

Positivación y protección de los derechos humanos: aproximación colombiana

Luis Freddyur Tovar*

Resumen

Esta disertación tiene como finalidad estudiar los diferentes mecanismos jurídicos de protección de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior porque la doctrina es enfática en afirmar que, sin la existencia de instrumentos o dispositivos jurídicos de protección, los derechos humanos se convertirían en un discurso moral muy importante, pero semántico y de eficacia nula.

Palabras Claves

Derechos humanos, positivación de los derechos humanos, protección como derecho constitucional, protección como mecanismo constitucional.

Abstract

The aim of this article is to study different ways in which the Colombian legal system protects human rights. This is done because of the emphasis given by jurists to the idea that, without legal means to protect human rights, such rights would become a very important moral discourse, but restricted to semantics, without any enforcement.

Keywords

Human rights, Human rights passed into written laws, Protection as a constitutional right, Protection as a constitutional instrument.

* Abogado, Especialista en Gerencia Tributaria y Derecho Administrativo; Magíster en Estudios Políticos y candidato a Magíster en Filosofía; profesor de Derecho Constitucional y Coordinador del Área de Derecho Público de la Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali; profesor de Fundamentos de Derecho y Legislación de la Comunicación de la Universidad Autónoma de Occidente de Cali.

Introducción

Cualquier teoría sobre los derechos humanos y su protección jurídica tiene una fuente, de la cual emanan las facultades que constituyen la esencia de ambos: la vida. Sin vida humana no sería posible elaborar este discurso moral universal. En esta reflexión, la vida supera lo meramente biológico para trascender a esferas más elevadas que implican la presencia de un conjunto de condiciones culturales y materiales indispensables para ennoblecer su existencia; por ello, en el mundo globalizado de las sociedades altamente complejas de hoy, hablar de la vida por la vida carece de sentido, puesto que es un imperativo ético y de desarrollo cualificar esa experiencia vivencial, lo que implica que simultáneamente al estudio de los valores cuyo centro gravitacional es la vida, es indispensable tratar el núcleo duro de los derechos humanos: la dignidad humana.

La vida, entonces, es algo más que el hábito o pulsión de supervivencia; es un valor complejo que requiere a su vez de otros atributos que emergen de ella y engrandecen su ejercicio, pues, aunque es evidente que la naturaleza humana es de carácter finito, es decir, caracterizada por la agotabilidad, ello no es óbice para que tal fenómeno se disfrute satisfaciendo las exigencias existenciales de los tiempos actuales. Así pues, la vida se erige como la fuente y razón de ser de los derechos humanos y, como consecuencia lógica, puede afirmarse categóricamente que sin ella no vale la pena adjudicar derechos ya que, de procederse así, el discurso resultaría vacío de contenido.

¿Puede, entonces, proclamarse la existencia del *derecho a la vida*? Esta pregunta encierra un gran contrasentido filosófico, puesto que los derechos humanos, entre ellos la vida, se prescriben por y para seres humanos y, por ello, reclamables por éstos porque ya existen, y si existen es porque tienen vida; es decir, la expresión *derecho a la vida* equivale a enunciar una proposición verdadera en sí misma en su esencia conceptual y, por tanto, afirmar tal realidad como aspiración se convierte en una tautología, en un pleonasma, y su práctica se transforma en una falacia natural inversa y de petición de principio. La vida no es un derecho humano autónomo e independiente de los demás proclamados y reconocidos, sino que ella es el origen mismo, el tronco del cual nacen todos los derechos posibles. Un derecho humano existe porque hay vida y se reclama cuando se carece de él o porque está en riesgo su ejercicio; por ello, como la génesis de cualquier derecho, solo tiene sentido filosófico, jurídico y político reclamar la vida para el que no la tiene, como para el que está por nacer o por el que está a punto de

perderla a manos de un asaltante o del Estado, como un castigo impuesto por éste.

Por lo afirmado, ¿qué es lo que hay que reclamar respecto de la vida? Este interrogante sí tiene sentido en toda su dimensión, puesto que además de la protección a ella como el germen de cualquier derecho humano, lo que debe reclamarse para la vida son condiciones materiales, intelectuales y espirituales existenciales que engrandezcan su ejercicio; es decir, exigirse cualificadores que se conviertan en amplificadores de calidad de vida a la altura de los tiempos en estas sociedades complejas, lo que no es otra cosa que reclamar dignidad de vida.

La dignidad humana, por ello, se visualiza como el núcleo duro de los derechos humanos, como el gran amplificador de la existencia humana, e implica la existencia de una persona que se autorreconoce y es reconocida como autónoma, libre, racional y responsable (Kant, 1996). La dignidad, como atributo, impone que el titular supere la dependencia de las necesidades típicamente biológicas, rompa la minusvalía que genera la injerencia o intervención de otras personas y, finalmente, independice su existencia de la influencia ciega del mercado como externalidad cultural que hoy domina al género humano. Así entonces, el imperativo ético de hoy, público y privado, es propiciar los espacios de convivencia que posibiliten la existencia humana digna.

Ahora bien, como materialmente la vida implica el reconocimiento de la coexistencia de su antagonista, la muerte, ambos son, desde la perspectiva filosófica, jurídica y política, más que un simple hecho fenoménico y natural, y requieren de protección como consecuencia de su agotabilidad y de la dignidad humana (Papacchini, 2001: 37); entonces ¿quién debe proteger la vida, y cómo debe hacerlo, a pesar de su vulnerabilidad?

La obligación de protección de la vida corresponde a la organización jurídico-política macro, el Estado, por cuanto éste se crea por el grupo social como la solución a la necesidad de intervención en la convivencia colectiva en tareas que no pueden o no deben estar en manos de los particulares; por ello, en la cúspide del ordenamiento jurídico, la Constitución Política, se estableció que las autoridades públicas tienen el deber de velar por su protección, tal como se desprende del inciso segundo del artículo segundo de la Constitución colombiana. Esta es la razón por la cual se prohíbe categóricamente a las autoridades de la república, en especial al legislador, establecer la pena de muerte, tal como reza el artículo 11 de la misma obra; limitar la vida con desaparición, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículos 12,

17, 34 C. P.) y su deber de castigar a quienes la vulneren. A su vez, se le exige al Administrador Público que propenda hacia y disponga las condiciones existenciales meritorias de la existencia de un protagonista tan importante, mandato que encontramos en los artículos 366, 365, 350 y el primer inciso del artículo segundo de la Carta Política, que desarrollan plenamente las prescripciones del preámbulo constitucional.

No obstante lo anterior, si la vida va estrechamente unida a la dignidad y a la muerte misma, se torna necesario e indispensable pensar y afirmar que, así como el ser humano debe tener calidad de vida, igualmente debe aspirar a morir con nobleza, porque ambas son las caras de la misma moneda y no puede dissociarse su ejercicio, al margen de cualquier concepción religiosa sobre la vida y la muerte. En este sentido es donde adquiere especial importancia la discusión sobre el aborto y la eutanasia, aspectos vitales en el desarrollo de la vida cotidiana de una persona digna pero que, a pesar de su importancia y por no ser el tema de este ensayo, aquí no serán objeto de reflexión, aunque tales aspiraciones deban ser protegidas jurídicamente.

Crucial resulta, entonces, para el ejercicio de los derechos humanos, el reconocimiento y su protección; por tanto, el amparo jurídico de ellos está conformado por el conjunto normativo e institucional que no sólo los reconoce, sino que posibilita al titular del mismo acudir ante la autoridad pública encargada de su eficacia, para que ésta haga real el postulado consagrador y protector de derechos y, por ende, se convierta en garante de la efectividad del goce de tales atributos, ante la violación o amenaza de éstos por parte de las autoridades públicas o de los particulares.

