio constitucional. Sin embargo, ¿qué ocurre en aquellas situaciones límite de extrema miseria donde se percibe la palmaria desatención del Estado y de la sociedad? ¿una necesidad básica, esencial para la conservación de la vida, cuya satisfacción escape en términos absolutos al control y posibilidades reales de la persona marginada que, librada a su propia suerte, la convierte seguramente en víctima de un daño irreparable como efecto de la privación, genera, en principio, una obligación de asistencia a cargo del Estado?.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Los anteriores interrogantes, por lo menos parcialmente, permiten ubicar a un sector de los marginados y discriminados. Pese a que los problemas de marginación y discriminación, no se reducen a la pobreza extrema, tal vez es ésta la fuente más común del fenómeno. Ahora bien, la pobreza o indigencia reducen hasta grados extremos la posibilidad de resolver de manera autónoma las necesidades vitales de las personas que las padecen.

La necesidad básica insatisfecha - que reúna las características mencionadas -, por sí sola no crea a cargo del Estado una obligación prestacional. Sin embargo, una vez que la Constitución o la ley determinan positivamente una obligación de este contenido, la identificación de una necesidad corresponderá al supuesto respecto del cual debe operar el Estado.

No obstante, la extensión de cobertura constitucional expresa bajo la forma de un derecho prestacional y el consiguiente desarrollo legal, ofrecen sólo una respuesta parcial a las preguntas formuladas. El problema real se presenta cuando la necesidad básica insatisfecha de un grupo marginado o discriminado carece de toda cobertura de derecho positivo o, proclamado el derecho prestacional a nivel constitucional, no tiene contrapartida en la ley ni en el presupuesto. En este contexto, ¿el mandato constitucional que proscribe la marginación y la discriminación es capaz de dar vida a derechos subjetivos dirigidos a promover específicas acciones del Estado orientadas a la satisfacción de necesidades básicas insatisfechas de la población que objetivamente no puede resolverlas?.

A juicio de la Corte Constitucional un mandato de erradicación de las injusticias presentes, sólo puede actualizarse en el tiempo y requiere de la puesta en obra de una vasta gama de acciones que, sin lugar a dudas, deben ser decididas por el Congreso y ejecutadas por la administración.

La deferencia a los órganos representativos, no obstante, no avala el abuso de la competencia, el cual se presenta, entre otros casos, cuando el titular de manera patente, desconoce el mandato de acción ordenado por el Constituyente o su mora injustificada se proyecta en lesiones manifiestas a la dignidad de la persona humana. Es importante, a este respecto, subrayar que la cláusula de erradicación de las injusticias presentes, apela a la discrecionalidad de los órganos del poder sólo en el sentido de que éstos con base en los recursos disponibles y los medios que consideren más adecuados e idóneos, o sea dentro de lo que en cada momento histórico resulte posible, pueden encontrar para su tarea un espacio de libre configuración normativa y administrativa. Sin embargo, en cuanto a la prioridad y a la necesidad de que las medidas efectivamente se lleven a cabo, ningún órgano del poder puede declararse libre, pues, el mandato constitucional en estos aspectos ha limitado la competencia de los órganos constituidos al vincularlos a un función que en los términos de la Carta es perentoria.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

24. La verificación judicial de que una necesidad básica que aqueja a un grupo marginado o discriminado - siempre que ella reúna las notas arriba señaladas -, no ha sido atendida, por incidir en la afectación del mínimo vital, hará presumir que el mandato constitucional referido ha sido incumplido. Le corresponderá a la autoridad pública concernida, demostrar los hechos que conduzcan a la exoneración de su responsabilidad constitucional. En estas situaciones límite, el desplazamiento de la carga de la prueba obedece a un principio de equidad en la determinación de los deberes que las partes de un proceso constitucional deben asumir con miras a establecer la verdad. El indigente, se comprende fácilmente, no es la persona más idónea para conocer cuáles sean las posibilidades legales y fácticas que en un momento dado son relevantes para juzgar si el mandato de acción positiva a cargo del Estado puede o no actualizarse en su caso. La explicación de la autoridad será definitiva para que el juez de tutela pueda apreciar si, en la situación concreta, el grado de cumplimiento del referido mandato constitucional, goza de una debida justificación, siendo en todo caso inaceptable la conducta pública que refleje tolerancia y pasividad frente a las aflicciones extremas de los marginados y discriminados, como quiera que en esta hipótesis la abstención significaría ella misma marginación y discriminación, provocada por el órgano llamado constitucionalmente a aplacarla.

