



Via Inveniendi Et Iudicandi

E-ISSN: 1909-0528

revistaviei@usantotomas.edu.co

Universidad Santo Tomás

Colombia

GUARIN RAMÍREZ, EDGAR ANTONIO

La Urgente Cuestión de Inquirir por la Fundamentación de los Derechos Humanos

Via Inveniendi Et Iudicandi, vol. 6, núm. 2, julio-diciembre, 2011

Universidad Santo Tomás

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560258670010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La Urgente Cuestión de Inquirir por la Fundamentación de los Derechos Humanos

The urgent matter of inquiring for the fundamentation of Human Rights

EDGAR ANTONIO GUARIN RAMÍREZ

Filósofo, Abogado Especialista en Docencia Universitaria, Derecho Penal y Derecho Administrativo, Magister en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás, docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Coordinador del Semillero de Investigación en Filosofía y Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho, miembro del Grupo de investigación Raimundo de Peñafort. Correo electrónico: edguarin@hotmail.com

Philosopher, Attorney at law, Specialist in University Teaching, Penal Law and Administrative Law, Master in Public Law from the Santo Tomas University, professor at the Law Faculty in the Santo Tomas University, Coordinator of Breeding Grounds for Investigation in Philosophy and Theory of law at the Law Faculty, member of the Raimundo de Peñafort Investigation Group. E-mail: edguarin@hotmail.com

Fecha de recepción: 25 de abril de 2011

Fecha de evaluación: 2 de mayo de 2011

Fecha de aprobación: 20 de mayo de 2011

RESUMEN. Este artículo pretende demostrar la tesis, según la cual, la consecución de una protección y garantía efectiva de los derechos humanos, exige indagar por el fundamento de los mismos. Para ello, su autor hace énfasis en que el camino para inquirir sobre ese particular, solamente se puede trasegar con solidez y confianza, echando mano de la filosofía que, por su propia naturaleza, es fundamentadora. Una vez establecido dicho estatuto epistemológico, la reflexión se orienta hacia el concepto de *lo humano* y de *lo*

jurídico, a partir del marco teórico aportado por el sistema filosófico del realismo. Aclarado lo que es el derecho y lo que significa ser humano, se pasa a definir el término *derechos humanos*, y se examina su fundamento, estableciendo que éste, se encuentra en la realidad misma de la persona humana que, en su radicalidad, según la perspectiva teórica escogida, no es relativa. Así, se concluye que la efectiva protección y garantía de los derechos humanos, solamente se puede lograr si se tiene en cuenta que en el hombre hay una naturaleza que se expresa en unas inclinaciones, que ninguna convención o costumbre, pueden soslayar.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, persona, dignidad humana, derecho, filosofía del derecho.

ABSTRACT. This article pretends to demonstrate the thesis, by which, the acquisition of a protection and effective guaranty of the human rights, demands inquiries for the fundaments of them. For that, its author makes emphasis in that the path to inquire on that particular, it can only be decanted with solidity and confidence, using the philosophy that, by its own nature, does fundaments. Once established this epistemological status, the reflection orientates towards the concept of what's human and what's juridical, from the theoretical frame provided by the philosophical system of realism. Having cleared what law is and what it

means to be human, we go on to define the term human rights, and we examine its fundament, establishing that it is found in the same reality of the human person that, in its radicality, according to the theoretical perspective chosen, it isn't relative. Thus, it's concluded that the effective protection and guaranty of the human rights, it can only be accomplished if it is taken into account that in man there's a nature that expresses in some inclinations, that no convention or habit, can circumvent.

KEY WORDS: human rights, person, human dignity, law, philosophy of law.

TIPO DE ARTÍCULO: Reflexión Académica.

Introducción

Asistimos a una época en la cual existe una marcada tendencia a la defensa de la democracia y de los que, a mi juicio, son sus pilares fundamentales: la libertad, la igualdad, el pluralismo y, más recientemente, la tolerancia. La razón obedece, quizá, a que ella -la democracia- se nos ha presentado como "la" solución adecuada a los graves problemas políticos y sociales que ha tenido que vivir la humanidad en las últimas centenas. Empero, a la par, vivimos un momento

histórico especialmente cargado de paradojas que traen consigo grandes incertidumbres y desafíos. Deviene paradójico, por ejemplo, que se defienda cada vez con más fuerza la libertad, pero a la vez crezcan las esclavitudes en la vida del ser humano; que se propenda por la igualdad, pero los índices de pobreza en el mundo no decrezcan y haya miles de personas que mueren de hambre cada día; que se defienda el pluralismo y, sin embargo, abunden las discriminaciones por razones de raza, sexo, condición social, así como los rechazos frente a aquellos que defienden la realidad de la verdad y del bien como entidades que, si bien son objeto del conocimiento del hombre, no dependen de él y, por ende, no pueden ser objeto de manipulación. No es menos paradójico que se hable cada día más de la importancia de la tolerancia, pero los niveles de violencia sigan aumentando de manera exponencial; que cada vez tengamos más y más organismos internacionales que buscan la defensa de los derechos humanos, pero su violación no decrezca.