Así las cosas, en esta disertación se analizará el proceso de consagración normativa de los derechos humanos y de su protección, que no es cosa distinta a visualizar la persona en los ordenamientos jurídicos, y la necesidad de la existencia de una autoridad que se encargue de velar porque dicha entronización sea realidad y porque se castiguen todas las faltas que contra las personas se comentan: el Juez. Para tal fin, se tratarán dos grandes bloques temáticos, divididos a su vez en otros dos aspectos: en la primera parte, a partir de un concepto de derechos humanos teorizaré sobre el proceso de positivación de ellos; y, en la segunda parte, estudiaré el marco positivo protector. Finalmente, y a manera de conclusión, reflexionaré sobre la eficacia de las autoridades colombianas encargadas de tan importante función protectora. Para cumplir mi cometido, el siguiente es el esquema de desarrollo:

1. Positivación de los derechos humanos

1.1. Concepto de derechos humanos y proceso de positivación

1.2. Resultado de la positivación de los derechos humanos

2. Marco positivo de protección de los derechos humanos

2.1. Protección interna: la Constitución Política

2.2. Protección internacional: los Tratados Internacionales sobre derechos humanos

3. Conclusión

1. Positivación de los derechos humanos

La positivación de los derechos humanos consiste en el ejercicio jurídico-político de consagrar esas potencialidades humanas en normas de carácter jurídico. Ahora bien, este proceso implica la consagración normativa de dos instituciones adicionales: los mecanismos protectores propiamente dichos, y la autoridad en cuya cabeza radica la tarea de defender, tanto preventiva como correctivamente, la eficacia del ejercicio de los derechos, así como también la efectividad del instituto amparador. Esta autoridad es el Juez, quien tiene la competencia para decir el Derecho cuando entran en conflicto dos personas por ejercer un derecho.

La positivación, entonces, contiene un doble sentido, teórico y práctico: desde la teoría, transforma los derechos humanos en derechos fundamentales (Alexy, 2002); dicho en otras palabras, el proceso de positivación de los derechos humanos convierte jurídicamente estos atributos en una categoría normativa nueva denominada derechos fundamentales, lo que permite, desde la práctica, reclamarlos y propiciar su protección efectiva, aunque en tal taxonomía no se encuentren todos los derechos que potencialmente tenemos sus titulares (Pérez Luño, 1998; Martín-Retortillo et al; 1992). De la perspectiva práctica deriva, entonces, la importancia del proceso institucional de positivación de los derechos.

1.1. Concepto de derechos humanos y proceso de positivación

La eficacia real de los derechos humanos requiere de un marco jurídico y normativo que posibilite su ejercicio, frente al Estado y los particulares, dado que empíricamente se observa que, para que un titular de derechos pueda materializarlos en convivencia social, es indispensable conocer ante quién reclamar su reconocimiento y protección; es decir, es necesario identificar la autoridad que consagra normativamente los derechos y define la *ratio iuris* de defensa de esa praxis ante las autoridades públicas y el grupo social en general, como quiera que estas son las personas que atentan contra, limitan o

conculcan la efectividad plena de tales facultades (Escobar, 2005). En tal sentido, es indispensable conceptualizar qué son los derechos humanos para así estudiar el proceso de positivación.

1.1.1. Concepto de derechos humanos. Al decir de Pérez Luño (1995: 48), los derechos humanos aparecen como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

De la anterior definición se deduce que los derechos humanos poseen estas características:

1. Son unas potencialidades, aptitudes o atributos inherentes, consustanciales a la persona; es decir, naturales a la condición humana.
2. También son una serie de instituciones vinculadas a ellos, es decir, creaciones humanas subjetivas que surgen del ejercicio de estos en relación con otros, sobre todo cuando tal actividad se establece como un entramado conflictivo entre personas o con el Estado, que los complementan y facilitan su disfrute y protección, aún en estas situaciones.
3. A la conceptualización de los derechos humanos le es innato un problema temporal, es decir, de tiempo, que en cada momento histórico los objetiviza, los particulariza.
4. Esas facultades e instituciones materializan las exigencias históricas de dignidad, libertad e igualdad, lo cual significa que los derechos humanos son valores morales, no meramente culturales, que reafirman y potencializan las condiciones existenciales vitales de la persona, cuyas manifestaciones se tornan insustituibles a ella, así sus expresiones cambien de matiz en el tiempo y en el espacio en que se analizan.
5. Este conjunto de potencialidades humanas requiere del reconocimiento normativo para su eficacia, el cual debe trascender las barreras territoriales internas de un Estado para adentrarse en el orbe mundial. Jurídicamente, entonces, lo que normativamente hoy es un derecho humano mañana puede no serlo, así como lo que ayer no fue motivo de descripción legal, como un derecho, hoy sí puede serlo. No obstante, la positivación de los derechos, es decir, su reconocimiento normativo, no es el elemento crucial o agónico para determinar si dicha aptitud o atributo en sí es un derecho humano o no, porque la

- categorización obedece a razones morales y de dignidad de la vida humana.
6. Con el reconocimiento jurídico deben coexistir unos mecanismos de protección y un conjunto de autoridades públicas que velen por su eficacia.
 7. Son universales, es decir, pertenecientes a todos los integrantes del género humano. Esta universalidad de los derechos humanos significa, en otras palabras, que la persona humana tiene una pretensión de universalización jurídica (González A., 2004).
 8. Son absolutos, es decir, su peso, importancia o jerarquía no obedece a razones jurídicas, políticas, económicas o sociales, sino que ello depende de la condición humana en sí, y, por tanto, no pueden ser negados totalmente, aunque sí limitados (González A., 2004). El desconocimiento de un derecho humano es una afrenta a la humanidad, una arbitrariedad que debe ser castigada, porque ello equivale a la negación absoluta de la persona en sí y su dignidad, lo cual es inadmisibile.
 9. Son inalienables, es decir, que no pueden ser objeto de transacción bajo ninguna circunstancia (González A., 2004), porque de aceptarse se reconocería la desigualdad moral y jurídica entre seres humanos.

1.1.2. Positivación de los derechos humanos. El proceso de positivación de los derechos humanos, es decir, su consagración conceptual y materialización específica en el ordenamiento jurídico, o sea, la descripción normativa de qué comportamiento humano es un derecho en un texto legal que permita su ejercicio y posibilite su castigo en caso de violación, puede observarse desde dos perspectivas diferentes: una significa que el problema consiste en el tratamiento que se le ha dado al tema, es decir, al aspecto doctrinal de los derechos humanos. De otra parte, la segunda alternativa afirma que el proceso equivale al marco institucional, técnico-jurídico, posición que nos genera el problema de la definición prescriptiva de los derechos a través de los procedimientos formales de la expedición de la norma jurídica que los consagra.

Desde el primer enfoque, el problema de la positivación de los derechos humanos consiste en la fundamentación axiológica de los mismos, lo que nos conduce a afirmar que existen derechos inherentes a la condición humana que no pueden ser objeto de concesión alguna, aspecto bastante difícil y complejo. Por el contrario, desde la perspectiva formal, el proceso implica una descripción de ellos desde la dimensión técnica jurídica-política del problema, lo que es menos complejo y problemático.

No obstante lo anterior, observemos las posiciones doctrinales sobre la positivación de los derechos humanos de manera integral, es decir, desde las dos perspectivas señaladas, y desde una tercera que pretende obviar la controversia dialéctica de exclusión que conllevan las dos alternativas presentadas.

1.1.2.1. Visión iusnaturalista. Bajo el manto de iusnaturalismo se han agrupado diversas tendencias filosófico-históricas, contradictorias a veces, que afirman la existencia de un orden natural anterior al Estado. Desde la óptica de los derechos humanos, tal ideología es categórica en aseverar que estos son anteriores a la organización política, constitutivos de la condición humana e inherente a ella y, por tanto, que el Estado sólo tiene el deber de reconocerlos. Para el iusnaturalismo, entonces, el proceso de positivación de los derechos humanos sólo es declarativo, formal, por cuanto lo constitutivo viene dado por la condición natural de la persona humana (Finnis, 2000; Fichte, 1994).