Resta precisar si, en el caso presente, opera y de qué modo la cláusula de erradicación de las injusticias presentes. En su orden debe el juez agotar secuencialmente las siguientes etapas de análisis: (1) identificación de un grupo de personas discriminadas o marginadas; (2) demostración de la existencia de una necesidad básica y de su falta de atención; (3) examen de los hechos y razones relativos a la respuesta dada por el Estado a la situación específica de marginación o discriminación; (4) calificación constitucional acerca del grado de cumplimiento histórico que en la situación concreta ha debido tener el mandato de erradicación de las injusticias presentes, atendidas las posibilidades legales y fácticas del momento.

SU -111 de 1997: prestación de servicios de salud en caso de debilidad manifiesta.

Esta Sentencia se ocupa del caso de una persona que alega estar en condiciones de debilidad manifiesta por el padecimiento de una enfermedad crónica que tiene la imposibilidad de costear el servicio privado que le asegure el disfrute del derecho a la salud. Por tanto, ella solicita que se siga prestando el servicio por la caja de salud a la que estuvo afiliada mientras mantuvo la relación laboral con una empresa estatal, no obstante haber sido declarada insubsistente. En este caso, la Corte decidió no ordenar la prestación del servicio debido a la ausencia de una relación laboral. Además, por la imposibilidad de ordenar prestación alguna pasando por encima de la ley, que ordena la suspensión del servicio cuando la persona es desvinculada de la administración.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

No obstante la decisión, la doctrina sentada por la Corte en esta oportunidad con relación al mínimo vital es base sustancial de esta categoría dentro de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Veamos:

De acuerdo con los hechos comprobados en el proceso de tutela, la actora pretende que la Caja Nacional de Previsión, pese a no ser beneficiaria en la actualidad, le siga prestando el servicio de atención a la salud que le venía dispensando. La desvinculación de la administración pública, en razón de la declaración de insubsistencia, aparejó su exclusión de la mencionada Caja, la cual no obstante le brindó, según afirma, asistencia médica por un tiempo mayor que el previsto en los reglamentos.

9. La atención a la salud y el consiguiente acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la misma, integran el derecho social a la salud (C.P. art. 49). Por lo que respecta a la atención básica a todos los habitantes, se dispone en la Constitución que ésta será gratuita en los términos que señale la ley.

El carácter social del Estado lo vincula a la tarea de procurar el cuidado integral de la salud de las personas que es, a la vez, asunto que concierne al individuo y a la comunidad. La salud de los habitantes del territorio nacional se convierte en cometido específico del Estado. Se parte de la premisa de que en las condiciones de la sociedad actual, sólo la instancia pública es capaz de organizar y regular el servicio de salud de modo tal que toda persona pueda efectivamente contar con el mismo cuando ello sea necesario. En otras palabras, hay aspectos del bienestar personal que en un sentido global escapan a las fuerzas del individuo y que por su carácter perentorio no pueden en ningún momento ser ajenos a la órbita pública, así la prestación eventualmente se preste por conducto o con el concurso de entes privados. Es el caso de la salud, que reúne las características de bien básico para el individuo y la comunidad.