Esta palmaria realidad, tiene que conducirnos -de manera muy especial a quienes nos dedicamos a la investigación y la docencia-, a una reflexión seria y profunda que busque ahondar en aquellos aspectos que están en el piso de dichas contradicciones. Es por eso que la reflexión sobre los derechos humanos se encuentre a la orden del día en la academia; a la postre, las situaciones de miseria y violencia lo que constituyen, en fin de cuentas, son atentados directos contra el ser humano, y es la academia la llamada a denunciar dicha situación y a buscar las posibles soluciones.

En esa línea, el profesor Sergio De Zubiría Samper (2008), en el marco de un diplomado organizado por Ecopetrol en el cual se discutieron algunos temas atinentes a los derechos humanos, refería en su conferencia que, para él, las causas –o “aspectos”, como los denominó- del actual malestar, pasan por las cuestiones del desarrollo, de la globalización, del derecho internacional, del terrorismo y de la fundamentación de los derechos.

Sin duda, la preeminencia que se le da en la época actual al progreso y al desarrollo, a los que se les pone por encima de las personas, en lugar de constituir verdadera evolución, generan retroceso. El 50% de la población mundial que vive en pobreza extrema, y ese cercano 20% de nuestra población nacional que vive en situaciones de miseria, ponen de presente los desenfoques del desarrollo. El hoy llamado “progreso”, tilda con el retroceso y la catástrofe que, más pronto que tarde, culmina en desesperanza para una gran cantidad de personas. Ello, ha llevado a que muchos teóricos de la política y la economía (Rawls y A. Sen, entre muchos otros), siguiendo la formulación del imperativo categórico kantiano, hayan planteado en diversas ocasiones la necesidad de entender que el ser humano no es un medio para el desarrollo, sino un fin del mismo y, por ende, no se le puede sacrificar en aras de obtener mayores progresos económicos.

También es evidente que el fenómeno de la globalización –que es multifacético-, produce modificaciones en las formas de pensar y obrar de los

seres humanos que muchas veces contribuyen a reproducir en el campo nacional las desigualdades existentes a nivel mundial. En este sentido, me ha llamado poderosamente la atención una imagen que observé en días pasados, en la de unos niños con trajes harapientos, con apariencia de hambre y desnutrición, tienen al lado una coca-cola, siendo utilizados para mostrar el poder de una multinacional que llega hasta los lugares más recónditos del mundo, no para “saciar el hambre”, sino para promocionar y vender su producto. Boaventura de Sousa Santos (1998) ha puesto de presente estos efectos devastadores del fenómeno de la globalización, así como ha hecho un llamado urgente por trabajar en la creación de un nuevo sentido común político que atienda a la necesidad de crear consciencia de la necesidad de respeto por lo que denomina: “herencia común de la humanidad”, y que tiene que ver con *ius humanitatis*, que define como “la aspiración a una forma de dominio de los recursos naturales o culturales que, dada la extrema importancia de estos para la sostenibilidad y vida sobre la tierra, debe ser considerada como propiedad global y manejada a favor de la humanidad como un todo, tanto presente como futura”.

No es menos cierto que en el campo del Derecho Internacional existen muchos forcejeos políticos y económicos que constituyen situaciones que van generando, en no pocas ocasiones, menoscabo de los derechos de las personas. Tampoco se puede negar que asistimos a un momento coyuntural en la historia, en el cual, en aras de evitar ataques provenientes de los actos de terrorismo que se ha generalizado en el mundo, se avalan ataques “preventivos” como los de los

Estados Unidos a Irak hace algunos años, en cuyo trasfondo está la peligrosa idea de que la seguridad está por encima de la justicia.

Sin embargo, todas estas explicaciones constituyen una cadena causal, que exige indagar por su comienzo y origen que, desde mi perspectiva, está en la cuestión del soporte o fundamento sobre el que se construye todo el discurso de los derechos humanos. Por eso, no es de recibo la tesis según la cual, lo importante en el tema de los derechos humanos es su garantía –porque, en fin de cuentas, ya se cuenta con multiplicidad de medios para ello-, cuando no se tiene claro qué es lo que se pretende garantizar y por qué es tan importante hacerlo. Por eso, garantía y fundamentos, son inseparables. Ese es el objeto de estudio sobre el que recaen las reflexiones contenidas en estas líneas y, por eso, las he intitulado: “La urgente cuestión de inquirir por la fundamentación de los derechos humanos”.

La reflexión parte del planteamiento de la cuestión; luego, se explica cómo, la filosofía del derecho, por su naturaleza misma, es la llamada a hacer dicho análisis de fundamentación; posteriormente, desde esa forma de conocimiento, se aclara el significado de lo humano y del derecho, y se especifica el objeto material y formal de la ciencia jurídica, para, con base en ello, penetrar en el concepto de “Derechos Humanos” y su fundamentación.

1. La cuestión

Durante las últimas décadas se ha venido haciendo un especial énfasis en la necesidad de protección y garantía inmediata de los derechos humanos: cada vez surgen más sistemas, órganos y declaraciones que buscan protección. Sin embargo, muchos de esos instrumentos se quedan en el papel, y la efectividad en la defensa de esos derechos termina sacrificada. Por eso, considero que ha llegado el momento de indagar por los fundamentos de dichos derechos.