La paradoja del iusnaturalismo, respecto del proceso de positivación de los derechos humanos, consiste en que debe aceptar que en el momento actual de desarrollo social, tecnológico e industrial, de alta complejidad en las relaciones interpersonales e institucionales, es necesaria la ley positiva racional, escrita e impuesta por el legislador estatal que describe y consagra los derechos, para que estos adquieran el grado de eficacia jurídica que pretende alcanzar por sí sola la concepción iusnaturalista.

1.1.2.2. Perspectiva iuspositivista. Absolutamente contrario a lo anterior es el postulado positivista, el cual se fundamenta en la existencia de normas jurídicamente impuestas, formalmente expedidas por el Estado y constitutivas de la realidad social. Cualquiera creencia en la existencia de normas objetivamente válidas anteriores a su existencia es considerada como inaceptable y producto de una posición metafísica, que riñe con la realidad (Bobbio, 1998).

Para esta visión del problema, los derechos humanos se conciben como entidades reales en la medida en que se encuentren en un estatuto normativo y, por tanto, constitutivo de ellos, creador de los mismos, aspecto negado rotundamente por los iusnaturalistas.

No obstante lo anterior, la paradoja del positivismo respecto del proceso de positivación de los derechos humanos consiste en que, para tal efecto, deben partir de una realidad natural, consustancial a la persona humana que reconoce, y ello constituye, en efecto, el fundamento de legitimidad, ya que la prescripción que consagra los derechos humanos sólo contiene los

presupuestos fácticos y normativos de validez para la eficacia jurídica de los mismos.

1.1.2.3. Tesis realista. Los realistas, un grupo de analistas del tema, pretenden zanjar la anterior disputa dicotómica situando el problema de los derechos humanos en el plano de la política, a fin de expresar que el núcleo de la positivación radica en la gestión gubernamental que hace real o imposible la materialización de los derechos (Pérez Luño, 1995: 59-62).

Para los realistas el problema de la positivación de los derechos humanos, entonces, no es únicamente declarativo, como lo afirman los iusnaturalistas, ni tampoco exclusivamente constitutivo, como lo expresan los iuspositivistas. El quid del asunto radica en las relaciones intersubjetivas que requiere de la integración de ambas visiones, y esto se reduce a un problema de ejercicio del poder político que, en últimas, es el que determina la orientación del tema, su consagración, eficacia y protección, a través de normas imperativas, aunque la legitimidad, validez y eficacia intrínseca de los derechos no dependa exclusivamente de tales decisiones.

Lo más grave de esta postura es la relativización que se hace de la persona humana y su dignidad en el altar del realismo político y económico (Aymerich, 2001: 236-332).

1.2. Resultado de la positivación de los derechos humanos

La doctrina estudia los derechos humanos sincrónica y diacrónicamente. Sincrónicamente, entiende los derechos como el resultado de observar esa realidad social en un momento histórico en concreto y así sucesivamente. Diacrónicamente, a través del tiempo, los ha definido como el resultado de una permanente lucha por el reconocimiento de tales facultades. En ambos casos los derechos requieren de un marco jurídico nacional e internacional que defina el parámetro de medida, alcance y protección de los mismos (Peces-Barba et al, 2001).

Desde la perspectiva sincrónica, la positivación de los derechos implica el reconocimiento de lo que la doctrina ha llamado *generación de derechos*, y por ello encontramos textos normativos que consagran *derechos de primera generación* o derechos individuales y políticos (1789: siglo XVIII); *derechos de segunda generación* o derechos económicos y sociales (1916-1919: siglo XX); *derechos de tercera generación* o derechos culturales, al medio ambiente y a la paz (1948: siglo XX) (Pacacchini, 1994).

No obstante lo anterior, desde la década de 1980 se viene hablando de derechos de *cuarta generación*, entendiéndose por estos los derechos que surgen del avance de la tecnología aplicada a la vida, en aras del mejoramiento de su calidad; esto es, la técnica al servicio de la vida, o derechos de la bioética: clonación, cultivo de células madre, cultivos transgénicos, etc.

Con todo, básicamente a partir del año 2000 se viene discutiendo en Europa sobre *los nuevos derechos*, o *derechos de solidaridad*, provenientes de un movimiento emergente en los Estados del primer mundo que reconocen que ellos se encuentran en esa posición privilegiada de desarrollo por el abuso y explotación que hicieron de la población y las riquezas en los territorios que colonizaron durante los siglos XVI, XVII y XVIII. Estos derechos implican que los Estados desarrollados tienen un deber moral, económico y de solidaridad con el resto de los Estados que explotaron y, por tanto, con tal concepción pretenden solucionar esa injusticia histórica social cometida. Son una categoría de derechos, entonces, supraindividuales.

Diacrónicamente la positivación y su marco institucional se refieren a la búsqueda y protección histórica que ha acompañado a la humanidad en su largo proceso de evolución y desarrollo por la libertad.

La positivación, entonces, implica elevar a norma jurídica las facultades innatas de la persona, como valores de convivencia dentro de un orden, a fin de lograr entidad jurídica ante el Estado de Derecho; además, el proceso implica establecer unos mecanismos que protejan y castiguen su violación. Con todo, y como quiera que la simple consagración normativa no es suficiente para lograr la real materialización de tales aspiraciones, es indispensable estatuir la competencia de las autoridades encargadas de lograr, a través del establecimiento de procedimientos que faciliten su ejercicio, la plena efectividad de los instrumentos diseñados (Peces-Barba, 1999).

1.2.1. Marco jurídico positivo interno. El marco jurídico normativo interno, resultado del proceso de positivación de los derechos humanos, se refiere al problema de su consagración constitucional (López, 1991). La Constitución Política, documento fundacional de un orden jurídico-político de convivencia que se materializa en la organización llamada Estado, se constituye en el proyecto de vida social, político, económico y jurídico de largo alcance de una comunidad, que consagra en ella el conjunto de principios y valores de sociabilidad que, a su vez, son el sueño futuro de la población (Cruz, 2005). Dentro de ella se encuentra, entonces, el tratamiento que la organización jurídico-política le da a la persona, bajo la definición de los derechos humanos,

y que se pretende desarrollar y materializar como los imperativos de justicia y éticos de socialización (Häberle, 2000).

Por lo anterior, la Constitución es el texto axiológico-normativo que consagra el orden justo macro de convivencia querido por la población y es el texto ideal de la positivación de los derechos humanos. Ahora bien, como quiera que toda Constitución se materializa y desarrolla a través de la ley, dentro del conjunto normativo la principal ley protectora de derechos humanos es la ley penal.

1.2.2. Marco jurídico positivo internacional. El aspecto de la positivación internacional de los derechos humanos se refiere a la concepción jurídica que de ellos se tiene en la sociedad de naciones. Este problema ha sido canalizado a través de la Organización de Naciones Unidas (ONU), que ha liderado la situación, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, de cuyas consecuencias la humanidad adquirió la conciencia de la necesidad de protección de unas facultades inherentes a la persona, en todo tiempo y lugar y con pretensión de universalidad, a fin de evitar su exterminio.

Así entonces, este marco normativo se logra a través de la suscripción de Tratados o Convenios Internacionales sobre derechos humanos, con la obligatoriedad de respetarlos y asumirlos como propios en la normatividad interna de cada Estado parte. Hoy esta orientación ha adquirido una relevancia muy grande y se encuentran vigentes Tratados y Convenios Internacionales sobre derechos humanos que, puede afirmarse, han vulnerado la soberanía interna de los Estados (Peces-Barba et al, 1987).