10. La cláusula del Estado social de derecho (C.P. art. 1), tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad. En este orden de ideas, tras este objetivo la Constitución consagra derechos sociales, económicos y culturales; asigna competencias al legislador; establece como deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; amplía el ámbito de responsabilidades de la administración en punto a la gestión, inspección y vigilancia de los servicios y prestaciones a cargo del Estado; abre un claro espacio de participación a los usuarios y beneficiarios de los servicios y prestaciones estatales; en fin, convierte los procesos de planificación económica, diseño y ejecución del presupuesto y descentralización y autonomía territorial, en oportuni-



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

dades institucionales para fijar el alcance del Estado servicial y de los medios financieros y materiales destinados a su realización.

11. La actualización concreta del Estado Social de Derecho corresponde a una exigencia que se impone constitucionalmente a los titulares de las distintas funciones del Estado y que abarca un conjunto significativo de procesos sociales, políticos y jurídicos. Un papel destacado, sin duda, se reserva a la ley. No se ve cómo pueda dejar de acudir a ella para organizar los servicios públicos, asumir las prestaciones a cargo del Estado, determinar las partidas presupuestales necesarias para el efecto y, en fin, diseñar un plan ordenado que establezca prioridades y recursos. La voluntad democrática, por lo visto, es la primera llamada a ejecutar y a concretar en los hechos de la vida social y política la cláusula del Estado social, no como mera opción sino como prescripción ineludible que se origina en la opción básica adoptada por el constituyente. Lo contrario, esto es, extraer todas las consecuencias del Estado social de derecho, hasta el punto de su individualización en forma de pretensiones determinadas en cabeza de una persona, por obra de la simple mediación judicial, implicaría estimar en grado absoluto la densidad de la norma constitucional y sobrecargar al juez de la causa.

No puede, por consiguiente, pretenderse, que de la cláusula del Estado social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a éstos. La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. El legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución, para lo cual debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario. A lo anterior se agrega la necesidad y la conveniencia de que los miembros de la comunidad, gracias a sus derechos de participación y fiscalización directas, intervengan en la gestión y control del aparato público al cual se encomienda el papel de suministrar servicios y prestaciones.

12. El derecho a la salud y el derecho a la seguridad social remiten a un contenido prestacional que no es ajeno a la conservación de la vida orgánica. No obstante, los mencionados derechos sociales, por esta razón, no se convierten en derechos fundamentales de aplicación inmediata. El derecho a la vida protegido por el artículo 11 de la C.P., comprende básicamente la prohibición absoluta dirigida al Estado y a los particulares de disponer de la vida humana y, por consiguiente, supone para éstos el deber positivo de asegurar que el respeto a la vida física sea el presupuesto constitutivo esencial de la comunidad. Esta faceta de la vida, bajo la forma de derecho fundamental, corresponde a un derecho fundamental cuya aplicación no se supedita a la interposición de la ley y puede, por lo tanto, ser amparado a través de la acción de tutela.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

La protección de la vida tiene el carácter de valor superior en la Constitución Política. La razón de ser de la comunidad política que forman los colombianos estriba en la necesidad de asegurar colectivamente el disfrute máximo de la vida y la libertad. La garantía constitucional no puede ciertamente satisfacerse con la mera interdicción que recae sobre su eliminación o supresión. El Estado como organización política de la sociedad adquiere sentido cuando, además de asegurar la intangibilidad de la vida y la libertad, se ocupa de establecer las bases de orden material y jurídico para que ellas sean posibles y su goce sea general. El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica. No obstante la afinidad sustancial y teleológica que estos derechos mantienen con la vida y la libertad - como que a través suyo la Constitución apoya, complementa y prosigue su función de salvaguardar en el máximo grado tales valores superiores -, las exigencias que de ellos surgen no pueden cumplirse al margen del proceso democrático y económico.

13. Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtir para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial.