Izando la bandera de protección de los derechos humanos, muchos se han convertido en conculcadores de los mismos. Es el caso de aquellos que censuran todo atentado contra la vida humana, pero a la vez, son los primeros defensores de la práctica del aborto (y no me refiero a casos muy *particulares y excepcionalísimos* en donde dicha práctica se podría llegar a considerar jurídicamente válida). Estamos llegando a tal grado de esquizofrenia, que se defienden incluso, derechos de los cadáveres, a la par que se ventila la violación del derecho a la vida del que está por nacer, de quien se dice que es ser humano, pero sin derecho a vivir. ¿Es legítimo, o lo que es lo mismo, se corresponde con la realidad, el considerar al nasciturus un ser humano, pero no “persona” para, con base en ello, negarle la protección de ese primer y fundamental derecho que es la

vida? Si se partiera de dicha legitimidad ¿quién se puede arrogar esa potestad de ir diciendo quién es persona y quién no? El problema no es solamente religioso o moral; es, en esencia, un problema jurídico que tiene que ver con la fundamentación de esos derechos, lo cual, si se maneja ligeramente, tiene un altísimo costo en la promoción y protección de los mismos.

Así pues, la cuestión se presenta, no sólo interesante, sino urgente. De lo que se trata, es de indagar sobre la posibilidad de fundamentar los derechos humanos echando mano de la metodología analógica propia del realismo tomista, es decir, evitando los extremos que, o bien asumen criterios que cierran la puerta a cualquier diálogo con otras maneras de ver las cosas; o bien incurren en relativismos que podrían servir para fundamentar cualquier régimen totalitario, trasgresor de derechos. Es tan peligroso el creerse dueño y poseedor de toda la verdad, como el negar la posibilidad de alcanzarla, tal como lo refiere Aristóteles en los albores de “La Metafísica”. Por eso, la postura analógica, constituye una interesante alternativa para la solución del problema de fundamentación de los derechos.

Como en todo lo que se analiza analógicamente, es menester buscar en medio de lo diverso de una realidad, aquello que permite lo uno; en este caso, respecto de la realidad de los derechos humanos y de su soporte; lo anterior, implica precisar con exactitud cuál es el analogante en torno del cual tiene que

girar cualquier intento de cimentar estos derechos. La ciencia que ayuda a realizar con éxito esa tarea, es la filosofía, tal como se analiza a continuación.

2. La fundamentación de una realidad, como una cuestión de naturaleza filosófica

Hacer análisis de fundamentación de una realidad, no es otra cosa que abordar la cuestión sobre las bases estructurales a partir de las cuales se constituye dicha realidad, lo cual es propio de la filosofía. Se trata, como lo sostiene Arthur Kaufmann –el gran penalista alemán que tocó en sus reflexiones las puertas de la filosofía del derecho-, de indagar por ese soporte del derecho que vaya más allá de las ficciones -como lo es la norma fundamental kelseniana descrita en su teoría pura del derecho (1998)-, y de los acuerdos o vivencias sociales –como lo es la regla de reconocimiento de Hart (1998)-, y atienda a contenidos materiales (Kaufmann, 1999).

Es lamentable que, hoy por hoy, se estime más importante la garantía y protección de los derechos humanos, que su fundamentación; y cuando hay inquietud por ese particular, no se va más allá de los pactos y convenciones o, a lo sumo, de la costumbre. Ahora bien, no es que los acuerdos y la costumbre carezcan de importancia; lo que pasa es que no se puede olvidar que muchas costumbres y pactos en la historia, han servido para afectar esos derechos inalienables de las personas. Quizá la razón de la existencia de esta tendencia a

no ocuparse de los fundamentos sino de los medios de protección y garantía, se deba a que los juristas, más ocupados por las normas y las providencias judiciales, dejamos ese espacio libre, siendo ocupado por los sociólogos y antropólogos culturales, cuyo análisis se queda en el nivel de lo fenoménico.

Lo anterior no significa –y en ello quisiera ser enfático– que se esté negando la importancia de la sociología y la antropología cultural como ciencias descriptivas que ayudan a acercarse a una realidad que aparece en el medio social y cultural. Hacerlo, sería necedad. A la postre, no hay la menor duda de que gracias a las juiciosas investigaciones realizadas por quienes se dedican a esas disciplinas, se han podido conocer flagrantes y gravísimas violaciones de los derechos humanos.

Sin embargo, el tema de la fundamentación del derecho no es de raigambre sociológica, sino iusfilosófica; y eso, por el simple hecho de que la cuestión escapa a la epistemología propia del que se ocupa de lo que “aparece”, y demanda la gnoseología propia de la filosofía, la cual, no despreciando el dato aportado por la ciencia social, lo supera y va a los principios constitutivos del ser de las cosas. Al sociólogo le interesan los hechos sociales: que hay discriminación por razones de raza o sexo, que han crecido las tasas de abortos, que el homosexualismo se vive ahora de manera más abierta al interior de la sociedad, que no existen mecanismos efectivos de protección de derechos, que las garantías no son suficientes, etc. Con su observación del dato social, el científico de la sociedad aporta a la tarea investigativa del jurista, pero no puede apropiarse

de la reflexión que le compete a ese jurista que, en cuanto tiene en la justicia el objeto formal de la ciencia a la cual se dedica, necesariamente tiene que toparse con la filosofía.