2. Marco positivo de protección de los derechos humanos

El marco jurídico de protección de los derechos humanos, elemento central, nuclear de la positivación de los derechos, que posibilita su ejercicio en un Estado de Derecho maduro, inmerso en la sociedad de naciones, se convierte en el aspecto de control y protección más importante frente a las distintas manifestaciones de poder de las autoridades en un Estado, en todas sus instancias, públicas o privadas. De esta afirmación surge el concepto de *poder positivo de los derechos humanos* (Peces-Barba, 1999), que funge como teoría jurídica en vías de consolidarse como disciplina autónoma y prescriptiva, de obligatorio cumplimiento universal, bajo la denominación de *Derecho Positivo Internacional de los derechos humanos*.

Esta nueva rama jurídica requiere, como las demás, del ejercicio jurisdiccional para que la norma adquiera vida y no se quede en el papel como un simple postulado semántico.

2.1. Protección interna: la Constitución Política

Se expresó líneas arriba que el resultado del proceso de positivación nacional para la protección de los derechos humanos se materializa en la Constitución Política de cada Estado. No obstante lo anterior, este aspecto adquiere una doble interpretación: si la protección actúa como un *derecho constitucional*, o si lo hace como un *mecanismo constitucional* (Cepeda, 1993).

Si se presenta lo primero, es decir, *la protección como un derecho constitucional*, se afirma que la Constitución deberá aplicarse de manera directa e inmediata en aras de su autoprotección y de su eficacia, sin que medie recurso o institución alguna. Desde esta perspectiva la Constitución se torna superior y suprema en el ordenamiento jurídico interno, fuente originaria del Derecho y norma general de reconocimiento social, y, por tanto, toda la actividad estatal, pública o privada, girará en torno a la Constitución (Carbonell, 2006; Carbonell, 2007), lo que ha dado lugar a la aparición del Estado Constitucional y su consecuente constitucionalización de la vida diaria (Häberle, 2007).

Si se presenta lo segundo, es decir, *la protección como un mecanismo constitucional*, equivale a expresar que lo consagrado en el texto constitucional requiere de instrumentos adicionales para la real eficacia de la protección de los derechos y, por tanto, el proyecto justo de convivencia se protege mediatamente, no de manera directa.

En este contexto, la distinción de la protección de los derechos humanos como *derecho* y como *mecanismo* es que el *derecho* es la aptitud personal para poner en marcha el aparato jurisdiccional del Estado en procura de la defensa macro del proyecto de vida consagrado en el orden constitucional, y, por tanto, su eficacia redundará en beneficio colectivo y particular, en mejoramiento de condiciones existenciales de vida; en otras palabras, aquí se pretende materializar y defender lo justo del proyecto macro de convivencia social. De otro lado, el *mecanismo* se constituye como un instrumento posterior, secundario, es decir, como una acción o potestad que puede ser incoada por sí mismo o por interpuesta persona, en procura de la protección personalísima de un derecho frente a una violación; se propone, entonces, encontrar lo justo en una relación interpersonal conflictual.

La Constitución colombiana de 1991 contiene una rica y extensa Carta de derechos y asimismo consagra su protección, desde estas dos perspectivas: como *derecho* y como *mecanismo constitucional*. En efecto, podemos observar que a lo largo de su extenso articulado se encuentran diseminados derechos humanos y su protección, aunque el texto literalmente agrupa a partir del artículo 11 hasta el 82 los derechos de la persona y, del artículo 83 hasta el 94, los mecanismos de defensa o protección a los mismos (Cepeda, 1992).

Antes de analizar cada uno de los acápites descritos, se impone una aclaración: como quiera que la Carta constitucional colombiana de 1991 fue el fruto del trabajo de la Asamblea Nacional Constituyente, integrada por un grupo de personas bastante diferenciadas ideológicamente, y que en ella se definió la república de Colombia como un Estado social de Derecho¹ (artículo 1° C. P.), aquélla se redactó con fundamento en tres grandes corrientes filosóficas: la liberal, la social y la de derecho natural. La consagración liberal de los derechos y su protección hace relación a la garantía de amparo de la inviolabilidad del individuo, de la libertad, de la propiedad privada y del mercado a través de la ley. Desde el punto de vista social, la descripción de los derechos y su protección se refieren a la salvaguarda del grupo social o colectividad, la igualdad, la propiedad colectiva y la justicia. Finalmente, desde la perspectiva de derecho natural la atribución de derechos y de su defensa implica el reconocimiento de la dignidad humana como atributo nuclear y facultad inherente al ser humano, principio y fin de la organización jurídico-política y de la convivencia social. Por lo anterior, encontraremos protección guiada por cada visión, según el titular del derecho a tutelar.

2.1.1. La protección como un *Derecho Constitucional*. En este sentido, entender la protección a los derechos humanos como un *derecho constitucional* implica comprender y asimilar el texto constitucional como el núcleo y la cúspide del ordenamiento jurídico y, por ello, entender que la Constitución es superior a toda la normatividad interna del Estado y que su supremacía no tiene duda alguna; es, en últimas, el reconocimiento expreso de la protección de lo que es el Estado Constitucional en la modernidad madura, que gira en torno a un concepto de justicia social como orden justo y como pretensión teleológica de la convivencia constitucionalmente consagrada.

¹ El concepto de Estado Social de Derecho surge en la segunda República de Weimar en 1919, como reacción a la crisis del Estado de Derecho y del Estado Social que se visualizó en ese momento histórico. Por tanto, la fórmula en sí encierra la síntesis dialéctica de dos realidades sociales diferentes: el Estado de Derecho, típicamente liberal, y el Estado social, predominantemente comunitarista; por ello, su práctica es totalmente conflictiva, puesto que pretende enlazar en una sola realidad dos fenómenos diversos que filosófica, política, jurídica y económicamente se enfrentan entre sí en un conflicto permanente (Requejo, 1991).

De una lectura serena y objetiva del texto constitucional colombiano, se deducen las siguientes instituciones normativas de protección, como *derecho constitucional* de protección de los derechos humanos.

2.1.1.1. Prevalencia del Derecho Sustancial. El derecho constitucional de protección de derechos que puede catalogarse como el más importante es el consagrado en el artículo 228 constitucional. En efecto, cuando esta norma nos habla de la prevalencia del derecho sustancial nos está diciendo que lo esencial, lo constitutivo del Derecho, es lo justo del proyecto axiológico-normativo de convivencia social y que ello es lo que debe prevalecer sobre lo legal, formal o procedimental.

Esta afirmación constitucional, desarrollo del presupuesto axiológico del preámbulo (marco jurídico como orden justo), hace que el Derecho en Colombia se aproxime a las interpretaciones sustancialistas en desmedro de las formalistas, toda vez que éstas sacrificaron la justicia por las formas legales, en tanto aquéllas propenden por la permanencia y prevalencia de la justicia desde el núcleo de las relaciones sociales, por encima de las formalidades externas; hacia este horizonte debe orientarse el ejercicio del Derecho en Colombia, cuando de dirimir una situación interpersonal se trata, bien sea a través de autoridades públicas o privadas. Esta institución es de derecho natural.

2.1.1.2. Guarda e Integridad de la Constitución o Acción Pública de Constitucionalidad. Esta institución constitucional es la que defiende la integridad y guarda de la Constitución y, por ende, del proyecto macro de vida en ella consagrado.

La acción pública de constitucionalidad se define en los artículos 241 y 242 de la C. P. como la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda enervar ante la Corte Constitucional los efectos de una ley, por considerar que ella atenta contra la Constitución o el conjunto axiológico allí descrito. Cuando se discute el valor (contenido material: justicia como orden justo) o la validez (aspecto formal, procedimental) de una ley, se está cuestionando el ejercicio del poder político para hacer leyes a través de las cuales se regule el comportamiento de una sociedad. De allí que esta acción sea tan importante.