14. Lo anterior no le resta fuerza jurídica a esta categoría de derechos, dado que el legislador, independientemente de su ideología y de las mayorías políticas, está vinculado por el mandato del Estado social de derecho, así éste último admita desarrollos y modulaciones distintas según los tiempos y las posibilidades materiales de la sociedad. Por el contrario, la politización forzosa del tema de las prestaciones materiales a cargo del Estado, amplía el horizonte del debate democrático. La decisión sobre la financiación del gasto público y su destinación, debe respetar el cauce trazado por el principio democrático. Se trata de aspectos esenciales de la vida social cuya solución no puede confiarse a cuerpos administrativos o judiciales carentes de responsabilidades políticas y que no cuentan con los elementos cognoscitivos necesarios para adoptar posiciones que tienen efecto global y que no pueden asumirse desde una perspectiva distinta.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

15. Particularmente, en el caso del juez, la realidad del proceso le ofrece una verdad circunscrita a un caso concreto. Al margen de la ley, la justicia económica y social que innovativamente aplique el juez y que se traduzca en prestaciones materiales a cargo del Estado, no podrá amparar a todos los que se encuentran en la misma situación del actor y, en todo caso, desconocerá siempre su costo final y las posibilidades de sufragarlo. La justicia material singular que afecta el principio de igualdad, dentro de una visión general, y que, por otra parte, soslaya el principio democrático y pretermite los canales de responsabilidad política dentro del Estado, no es exactamente la que auspicia el Estado social de derecho ni la que va a la postre a establecerlo sobre una base segura y permanente. La función de reparto y distribución de bienes, que se traducen en gasto público, en una sociedad democrática, originariamente corresponde al resorte del legislador, de cuyas decisiones básicas naturalmente se nutren las consiguientes competencias administrativas y judiciales.

La justicia social y económica, que se logra gracias a la progresiva e intensiva ejecución de los derechos económicos, sociales y culturales, se reivindica y se lucha en el foro político. La dimensión del Estado social de derecho, en cada momento histórico, en cierta medida, es una variable de la participación ciudadana y de su deseo positivo de contribuir al fisco y exigir del Estado la prestación de determinados servicios.

No puede olvidarse que el Estado servicial corresponde a la misma comunidad políticamente organizada que decide atender y gestionar materialmente ciertos órdenes de la vida colectiva, para lo cual sus miembros conscientemente deben asumir las cargas respectivas y la función de control y fiscalización. El Estado social de derecho que para su construcción prescindiera del proceso democrático y que se apoye exclusivamente sobre las sentencias de los jueces que ordenan prestaciones, sin fundamento legal y presupuestal, no tarda en convertirse en Estado judicial totalitario y en extirpar toda función a los otros órganos del Estado y a los ciudadanos mismos como dueños y responsables de su propio destino.

16. Por lo expuesto, la Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Por fuera del principio a la dignidad humana que origina pretensiones subjetivas a un mínimo vital - que impide la completa cosificación de la persona por causa de su absoluta menesterosidad -, la acción de tutela, en el marco de los servicios y prestaciones a cargo del Estado, puede correctamente enderezarse a exigir el cumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, entre otros derechos que pueden violarse con ocasión de la actividad pública desplegada en este campo. En estos eventos, se comprende, la violación del derecho fundamental es autónoma con relación a las exigencias legales que regulan el servicio público.

En el contexto de un servicio estatal ya creado o de una actividad prestacional específica del Estado, puede proceder la acción de tutela cuando quiera que se configuren las causales para ello, ya sea porque no existe medio judicial idóneo y eficaz para corregir el agravio a un derecho fundamental o bien porque aquélla resulta indispensable como mecanismo transitorio con miras a evitar un perjuicio irremediable. La intervención del juez de tutela, en estos casos, opera forzosamente dentro del perímetro demarcado por la ley y las posibilidades financieras del Estado - siempre que la primera se ajuste a la Constitución Política -, vale decir, tiene naturaleza derivada y no es en sí misma originaria. En este sentido, por ejemplo, puede verificarse que la exclusión de una persona de un determinado servicio estatal, previamente regulado por la ley, vulnera la igualdad de oportunidades, o signifique la violación del debido proceso administrativo por haber sido éste pretermitido o simplemente en razón de que el esquema diseñado por la ley quebranta un precepto superior de la Carta.