La reflexión iusfilosófica sobre un tema tan sensible actualmente, como lo es el de los derechos humanos, no es sólo una posibilidad, sino una necesidad; y ello, porque, dada la especial importancia y trascendencia que éste tiene, no se puede abordar desde una única disciplina y, menos aún, haciendo abstracción de la filosofía.

Sin duda, abordar la cuestión con lente filosófico- que implica el estudio de las cosas en cuanto son-, no es de fácil recibo para muchos, debido a aquello que Carlos Cardona -eminente filósofo catalán que sigue las huellas de Santo Tomás y centra su filosofía en el *actus essendi*-, llama: la “actitud teórica normal en las cátedras de nuestra cultura” (1973) y que da cuenta del precario estado de salud intelectual de la sociedad contemporánea: una sociedad que, fiduciaria del pensamiento idealista alemán, rechaza reflexiones de tal índole, a las que tilda, peyorativamente, de “metafísicas”, de “pseudocientíficas”, e incluso, de “superchería”. No obstante, como lo importante no es lo que algunos crean o comprendan, sino la verdad de las cosas (Bretón, 1976), la realidad nos muestra que esa indagación propia de la filosofía responde, nada más y nada menos, que a una inclinación natural del hombre que, como ser dotado de inteligencia (intus-legere: leer adentro), puede ir más allá del conocer accidental, e indagar por las

razones más profundas sobre las que se soporta la realidad. Esto, lejos de llenar al filósofo de soberbia –sentimiento que ofusca la mente de tantos de nuestros académicos-, le exige una postura modesta y humilde, propia de quien, no se cree dueño de la verdad, pero sí su buscador asiduo de algo que existe con independencia de él (*facientes veritatem*). No olvidemos que el sabio, es aquel que dice de las cosas lo que ellas son. Por eso, afirmaba con razón el gran maestro Tomás de Aquino en el comentario al Libro Primero de la metafísica de Aristóteles, lección tercera: “sabiduría y filosofía significan lo mismo”.

La tarea del filósofo que se ocupa de la realidad del derecho consiste, pues, en acercarse a su ser y analizarlo desde sus principios constitutivos. En cuanto forma de conocimiento, la filosofía es fundamentadora. No nos podemos cerrar a la posibilidad de abordar la realidad de los derechos humanos desde esta perspectiva: ello, aunado al esfuerzo de los científicos de la sociedad, puede contribuir significativamente a la efectiva protección de los derechos que son más radicales en la persona humana.

Acercarse al ser de las cosas es huir de la relatividad. Yo me pregunto: ¿Cómo puede buscarse una fundamentación de los derechos humanos sobre la base de que el significado de “lo humano” y de la “dignidad humana”, es una mera construcción colectiva y, por ende, relativa? ¿Cómo puede hablarse de gravísimos crímenes contra la humanidad, y tipificar a partir de ellos los llamados “delitos de lesa humanidad”, si el concepto de “humanidad” es relativo? Quienes sostienen

tales posturas, y son intelectuales honestos, necesariamente terminan dándose cuenta de las palmarias contradicciones en las que incurren. Conviene recordar aquí aquella atávica sentencia parmenidiana: “las cosas son y no pueden no ser”.

3. La realidad de *lo humano*

El conocimiento de lo humano, como todo auténtico conocimiento, tiene un fundamento en la realidad (*in re*). Cuando dicho fundamento es reemplazado por la mente del sujeto, se podrá producir pensamiento, pero no conocimiento (Cardona, 1973) Todo conocimiento, por ende, tiene una dependencia de la realidad y se alimenta de ella. Pero la realidad no es sólo fenoménica y accidental; en ella hay elementos substanciales que permiten identificar las cosas, diferenciarlas y, por esa vía, posibilitan la comunicación humana. Si eso no fuese así, nuestras sociedades serían como “torres de babel”. Por eso, aunque se pretenda negar la fundamentación de realidades como la del derecho, como la de lo humano y como la de la dignidad que esa humanidad entraña, **desde su ser**, la realidad nos muestra que dicha fundamentación no sólo es posible, sino imprescindible (Guarín, 2008).

El impulso del entendimiento hacia la verdad, que ni el más feroz escéptico puede negar, no permite relativizar toda la realidad. Si bien es cierto que los conceptos –que refieren a realidades- pueden ser enriquecidos a lo largo del

devenir histórico por las diversas culturas, no lo es menos que hay un sustrato fundamental que, si se vulnera, se imposibilita el hablar, por ejemplo, de respeto por lo humano y por la dignidad que ello encarna. ¿O es que acaso es posible considerar -válidamente- que la tortura, así como otras tantas conductas que atentan contra la vida o la integridad personal de un ser humano, independientemente del tiempo o el lugar, son actos acordes con su dignidad? Evidentemente la respuesta a ese interrogante -a menos que se padezca una personalidad esquizoide-, es negativa. Es por eso que hoy, es posible juzgar como contrarias a la dignidad de la persona humana –y a los derechos que de allí surgen-, muchas acciones que se desplegaron en otras épocas de la historia, por ejemplo, en la inquisición medieval, por lo cual la misma Iglesia, que fue connivente con ella, ha pedido público perdón; lo mismo sucede con la esclavitud a la que fueron sometidas las negritudes en la época de la conquista; o lo sucedido en el holocausto Nazi, etc. Sin duda, los derechos humanos tienen su fundamento en la dignidad humana, que no es una prerrogativa de unos pocos, sino que es atributo de todos los seres humanos y, por eso, dichos derechos, tienen vocación de universalidad.