Como quiera que la acción carece de titular específico para su desarrollo, que no pretende un interés particular concreto, y que el procedimiento utilizado no traba controversia interpersonal, los efectos son *erga omnes*, es decir,

generales para todos; por tanto, de prosperar la acción, la ley acusada será excluida del ordenamiento jurídico.

Lo anterior significa que este derecho encierra, más que una protección de derechos en general frente a la manifestación del poder coercitivo del Estado materializado en la potestad de hacer leyes, una verdadera protección del proyecto de vida macro consagrado en el texto constitucional y, por ello, de lo justo en él contenido. Este derecho es de raigambre natural.

2.1.1.3. Supremacía Constitucional o Excepción de Constitucionalidad. El derecho constitucional de defensa de los derechos humanos, cuando su ejercicio se encuentra trabado en un juicio, llamado *excepción de constitucionalidad*, consagrado en el artículo 4° del texto colombiano, consiste en que cualquier juez y autoridad, pública o privada, de oficio o a petición de parte, debe abstenerse de aplicar una ley u otra norma jurídica que pueda ocasionar un perjuicio o agravio injusto al derecho en concreto de la persona cuestionada en juicio, es decir, cuando ésta se encuentra vinculada a un proceso valorativo de responsabilidad que debe resolver un tercero.

Opera, como se dijo, cuando una persona se encuentra trabada en una controversia jurídica y, por tanto, sus efectos son *inter partes*, es decir, únicamente entre las personas involucradas en el juicio, como quiera que protege un derecho personalísimo inmerso en un proceso, judicial o administrativo, sin interesar que la contraparte sea el Estado o un particular y, por ello, la ley inaplicada continúa vigente en el ordenamiento jurídico. Es, entonces, una entidad normativa de protección de origen de derecho natural. Esta institución constitucional es la que consagra la típica *supremacía constitucional*, elemento vital del Estado de Derecho contemporáneo transformado en Estado Constitucional.

Los anteriores derechos constitucionales de defensa de los derechos humanos descritos tienden a proteger lo justo del proyecto axiológico macro de convivencia consagrado en la Constitución y fungen, por tanto, como garantes supremos de la existencia del orden justo establecido.

2.1.1.4. Reserva Constitucional de los derechos humanos en los estados de excepción. Los textos constitucionales se expiden para el futuro y, por regla general, para proyectar el plan de vida y de desarrollo en situaciones de normalidad. Sin embargo, existen momentos de la vida institucional y social que no son de normalidad sino de anormalidad. Para esas situaciones, entonces, es menester establecer una especie de *Constitución de Anormalidad*, en la cual se define, por parte del constituyente y a favor del Administrador

General del Estado (Jefe del Estado, es decir, Presidente de la República), el ejercicio de unas atribuciones que pueden suspender temporalmente la eficacia, no la vigencia, de apartes de la Constitución o leyes incompatibles con la anormalidad, con el único fin de restablecer la normalidad perdida.

La excepcionalidad es un derecho de la organización jurídico-política llamada Estado para preservar el proyecto de vida institucional de los ataques que provienen de los Estados vecinos, de los agentes institucionales propios, del pueblo o de circunstancias ajenas al devenir institucional normal. Esta excepcionalidad constitucional se encuentra consagrada en los artículos 212, 213 y 215 del texto colombiano.

En estos eventos, el mismo constituyente ha establecido unas reservas constitucionales a favor de los derechos humanos que garantizan su protección y que fungen como talanqueras a la tentación autoritaria del gobernante que utiliza tales prerrogativas constitucionales excepcionales, preservando así el núcleo fuerte de las libertades y demás derechos reconocidos (De Bartolomé Cenzano, 2002).

Esta reserva constitucional se convierte, entonces, en un derecho constitucional de protección genérica y a la vez concreta de los derechos humanos (Art. 214, ord. 3º. C. P.). Con este instrumento constitucional se pretende conservar incólumes los presupuestos normativos básicos del Estado de Derecho, las garantías liberales de los derechos y los derechos sociales más caros del pueblo colombiano, y es de origen liberal.

2.1.1.5. Debido Proceso. Este derecho constitucional de protección es el que nos dice que no puede haber actuación judicial o administrativa por fuera de los parámetros naturales de la justicia en la defensa de una persona, frente a las instituciones, públicas o privadas, creadas para solventar el desarrollo social, cuando se controvierta la responsabilidad de aquélla frente a estas.

El debido proceso consagrado en el artículo 29 de la C. P. no es un conjunto frío de reglas o procedimientos sino que conlleva un concepto más amplio, más profundo, e involucra toda una serie de actividades previas, concomitantes y subsiguientes al acto de defensa dentro del cual puede cuestionarse la eficacia o materialización de un derecho humano individualizado cuando entra en conflicto con el de otra persona o con el Estado.

Hacen parte del debido proceso los siguientes aspectos (Cepeda, 1993):

1. La irretroactividad de la ley, entendida como la imposibilidad de que la ley de hoy se aplique a casos sucedidos ayer, salvo cuando sea favorable en lo penal y laboral.
2. Que, cuando se trate de asuntos criminales, el arresto o detención sea determinado por un Juez de la República, y dentro de los términos legales establecidos para tal fin.
3. Que el juicio o trámite administrativo sea imparcial, es decir, sin que prospere la voluntariedad del juez o administrador, sino que las etapas procedimentales se ajusten a lo establecido por la ley.
4. Que el juzgamiento no se dilate injustificadamente.
5. Que al involucrado en la controversia se le reconozca su inocencia, hasta el último momento.
6. Que el judicializado goce de la prerrogativa o reserva de no autoincriminación, y del privilegio de no estar obligado a dar testimonio en contra de sus parientes más cercanos (artículo 33 ibídem).
7. Que no se hagan efectivas como válidas las pruebas recaudadas ilícitamente.
8. Que al judicializado no se le condene a penas crueles, inhumanas o degradantes (artículos 17 y 34 ibídem).
9. Que el judicializado pueda apelar la decisión, a fin de que un superior funcional revise la actuación del inferior (artículo 31 de la C. P.).
10. Que el judicializado no se le someta a juzgamiento dos veces por el mismo hecho.
11. Que el judicializado pueda ejercer la defensa técnica de manera efectiva.

Ahora bien, en el imaginario colectivo cotidiano, es decir, no especializado, se considera que el debido proceso y los aspectos anteriormente referidos son aplicables únicamente a los casos penales o criminales, cuando la verdad es que todo ello es absolutamente viable y obligatorio en cualquier litigio, público o privado, en razón de que el debido proceso es una prerrogativa protectora de origen natural que pretende lo justo en juicio, al proteger dos valores esenciales del ser humano: 1. la inviolabilidad personal, a pesar de verse involucrado en una controversia jurídica; y 2. la defensa real de la persona ante una acusación.

2.1.1.6. Derecho de Rebelión. Desde la más remota antigüedad, una parte de la población ha protestado hasta sus últimas consecuencias frente a los malos gobiernos. La rebelión, por tanto, ha estado presente en el desarrollo institucional de los pueblos, hasta el punto que Santo Tomás de Aquino (1998) le diera a este derecho un fundamento filosófico-teológico.

La rebelión, por tanto, goza de reserva constitucional y se conserva como un derecho constitucional de protección a tal actividad. Preserva, por tanto, la integridad personal (vida y libertad), el disenso político, la objeción de conciencia y la desobediencia civil, cuando se las persigue. Es típicamente de derecho natural, promueve la generación de una cultura de convivencia pluralista en una sociedad en particular y se constituye en un deber de los Estados cuando se lo solicita. Esto es, ni más ni menos, lo que consagra el artículo 36 constitucional.