17. Naturalmente, los derechos económicos, sociales y culturales, disponen, además, de otras vías de garantía y protección constitucional. La acción de inconstitucionalidad puede ser el medio más apto para poner coto a las acciones y omisiones del legislador que se aparten de los mandatos generales y específicos del Estado social de derecho, particularmente del principio de igualdad.

De otro lado, corresponde a las leyes organizar y regular los servicios y prestaciones económicas y sociales a cargo del Estado y, para el efecto, disponer los procedimientos que sean necesarios para acceder a los mismos y para defender los derechos de los titulares. Dentro de cada ámbito prestacional, independientemente de su naturaleza y forma de funcionamiento, la ley debe desarrollar mecanismos de participación de los ciudadanos dirigidos a su control y fiscalización por parte de los ciudadanos.

Sin necesidad de agotar los instrumentos genéricos diseñados por el Constituyente para asegurar la efectividad de la cláusula del Estado social, baste señalar que es principalmente a través del presupuesto y del proceso de planificación, a los cuales son inherentes diversos mecanismos de participación, cómo progresivamente puede hacerse realidad dicho ideario. Ciertamente todos los derechos



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

constitucionales presuponen, en mayor o en menor grado, prestaciones a cargo del Estado y se proyectan en el plano de los principios objetivos del ordenamiento desde el cual las autoridades y los miembros de la comunidad reciben sus orientaciones de sentido más fundamentales y vinculantes. Sin embargo, los derechos tentativamente llamados económicos, sociales y culturales, tienen un contenido prestacional más acusado y permanentemente están necesitados de soporte presupuestal - en los distintos niveles territoriales y funcionales del Estado -, extremo éste que se gobierna por las reglas del principio democrático y que no puede quedar librado a la discrecionalidad judicial.

18. La defensa y protección de los derechos constitucionales no es idéntica en todos los casos. Derechos para cuya efectividad se precisa del ineludible agotamiento de un trámite democrático y presupuestal, no pueden, en los aspectos íntimamente vinculados con éste, ser objeto de amparo a través de la acción de tutela. Ya se han mencionado los mecanismos judiciales, administrativos y políticos, a los cuales cabe apelar a fin de buscar la protección y promoción de estos derechos. A éstos se agrega la acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que tengan las características de vía de hecho. Si los procedimientos judiciales ordinarios dispuestos por la ley para ventilar asuntos o pretensiones relacionadas con prestaciones a cargo del Estado - por acciones u omisiones arbitrarias de los jueces competentes - se revelan incapaces de ofrecer a los ciudadanos una tutela judicial efectiva, éste será siempre un motivo suficiente para que la acción de tutela pueda ser instaurada.

19. La actora dentro del presente proceso acudió a la acción de tutela en procura de que se protegieran sus derechos a la salud y a la vida y de que, en consecuencia, se declarara la nulidad del acto administrativo de la Caja Nacional de Previsión -Seccional Chocó- por medio del cual se decidió suspender la atención médica que se le venía prestando. La demandante no obstante haber dejado de incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, pretende hacer valer su pretensión a través de la tutela. Sin embargo, como ya se señaló, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario y no fue instaurada para remediar los errores en que incurren los ciudadanos en lo relacionado con la defensa de sus derechos. Si se llegara a admitir la posición contraria, pasaría la tutela a sustituir todos los demás medios judiciales y la jurisdicción constitucional entraría a asumir responsabilidades que no le corresponden, todo ello en detrimento de los demás órganos judiciales.