Ahora bien, existe una tendencia teórica muy fuerte, heredada del liberalismo moderno, que quiere hacernos creer que lo único universal en el hombre es su libertad y, por eso, reducen la dignidad humana a ese radical de la existencia del hombre; y, lo que es aún más grave, se predica una libertad que se acerca mucho a aquella descrita por Aristóteles, cuando, en la política, refiere a la

libertad de la democracia como una libertad cercana a “hacer lo que plazca”, con muy pocos límites: los que impone la ley y la libertad del otro (La política, L. VI).

Lamentablemente, esa ha sido la tendencia de algunos magistrados de la Corte Constitucional Colombiana, tal como se evidencia en varios de los fallos en los cuales ha abordado de tema de la libertad, entre ellos, la sentencia C-355, Magistrado ponente J. Araújo Rentería, en donde se afirma: “En efecto, ha sostenido esta Corporación que en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere)...”. Es una libertad de autonomía, tal como la ideó Kant, pero sin imperativo categórico. El concebir la libertad como un “vivir como se quiera”, sin un referente en la realidad misma del ser humano, y atendiendo más bien al “clamor popular”, es algo muy peligroso, máxime cuando el pueblo no está bien educado. Nadie duda que la libertad, en cuanto radical humano, tenga como acto propio la elección; pero no es mera elección de lo que “se desea”. Si así fuera, no nos diferenciaríamos en mucho de la especie animal.

Como bien lo enseña la antropología filosófica, la realidad del hombre nos muestra que esa especial elevación que implica la dignidad humana, refiere a una pluralidad de dimensiones: corporeidad, alteridad, intimidad, trascendencia, afrontamiento, etc., de las cuales no puede independizarse el radical humano de la

libertad y, cuyo contenido, tiene un sustrato fundamental que no se puede relativizar.

La corporeidad, por ejemplo, que es una realidad evidente de todo ser humano, que toca directamente con lo material del hombre, tiene un significado espiritual que pasa por la posibilidad de ser presencia, expresión, medio de humanización, a la vez que límite, y que le hacen diferente de la corporalidad animal (Gevaert, 1987). Lo mismo sucede con la alteridad, que revela esa tendencia propia del ser humano a vivir con el otro y a reconocerle y tratarle como un “alter”, con respeto y reciprocidad, y no como una simple “cosa” (Bubber, 1969) Y así, con las demás dimensiones.

Todas esas particularidades del hombre expresan esa realidad corpóreo-espiritual que encierra su ser, y que “llena de contenido” esa especial excelencia que se llama dignidad, que le permite al hombre trascender lo meramente material. Una dignidad que no es solo ontológica, sino también moral, porque el hombre, con su conducta, da cuenta de ella, o se vuelve contra ella. Relativizar esa realidad ha sido la causa de las horribles tragedias en la historia de la humanidad a las que aludía *ut supra* y, por eso, hoy por hoy, cuando se insiste tanto de la defensa y garantía de los derechos humanos, sí que tiene especial importancia referir a ella.

Lógicamente, es posible hacer esa relativización de lo humano, y de la especial elevación que ello implica; en fin de cuentas, los hombres muchas veces huimos de lo real e inventamos nuestras propias “verdades” sobre las cosas, incluso sobre lo humano; pero eso no significa que todas sean legítimas; y la validez y legitimidad de una concepción, no la da la convicción con que se diga, sino su posibilidad de conformarse con la realidad. Ahora bien, si se duda de que la realidad es la realidad, entonces, vamos al precipicio porque, como el hombre no puede vivir sin realidad –“nadie escapa a la jurisdicción del ser” (Bretón, 1976)-, entonces, tiene que inventársela: eso es lo que han hecho los grandes tiranos de la historia de la humanidad que han vivido conforme a sus convicciones y, con base en ellas, han violado de múltiples formas, los derechos de miles de personas.

4. La realidad del *derecho*

Si hay alguien que tenga y pueda asumir con rigor la tarea de hablar de los derechos de las personas, incluidos allí los derechos que se tienen por cuenta de esa realidad humana que se describió en el numeral anterior, es el jurista. Lamentablemente, los juristas, preocupados por las normas y porque las decisiones de los jueces no las trasgredían, nos hemos mantenido al margen de la discusión sobre ese particular, dejándoles el espacio libre, especialmente a los politólogos, los sociólogos y los antropólogos, para que sean ellos los que hagan la reflexión y, en efecto, la hacen, pero desde la perspectiva epistemológica que

les es propia. Sobre el particular, conviene traer a la memoria las sentencias aristotélicas en las que se dice enfáticamente que el conocimiento de los fenómenos que se obtiene por vía de experiencia –conocimiento del cual se ocupa especialmente la ciencia positiva-, es conocimiento de las cosas particulares, de sus regularidades, de sus causas y consecuencias inmediatas, pero no del ser que está detrás de lo meramente fenoménico, de sus fundamentos y estructuras, de sus causas y sentido último (La metafísica, L. 1, I).