2.1.1.7. Acción de Tutela. En el texto constitucional colombiano de 1991 se consagró una acción que puede considerarse como el derecho constitucional práctico de protección por excelencia de los derechos consagrados en ella: la acción de tutela. En efecto, la acción de tutela opera como el garante constitucional directo de defensa de los derechos humanos individuales y de protección que coadyuva a la eficacia de otros mecanismos de protección, según reza el artículo 86 de la C. P., y la institución constitucional más expedita de aplicación directa de la Constitución.

De la acción de tutela podemos describir los siguientes elementos:

1. Aplicación directa e inmediata de la Constitución.
2. Mecanismo de protección de los derechos individuales.
3. Utilizable por cualquier persona, sin distinciones de ninguna naturaleza, por sí o mediante representación.
4. Puede presentarse la solicitud ante cualquier juez, y en cualquier tiempo y lugar.
5. Su procedimiento no requiere formalidad alguna, por lo que puede iniciarse la acción, aun en forma verbal o por comunicación telegráfica o virtual.
6. Procedimiento judicial sumario, es decir, sin acudir a formas procedimentales especiales.
7. Estudio preferencial, o sea que su resolución es prioritaria sobre cualquier otra actividad judicial, salvo el trámite del hábeas corpus.
8. La decisión es de aplicación inmediata, así se haya recurrido el fallo ante el superior funcional de quien lo profirió.
9. Procede por la violación o el peligro de violación de un derecho.
10. Es de carácter residual, es decir, opera cuando no existe otra actuación judicial de protección.
11. No obstante lo anterior, puede utilizarse como mecanismo transitorio, a pesar de tener otro mecanismo judicial de defensa, a fin de evitar el perjuicio irremediable.

12. También es aplicable cuando los particulares violen o atenten contra un derecho individual de quien se encuentre en inferioridad manifiesta respecto de aquellos.
13. Por conexidad, puede utilizarse para defender derechos sociales.

Con la acción de tutela se pueden proteger, además de los derechos individuales, otros institutos constitucionales protectores como el debido proceso, el hábeas data y el derecho de petición. Es un mecanismo de protección típicamente liberal.

2.1.1.8. Bloque de Constitucionalidad. No por describirse de última, esta institución es menos importante que las anteriores. El *Bloque de Constitucionalidad* constituye el núcleo duro de la protección de los derechos humanos en el texto político, y es el derecho constitucional de protección más dinámico y abierto que existe, porque se convierte en un amplificador, tanto de los derechos como de los mecanismos de protección, dado que consagra como reales hoy los que en el futuro pueden ser derechos positivados, aun sin que estén descritos normativamente. Esto es lo que nos dicen el preámbulo y los artículos 93 y 94 de la Carta.

Ahora bien, la consagración constitucional de los derechos humanos como su protección pudiera ser una limitante al ejercicio reformador del Congreso de la República a la Constitución, al tenor del artículo 377 de la misma. Sin embargo, como lo dijo Lassalle (1984), el pueblo, que es poder supremo, es el más inorgánico, y, por ello, es manipulado y se burlan de él. No obstante, la Corte Constitucional en ejercicio de su competencia guardiana y protectora de la integridad de la Constitución ha sentado doctrina al respecto², y afirmado que las cláusulas que constituyen dicho Bloque son intangibles para el legislador en su actividad reformativa del texto.

Hace falta, pues, más cultura al respecto, a fin de lograr desarrollar el talante ético de convivencia social: eficacia real de los derechos humanos (Nino, 1989), que no son otra cosa que el nuevo concepto de justicia (Fernández, 1987). Esta institución es de derecho natural.

2.1.2. La protección como *Mecanismo Constitucional*. Como *mecanismos constitucionales*, en el texto colombiano de 1991 aparecen las siguientes instituciones, consideradas genéricamente como acciones, es decir, como

² Es amplia la doctrina de la Corte Constitucional sobre el llamado Bloque de Constitucionalidad. A título de ejemplo, pueden verse las siguientes sentencias: C-225/95, C-423/95, C-578/95, C-191/98, C-708/99, C-1490/00, C-774/01 y C-200/02, entre otras.

aptitudes para ser sujeto u objeto de un mecanismo de protección personal de derechos.

2.1.2.1. Hábeas corpus. Esta institución es muy antigua y tiene su origen en el siglo XVI, cuando se estableció que nadie podría perder su libertad sino mediante orden judicial. El artículo 30 de nuestro texto nos recrea con su garantía, al establecer que, quien sea capturado, a más tardar dentro de las 36 horas siguientes deberá ponerse a disposición de la autoridad competente para que le defina su situación jurídica dentro de las subsiguientes 36 horas.

El hábeas corpus³, por tanto, es una garantía de la libertad y, por ello, un mecanismo de defensa típicamente liberal e individualísimo. Su ejercicio puede darse por sí mismo (el capturado) o por interpuesta persona, ante cualquier juez de la república, quien debe resolver el amparo dentro de las 36 horas siguientes a su conocimiento.

2.1.2.2. Hábeas data⁴. Esta garantía constitucional se refiere a la protección y respeto del derecho a la *autodeterminación informativa* que contiene la intimidad e idoneidad personal que surge de la información suministrada por ésta, según se deduce de lo consagrado en el artículo 15 de la Carta Política. En efecto, el constituyente definió la protección de la intimidad de la persona, cuando ella es fuente de información personalísima y cuando esa información se encuentra en los llamados *bancos de datos*, públicos o privados.

El auge de la información y el afán privatizador han hecho de la información personal el *patrimonio comercial de entidades privadas*, encargadas, por virtud de la práctica mercantil y de la ley, de dar fe de la idoneidad comercial de las personas. Tales empresas explotan este valioso recurso personal y, en ejercicio de tal actividad, usan y abusan de esa información, causando perjuicio al desarrollo de la personalidad, pues convirtieron a la persona en reo sin juicio previo, sin derecho a la defensa y condenado con el ostracismo de la vida financiera, por el error de no haber cancelado a tiempo una deuda.

En Colombia no es sino mirar lo que sucede con la información individualizada recaudada en Datacrédito, por ejemplo, para concluir que el deseo de no permanencia de datos personales en esa central de información, así la persona haya dado su consentimiento y quiera retirarlos o actualizarlos directamente, constituye aspiraciones frustradas, convirtiéndose el

³ *Hábeas corpus* es una voz latina que significa “he aquí mi cuerpo”.

⁴ *Hábeas data* es una voz latina que significa “he aquí mis datos”, “he aquí mi información”.

comportamiento del banco de datos en una afrenta personal a la dignidad e intimidad⁵.

El Estado, por su parte, acumula información específica e individualísima de la persona en centrales como el DAS, el DANE, las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, la DIAN, entre otras, que ante el espíritu autoritario de los gobernantes puede convertirse en lesiva a los intereses de los particulares. El ingrato recuerdo de la reforma constitucional de 2003 del presidente Uribe, que la centró en cuatro artículos del texto constitucional, incluido éste (24, 28 y 250), y que le servía de fundamento constitucional como la columna vertebral para su famoso *Estatuto Antiterrorista* y soporte de las Zonas Especializadas de Concertación y Rehabilitación, es una muestra clara de que, cuando el gobernante opta por la actitud autoritaria, acude a la invasión de la privacidad individual a través de la información recaudada en tales bancos de datos.

Con todo, es un hecho en el mundo de hoy el auge que ha tomado la acumulación de datos personales en esos bancos. No es sino observar lo que sucede en la Internet cuando se recauda información, bajo las más sofisticadas maneras, y el usuario desconoce el uso efectivo de la misma. El hábeas data es de origen de derecho natural, porque encierra el derecho innato a la comunicación y a la rectificación personal.