Por otro lado, tampoco puede la Corte proceder a ordenar una prestación determinada a favor de la demandante. La Caja Nacional de Previsión -Seccional Chocó- decidió suspender definitivamente la asistencia médica que le prestaba a la actora, bajo la consideración de que ella no tenía derecho a recibirla. La señora Waldo no interpuso los recursos judiciales que le correspondían y ello significa que, por lo menos por esta razón, ha quedado al margen de los servicios de la Caja. Dado que la actora no



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

se ajusta a los requisitos exigidos para poder obtener los servicios médico-asistenciales a que aspira, mal puede la Corte disponer que le sean prestados, pasando por encima de lo dispuesto por la ley y los reglamentos, puesto que, como ya se señaló, es a la ley y a la administración a las que corresponde decidir sobre la asignación de recursos para la prestación de servicios asistenciales y sobre los mecanismos para poder acceder a ellos. La Corte, de otro lado, no ordena, al margen de la ley, prestación alguna a favor de la actora puesto que no se ha demostrado una afectación del derecho al mínimo vital. Lo anterior, desde luego, no es óbice para que la demandante sea vinculada al sistema general de seguridad social en salud - régimen subsidiado, si se dan las condiciones establecidas en la ley y en el procedimiento respectivo.

T- 140 de 1999: injustificada suspensión del pago de pensión de invalidez, de la que se depende para vivir.

En este caso, la Corte dijo:

“El Estado y la sociedad en su conjunto, de conformidad con los principios de la dignidad humana y de la solidaridad, deben contribuir a garantizar a toda persona el mínimo vital para una existencia digna. El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del territorio nacional, una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance”. “Toda persona tiene derecho a un mínimo vital, es consecuencia directa de los principios de la dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución. El derecho al mínimo vital no sólo incluye la facultad de neutralizar las situaciones violatorias de la dignidad humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta, sino que, sobre todo, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el ‘deficit social’. “El derecho a un mínimo vital, no otorga un derecho subjetivo a toda persona para exigir, de manera directa y sin atender a las especiales circunstancias del caso, una prestación económica del Estado. Aunque de los deberes sociales del Estado se desprende la realización futura de esta garantía, mientras históricamente ello no sea posible, el Estado está obligado a promover la igualdad real y efectiva frente a la distribución inequitativa de recursos económicos y a la escasez de oportunidades”.

Lo cierto es, que la demandante cuenta como único medio de subsistencia con lo que le corresponde por concepto de pensión de invalidez, y aunque nuestra Carta Política no consagra la subsistencia como un derecho fundamental, este si puede derivarse de los derechos a la vida, a la salud, y a la



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

asistencia o a la seguridad social, como quiera que todos los ciudadanos requieren de un mínimo de elementos materiales para subsistir.

Para el efecto de ampliar el sustento constitucional de la exigencia de una vida digna a través de lo que ha denominado mínimo vital. Se expone a continuación la jurisprudencia reiterada, en cita por la T-140 de 1999:

“La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad.

“El Estado y la sociedad en su conjunto, de conformidad con los principios de la dignidad humana y de la solidaridad (C.P. art. 1), deben contribuir a garantizar a toda persona el mínimo vital para una existencia digna. El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del territorio nacional, una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance” (Sent. T-015 de 1995 M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

Igualmente, la Corte Constitucional dijo : “Toda persona tiene derecho a un mínimo vital -derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario-, es consecuencia directa de los principios de la dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución...

El derecho al mínimo vital no sólo incluye la facultad de neutralizar las situaciones violatorias de la dignidad humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta (CP art. 13), sino que, sobre todo, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el ‘déficit social’.

El derecho a un mínimo vital, no otorga un derecho subjetivo a toda persona para exigir, de manera directa y sin atender a las especiales circunstancias del caso, una prestación económica del Estado. Aunque de los deberes sociales del Estado (CP art. 2) se desprende la realización futura de esta garantía, mientras históricamente ello no sea posible, el Estado está obligado a promover la igualdad real y efectiva frente a la distribución inequitativa de recursos económicos y a la escasez de oportunidades” (Sent. T-426 del 24 de junio de 1992. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).