En un interesante artículo escrito por el eminente profesor Edwin Horta Vásquez (2009) para la revista IUSTA de la facultad de derecho la Universidad Santo Tomás, se hallan algunas afirmaciones que invitan al jurista a recuperar el objeto de estudio propio de su ciencia. Afirma el Doctor Horta que la primera cuestión que se plantea al proponer una aproximación a la realidad jurídica, y a lo que es específicamente jurídico, hace referencia al modo en que el intelecto humano aprehende las cosas que son, y en este orden de ideas, la labor del jurista se ubica necesariamente en el campo de la iusfilosofía. En ejercicio de esta facultad intelectual, el hombre se da cuenta de su ser personal que, por su propia estructura ontológica, es sujeto y, en cuanto tal, puede apropiarse de cosas y hacerlas suyas; esa relación de apropiación entre sujeto y cosa suya es real y no mera formulación teórica o ficción de la razón, por lo que, el arrebatarle al otro sus cosas, configura una injusticia.

Salta a la vista, al leer estas reflexiones, el espíritu realista de su autor. Ese referente real al que se alude, es fundamental si se quiere abordar con seriedad el tema de los derechos humanos. De lo que se trata, en definitiva, es de indagar respecto de aquello que hace que un derecho sea tal, su fundamento y su título: esa es la tarea del jurista.

Siguiendo este camino, yendo a la realidad y no a hipótesis o ficciones, Javier Hervada (1988), recogiendo la larga tradición histórica del derecho, enseña que el derecho “es la cosa –corpórea o incorpórea- atribuida o asignada a una persona”. Esa atribución o asignación es lo que le permite llamar a esas cosas “suyas”, el *ius* que exige del otro un *debitum* de respeto. La relación que se establece en torno a esas cosas que tienen su dueño, es la relación jurídica; una relación en torno a derechos que pueden ser exigidos y que deben ser respetados, so pena de que surja la injusticia.

Así las cosas, la ciencia del derecho, a la cual dedica su vida el jurista, es una ciencia que tiene como objeto formal –que es lo que la especifica y la diferencia de las demás ciencias-, esa realidad, que no es empírica, pero sí existente y captable por la inteligencia humana, que se llama ***justicia***. Si no somos los juristas lo que nos ocupamos de que los derechos –las cosas- estén en cabeza de sus titulares, ¿entonces quién? Cuando el jurista abandona esa tarea, que es a la vez su vocación, termina la ciencia jurídica sirviendo a intereses

políticos o a reclamos sociales que instrumentalizan el derecho poniéndolo al servicio de los más poderosos, de la seguridad del estado, de la economía, etc.

Por eso, el científico del derecho –el jurista- siempre hace una valoración de la conducta humana; analiza en ella si ha sido o no respetuosa de los derechos, es decir, si no ha sido injusta. Lógicamente, atender a estas reflexiones implica un esfuerzo intelectual del lector que supere la visión del derecho que hemos heredado del positivismo y que le reduce a lo dogmático, a lo técnico o a lo hermenéutico, y que niega cualquier posibilidad de hacer análisis que vayan más allá de lo fenoménico (Mora, 2005). Esa conducta humana constituye el objeto material del derecho como ciencia. La justicia, su objeto formal según lo dicho, es el nombre que recibe la correcta relación entre la persona y las cosas, que tiene lugar al interior de la vida social; incluso podría decirse que el derecho es esa “ligazón” existente entre el hombre y sus cosas –cosas suyas-, lo cual atiende muy bien a la etimología con la cual se encuentra vinculada el derecho: la raíz sánscrita “*yu*”, que significa ligar, que pasó, luego, a ser el *ius* de los romanos (Zabalza, 1988).

El idealismo heredado de la modernidad que, en su forma jurídica se llama “positivismo” -en sus diversas versiones-, llevó el objeto material del derecho a la ley, a la jurisprudencia o a los hechos sociales, y su objeto formal al imperio, al mando, a la obligatoriedad. Pues bien, aunque en el nivel fenoménico ello pueda aceptarse, empero, siempre los positivistas tendrán que aceptar –y lo tienen que

aceptar porque es una evidencia de la cual ellos mismos parten- que toda ley tiene un supuesto de conducta y que la sanción ha lugar porque con dicha acción, se he perpetrado una violación de derechos, esto es, una injusticia.