2.1.2.3. Acción de Petición. Este mecanismo busca la protección del derecho a obtener información de cualquier autoridad, pública o privada, tanto en interés particular como en interés general. Por tanto, este instrumento se torna crucial para proteger la posibilidad de acceso a información que no está al alcance de todos y que es vital para un fin específico.

No obstante lo anterior, el texto constitucional consagra esta acción como un derecho, de lo cual, si bien es cierto que no es impropio, también es evidente que el mecanismo protector debe ser la *acción de petición*, la cual debe tener personería propia. En efecto, el artículo 23 consagra el llamado *derecho de petición* y, de paso, la necesidad de protección del mismo. Esta protección sólo puede ser efectiva a través de una *acción*, cuya finalidad es la preservación del núcleo duro del derecho, que no es otro que la satisfacción de la necesidad de obtener una información, y esto sólo se puede lograr en la medida en que se establezca esta acción como propia, autónoma, de eficacia real, no política ni moral (Hart, 1995), y cuyo desarrollo sea sumario y la decisión judicial

⁵ Está en curso de sanción presidencial el proyecto de ley aprobado por el Congreso que corrige tamaña arbitrariedad e injusticia.

consista en una sanción a la autoridad renuente en el cumplimiento de dar la información solicitada.

Estamos en mora del establecimiento legal de esta acción, pues en el ordenamiento jurídico colombiano no existe todavía, porque con ella, además, se descongestionaría la acción de tutela, toda vez que la realidad empírica colombiana demuestra que para la protección del derecho petición se han incoado alrededor del 43% de las acciones de tutela. Así, pues, la tutela recobraría su majestad protectora de los derechos individuales supremos o necesarios para la cualificación y dignificación de la persona, como la salud, la educación, el respeto, la recreación y otros no menos importantes. Esta acción es de estirpe liberal.

2.1.2.4. Acción de Cumplimiento. Una falencia de nuestras autoridades públicas es que omiten desarrollar el mandato de una ley o acto administrativo, y el tiempo los convierte en inanes e inoperantes, es decir, ineficaces, tanto al servidor público como al mandato normativo.

Corregir este fenómeno se torna crucial para el devenir nacional. Por lo anterior, el constituyente diseñó una acción que posibilitara la ejecución de lo ordenado normativamente. Esta es la acción de cumplimiento, explícita en el artículo 87 de la C. P., que bien podría convertirse en la prima hermana de la acción de tutela, por la trascendencia que pudiera lograr. No obstante lo anterior, cuando el legislador reglamentó esta acción, ella perdió eficacia⁶. Esta acción es de origen liberal.

2.1.2.5. Acciones Populares. Para el constituyente de 1991 no solo fueron importantes la persona y el grupo social, sino también lo que se denomina el espectro de lo público, o sea, el escenario en donde se recrea la sociedad y propician situaciones de integración social.

Así las cosas, se definió en el texto constitucional lo que se denominó acciones populares, que, aunque no son novedosas en nuestro ordenamiento, su caracterización constitucional en el artículo 88 las elevó de estatus normativo.

⁶ La ley 393 de 1997, que desarrolló esta norma constitucional, excluyó de su campo de aplicación las negaciones al cumplimiento de decisiones de carácter económico que tuvieran incidencia presupuestal, haciendo prácticamente nula la eficacia de la acción, toda vez que las grandes omisiones públicas tienen que ver con el abandono social por no ejecución de políticas públicas que tiene, necesariamente, una contrapartida presupuestal.

Con estas acciones se pretende defender los bienes y derechos públicos y colectivos, y la salubridad y la moralidad públicas, y, por tanto, es un mecanismo protector social, colectivo y generador de urdimbre social.

2.1.2.6. Buena fe. Cuando el texto constitucional de 1991 consagró el principio de la buena fe en nuestro ordenamiento constitucional, nos arrimó, una vez más, al campo valorativo de la Constitución y, con ello, nos acercó nuevamente al iusnaturalismo.

La prescripción de la buena fe del artículo 83 constitucional es la confianza que deben depositar en mi honestidad los demás, no solo las autoridades públicas o privadas, y, a su vez, la que yo debo reconocer en los otros; presumir este aspecto es elemental dentro de una convivencia sana y cordial.

La historia cultural colombiana implica que muchas cosas cotidianas y de convivencia elemental tengamos que elevarlas a un rango normativo, a fin de que podamos hacerlas valer. Así sucedió con la buena fe, lo cual no es otra cosa que pretender, pedagógicamente, erradicar la desconfianza social. El problema aún está por resolverse, pues la simple entronización constitucional no ha cambiado la realidad nacional.

2.1.2.7. Control al reglamentarismo. Como quiera que la historia cultural colombiana ha estado signada por la desconfianza y por el excesivo reglamentarismo, el constituyente de 1991 pretendió solucionar este defecto nacional y consagró un límite a esta práctica social.

El control del reglamentarismo equivale, ni más ni menos, a la protección que tenemos frente al abuso de las autoridades públicas en las exigencias limitadoras de la iniciativa privada y la libertad económica, a fin de preservar, entre otros, la igualdad real entre quienes pretenden hacer empresa o desarrollar alguna actividad patrimonial. Este es el contenido del artículo 84 de nuestro texto constitucional. Constituye, pues, un mecanismo liberal de protección del derecho a desarrollar la actividad económica.

2.1.2.8. Responsabilidad estatal. En los Estados de Derecho, la organización jurídico-política no puede ser indolente e irresponsable frente a los daños que sus autoridades puedan infligir a los ciudadanos. Este principio, conocido también como el *equilibrio en las cargas públicas*, ha llevado a que se elabore la tesis de que el Estado debe responder por los daños antijurídicos, es decir, por los detrimentos ocasionados a bienes jurídicamente protegidos, producidos por la acción, omisión o extralimitación de funciones de sus autoridades.

Esto es lo que se consagra en el artículo 90 de la Constitución colombiana, lo cual se convierte en especial garantía de protección patrimonial de los derechos por errores y daños de las autoridades públicas.

La responsabilidad estatal es un principio básico del Estado de Derecho contemporáneo y, entre más desarrollado sea éste, mayor el grado de responsabilidad que le es imputable. Es un mecanismo de estirpe natural, como quiera que el concepto es el desarrollo moderno de la llamada segunda ley natural: *responder por los daños y ofensas cometidas al otro*, aplicada al Estado.

2.1.3. Protección legal de los derechos humanos. El marco legal, como se dijo antes, es el conjunto normativo que desarrolla los principios y valores consagrados en la Constitución de un Estado. En este conjunto normativo la ley más importante, en cuanto a la defensa y protección de los derechos humanos, es la ley penal. Por ello, los Códigos Penales se convierten en el instrumento inmediato para la disuasión de la violación a los derechos humanos. En él se establecen los delitos que vulneran groseramente los derechos de la persona y, consecuencialmente con ello, se definen las sanciones a que son acreedores quienes así actúen.

2.2. Protección internacional: los Tratados Internacionales sobre derechos humanos

Desde la antigüedad griega está vigente el sueño del cosmopolitismo, es decir, que una persona pueda desenvolverse como tal en todas las organizaciones jurídico-políticas diferentes a la de origen. En la modernidad el sueño ha tenido grandes defensores como Kant (1989) y Kelsen (1995), entre otros, y, hoy más que nunca, se vuelve a soñar al respecto. Para realizar tal aspiración, el tema de los derechos humanos es vital, y, entonces, su protección adquiere visos de universalidad.

2.2.1. Orden mundial. Finalizada la Segunda Guerra Mundial se revive la Comunidad de Naciones bajo el nombre de Organización de Naciones Unidas (ONU), y esta organización asume la defensa integral y mundial de los derechos humanos, no sólo desde el punto de vista dogmático, es decir, desde su conceptualización, sino también desde lo procedimental, respecto de la propensión por mecanismos de protección.