Una de las más grandes contradicciones de quienes, siguiendo la línea kantiana que abrió la brecha entre derecho y justicia al separar la razón teórica y la razón práctica, es que consideran que la justicia es relativa -como lo son todos los valores-, pero terminan considerando absoluto lo que emana de la propia inmanencia de su pensamiento y, a partir de allí, su posición relativista. Ello se ve palmariamente en el texto de Hans Kelsen intitulado “*Qué es la justicia*” (2001). Allí el jurista austriaco habla de la relatividad de la justicia en estos términos: “El principio moral específico de una filosofía relativista de la justicia, es el de la tolerancia”. Más adelante, afirma que para él, la justicia es la de la paz, la democracia, la libertad y la tolerancia. Pero a su vez, afirma la no relatividad del valor de la tolerancia porque dice que “no se puede ser tolerante frente al violento”, es decir, en ese evento ya no hay relatividad y, por ende, la justicia pierde tal carácter dado que la tolerancia –para Kelsen- define la justicia.

5. Los derechos humanos y su fundamento

Con lo dicho, ya podemos acercarnos a una noción de “derechos humanos”, enraizada en la filosofía del derecho: se trata de aquellas cosas que le

pertenecen al ser humano, en cuanto humano. Allí, el título originante del derecho no es positivo: corresponde a un hecho de experiencia (Hervada, 2000) que puede ser captado por la inteligencia humana y que muestran al hombre como un ser tendencial: a la conservación y continuidad de su especie, a procrearse, a vivir en sociedad, así como a la verdad teórica y práctica. Esas tendencias son innegables, porque son evidentes. Vulnerar las cosas –los derechos- que se desprenden de esas inclinaciones naturales (derechos como la vida, la salud, la integridad personal, la familia, la educación, la no discriminación, etc.), es atentar contra el propio ser humano que es el fundamento del derecho. Por eso, con razón, la Corte Constitucional Colombiana ha llamado a estos derechos, en varios de sus fallos (por ejemplo en la sentencia C-225 de 1995), derechos “inalienables”.

Cuando se vulneran estos derechos, cuyo fundamento –repito- es la propia persona humana en su totalidad real, no se toman los derechos de las personas en serio, como lo reclama R. Dworkin (1997); ni se atiende a esa concepción analógica del derecho que reclama Kaufmann (2000), y que lo lleva a consagrar a la persona humana como la realidad radical del derecho; no se está frente a un derecho correcto, como el propugnado Robert Alexy (1998); y se deja de lado el aspecto material de la argumentación en el derecho, reclamada por Atienza (2000); en definitiva, es dejar de lado a la misma justicia que encuentra en el respeto por esos derechos humanos una de sus más palmarias manifestaciones.

La tendencia de muchos académicos en la actualidad, es a poner como fundamento de los derechos en general, y de los derechos humanos en particular, a la voluntad del hombre individual o colectivo. Y, entonces, sobre la base de falacias tales como que “quien está en vientre materno es un ser humano, pero no es persona”; o que, porque “los niños estén bien” –como se intitula la película llevada al cine-, criados por una pareja homosexual, la realidad de la familia como vínculo heterosexual por pura inclinación natural, cambió; entonces, digo, el hombre empieza a “inventarse” la realidad que más se acomode a sus caprichos: y la legislación y la jurisprudencia terminan puestas al servicio de dichos caprichos.

No es este el espacio para desarrollar el contenido de cada uno de esos derechos, y tampoco ha sido el objetivo propuesto para estas líneas. Sin embargo, quisiera referir brevemente a una maravillosa reflexión, que encontré en la revista *Dikaion* de la Universidad de la Sabana de Bogotá, en la que se aborda el tema de la dimensión jurídica de la vida humana, desde la perspectiva de un jurista (Horta, 1988). En su escrito, el autor muestra que la vida humana no es una realidad meramente biológica y que, por ello, todo hombre tiene la facultad de ser dueño de su existencia y de ir escribiendo su propia historia, lo cual constituye, en esencia, su realidad personal en cuanto ser inteligente y libre. Esto, que el filósofo Ortega y Gasset llama “vida biográfica”, es el elemento fundamental de la vida humana, porque le permite al hombre permanecer en la existencia de una manera distinta a la que permanecen los animales, que solamente tienen vida

biológica y son presa de la necesidad. Por eso, la vida como derecho, posibilita exigir al otro que con su accionar, no sólo no termine con la vida biológica, sino que trasciende dicho nivel, y da lugar a que se pueda reclamar el respeto por ese “poder ser dueño de sí y escribir la propia biografía”, sobre la base de una libertad auténticamente humana que, lejos de ser reducida a simple elección, es para la plenificación del ser humano. Ese derecho, es un derecho humano del más alto rango. Por eso, con sensatez y prudencia concluye el autor que el respeto por el derecho a la vida, implica el garantizar al hombre la realización efectiva de esa “capacidad que tiene para ser protagonista de su vida”, que es de naturaleza jurídica.

Como corolario de las ideas contenidas en estos párrafos, quisiera hacer énfasis en que la perspectiva teórica elegida, la del realismo, ayuda, no sólo ayuda a la fundamentación de los derechos humanos, sino también a su efectiva garantía y protección. En efecto, la realidad del ser humano, no relativizada, constituye un **verdadero límite** a cualquier acuerdo, pacto, contrato, decisión o acción administrativa, legislativa o judicial. Arthur Kaufmann, siguiendo a su maestro Gustav Radbruch, afirmó con similar espíritu: “tolerar no significa soportar ni aceptar a cualquier precio: no se puede tolerar la inhumanidad ni la antijuridicidad, como sucedió en el nacionalsocialismo” (Kaufmann 1999). En esta línea de pensamiento, tampoco se puede tolerar, por ser inhumano y antijurídico, el atentar contra la vida biológica o biográfica, ni contra la integridad personal de cualquier ser humano –incluido el que está por nacer-; o el atentar contra la

familia, bajo la falaz bandera de un pluralismo que tiende al igualar lo que no es igual, cuando, con ello, se está poniendo en riesgo la permanencia y continuidad de la especie humana, lo cual está muy acorde con los llamados, actualmente, “derechos de sexta generación”, que protegen a las futuras generaciones. No sobre repetirlo: la arrogancia del hombre lo está obnubilando de tal manera y en tal grado, que se cree capaz, incluso, de ir en contra del orden natural.

La protección de la vida y la integridad personal, el poder tener alimento, techo, vestido, familia, educación, etc., no son cuestiones que se queden solamente en el ámbito moral o filantrópico, o que dependan de la opinión antojadiza de algunos, sino que son derechos del más alto rango, cuya negación constituye verdaderos actos de injusticia que afectan la realidad misma del ser humano y, por ende, reclaman la intervención del jurista para que los haga valer y respetar. Que esto no es diletantismo, ni mera superchería, lo corroboran los mismos sistemas internacionales de protección de derechos humanos, con sus diversos órganos, en los cuales subyacen elementos comunes que dan cuenta de lo afirmado; asimismo, lo demuestra nuestra Constitución Nacional, norma de normas, cuando consagra que la dignidad humana es el pilar básico sobre el que se levanta nuestro Estado.

Para finalizar esta reflexión, vienen bien las palabras del Doctor Álvaro del Portillo, escritas en un artículo de la revista *seminarium*, en Italia: *“Il diritto stabilisce le sue regole e strutture partendo dall’ordine inerente alla persona, e non*

partendo dal disordine ontico che consciamo come lex fomitis (secondo la terminologia di San Tomaso)”, esto es, que las reglas y estructuras del derecho se establecen a partir del orden inherente a la persona, y no a partir del desorden óntico que conocemos –según la terminología de Santo Tomás- como “*lex fomitis*”. Se refiere el autor a la S.T. I-II, q. 91, art. 6, en donde el Aquinatense afirma: “Así pues, la misma inclinación de la sensualidad, que es lo que llamamos *fomes*, tiene ciertamente en los demás animales, distintos del hombre, razón de ley, en el sentido en que puede llamarse ley a la inclinación que sienten los animales. Pero en el hombre esta inclinación no tiene carácter de ley; al contrario es una desviación de la ley de la razón”.

REFERENCIAS

Alexy, R. (1998): Derecho y razón práctica. Fontamara, México, p. 49

Boaventura de Sousa (1998): La globalización del derecho, ILSA, Bogotá, p. 245.

Breton, S (1976): *Santo Tomás*, Edaf, Madrid, p. 11 y 15

Bubber, M (1969): *Yo y Tú*, Nueva Visión, Buenos Aires. Trad. Horacio Crespo.

De Zubiría Samper, S. (2008): El contexto internacional de los derechos humanos.

Diplomado en derechos humanos. Uso – Ecopetrol, Bogotá. P. 27-45

Del Portillo, A. Artículo que trata sobre las Relaciones entre el derecho y la moral.

En revista seminarium, Italia, N° 3, p.734

Dworkin, R. (1997): *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, p. 277

Gevaert, J (1987): *El problema del hombre*, Sígueme, Salamanca, p. 91-103

Guarín, E (2008): Sociedad de riesgo y necesidad de una fundamentación del derecho en la persona humana considerada metafísicamente. En IUSTA, N° 28, Universidad Santo Tomás, Bogotá.

Hart, H (1998): *El concepto de derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 144.

Hervada, J. (1988): Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico. En Dikaion, Universidad de la Sabana, Bogotá, p. 10

Hervada, J. (2000): *Introducción crítica al derecho natural*, Temis, Bogotá, p. 69

Horta Vásquez, E (1988): La propia persona como derecho y la dimensión jurídica de la vida humana. En Dikaion N° 2, Universidad de la Sabana, Bogotá, p. 46-50

Horta Vásquez, E (2009). Más derecho y menos “justicia”. En IUSTA, N° 31, Universidad Santo Tomás, Bogotá, p. 27

Kaufmann, A. (1999): *Filosofía del derecho*. U. Externado, Bogotá, p. 371 y 567

Kelsen, H. (1998): *Teoría pura del derecho*, edición de 1960, Porrúa, México, p. 205.

Kelsen, H. (2001): *¿Qué es la justicia?*, Ariel, Barcelona, p. 61 y 62

Mora, G (2005): Ciencia jurídica y arte del derecho. Universidad de la Sabana - Gustavo Ibáñez, Bogotá, p. 141

Zabalza, J. (1988): *El derecho, Tomás de Aquino y Latinoamérica*. Centro de enseñanza desescolarizada, Universidad Santo Tomás, Bogotá, p. 61