El trabajo arduo de la ONU consiste en llevar hasta el último rincón de la tierra una cultura de derechos humanos que se constituya en una cultura de paz y de justicia para la humanidad. Por lo anterior, la ONU no desmaya en su afán por

desarrollar, renovar y propiciar la positivación de los derechos humanos, en el entendido de que tal reconocimiento y respeto son la única forma de lograr vivir en paz en un mundo cada vez más fraccionado y atacado ferozmente por el vertiginoso auge de la tecnología, la política, la economía con sus crisis y el voraz mercado.

Los Tratados y Convenios Internacionales posibilitan esta labor, la cual se verá recompensada con un planeta Tierra en donde la persona, las particularidades y la colectividad sean reconocidas, defendidas y apoyadas, en lugar de exterminadas, como en el pasado. Son numerosos los Tratados y Convenios puestos por la ONU a consideración de los Estados partes, y que han sido suscritos por ellos. No obstante, hace falta una visión más integradora y dinámica para que las potencias mundiales respeten y den ejemplo de respeto a los demás Estados.

Ahora bien, la ONU ha querido que la protección sea lo más real posible y, por ello, ha logrado la aceptación de instituciones protectoras, como el conjunto normativo conocido con el nombre de *Derecho Internacional Humanitario*, instrumento para hacer menos grosero el ejercicio de la guerra, y la *Corte Penal Internacional*, entidad encargada de castigar a los violadores de los derechos humanos cuando las violaciones sean aberrantes, de lesa humanidad, y el Estado parte no las haya castigado justamente, desde la perspectiva internacional. No obstante lo anterior, falta mucho para superar las crisis de la geopolítica orbital que ponen en jaque a cada instante tan nobles postulados.

2.2.2. Orden regional. Ahora bien, no solo es la ONU la promotora y defensora de los derechos humanos en el concierto internacional, sino que se han fortalecido instituciones regionales para el mismo fin, al punto de que en cada continente existe una organización que agrupa los Estados del mismo y produce textos dogmáticos sobre los derechos humanos y su protección.

Para el caso americano tenemos la Organización de Estados Americanos (OEA), la cual ha emprendido esta tarea en el continente y cuenta con un tribunal internacional regional para la defensa de los derechos humanos en América: la Corte Interamericana de Justicia de San José de Costa Rica. Esta Corte se ha pronunciado muchas veces contra el Estado colombiano, castigando la negligencia de sus autoridades públicas en la represión a los violadores de derechos humanos, y, en varios casos, al accionar directo de agentes suyos, en la comisión de tales violaciones.

Con los instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos se defiende, básicamente, la población, y a personas concretas, del actuar

torcido de las autoridades públicas estatales. El Derecho Internacional como conjunto normativo es de origen natural y, por ende, también lo son los mecanismos de protección a los derechos humanos allí consagrados.

3. A manera de conclusión

De lo anteriormente expuesto se deduce que la sola consagración normativa, tanto de los derechos como de la protección, no es suficiente para su real eficacia. Se requiere, entonces, de unas autoridades encargadas de velar por su efectividad, a fin de que ellos no se conviertan en *rey de burlas* en una sociedad que funge de moderna porque tiene tecnología pero que mentalmente se encuentra en la premodernidad.

Así pues, debemos concluir esta reflexión con el acápite respecto de las autoridades colombianas que están al frente de la promoción y protección de los derechos humanos. En este punto, debemos aclarar que existe una división funcional al respecto: cuando el violador es la autoridad pública, o cuando el ataque proviene de los particulares. Si lo primero, la Constitución nos consagra un apartado (artículo 277, ordinales 1° al 5°) en el cual observamos de manera específica quién es el encargado de la misión de velar por el estricto cumplimiento de la eficacia de los derechos humanos.

Sin embargo, la realidad una vez más desborda la teoría, y lo que encontramos es la descripción de instituciones que muy poco dinamizan tan especial mandato. En efecto, la historia nacional, como la de muchas sociedades, es la historia de violencias (Valencia, 1987) y de violaciones constantes a los derechos humanos, y la población siempre ha estado desamparada. El sueño del constituyente de 1991 en este aspecto no se ve realizado por parte alguna, salvo casos especiales de gran impacto, en donde el señor Procurador General de la Nación ha asumido su papel con entereza y producido decisiones jurídicas de trascendencia contra servidores de la Fuerza Pública que han violado groseramente los derechos humanos (negación total del derecho, básicamente la vida), pero estos casos son la excepción mas no la regla.

Ahora bien, es sumamente triste y desconsolador que una institución como la Defensoría del Pueblo, creada en la Constitución de 1991 (artículos 280-283 C. P.), cuya función básica es la promoción de una cultura de derechos humanos, ni siquiera cumpla tal objetivo, mucho menos tome posición dinámica frente a la constante violación de derechos y vejámenes de los que es víctima la población. Esta institución está burocratizada en el sentido más pobre y peyorativo de la expresión, y su titular solo aparece cuando se trata de actos públicos a los que lo invitan, pero el ejercicio de su *poder moral*

sancionatorio, como eufemísticamente lo expresó uno de los primeros representantes, no se observa por ningún lado; por ende, tal institución es más un desangre del erario público nacional, en donde su asignación presupuestal es un verdadero gasto lastre porque dicho rubro no produce la más mínima retribución social a la población.

Cuando el ataque proviene de los particulares, el texto nos refiere la obligación de las autoridades de proteger los derechos (inciso segundo del artículo segundo), para lo cual el Juez es el protagonista, como quiera que él es el titular, por ejemplo, de la solución de las acciones de tutela. De otra parte, cuando la violación es a la vida o al patrimonio, moral o económico, el Juez sigue siendo la autoridad pertinente, pero en estos casos la normatividad aplicable es la ley penal, civil, laboral, etc., en cuyos eventos el déficit de eficacia es muy pronunciado.

Lo cierto es que solo el Juez de Constitucionalidad, especialmente en sede de Tutela o de Acción Pública de Constitucionalidad, con su innumerable jurisprudencia al respecto, es quien está liderando y dinamizando la protección efectiva de los derechos humanos hoy en Colombia, lo cual no deja constituir una gran inequidad para su ejercicio, lo que equivale afirmar que en Colombia existe un gran déficit de justicia en el ejercicio de los derechos humanos que está en mora de satisfacerse, aunque tal problema, paradójicamente, se convierte en un imperativo categórico moral de la población para la defensa de este reducto de justicia social y material que proviene del Juez de Constitucionalidad.

Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2002)
- Aymerich Ojea, Ignacio. *Sociología de los derechos humanos. Un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas*. Valencia: Tirat lo blanch (2001).
- Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate (1998).
- Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta (2006).
- Carbonell, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta (2007).
- Cepeda, Manuel José (Ed.). *La Carta de derechos. Su interpretación y sus implicaciones*. Bogotá: Temis, Consejería Presidencial para el Desarrollo de los Constitución (1993).
- Cepeda, Manuel José. *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis, Consejería Presidencial para el Desarrollo de los Constitución (1992).
- Cruz, Luis M. *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*. Granada: Comares (2005).
- De Aquino, Tomás. *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Gobierno de los príncipes*. México: Porrúa (1998).

- De Bartolomé Cenzano, José Carlos. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2002).
- Escobar, Guillermo. *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*. Madrid: Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo-Universidad de Alcalá (2005).
- Fernández, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate (1987).
- Fichte, Johann Gottlieb. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (1994).
- Finnis, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (2000).
- González Amuchastegui, Jesús. *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo blanch alternativa (2004).
- Häberle, Peter. *El Estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea (2007).
- Häberle, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos (2000).
- Hart, H. L. A. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1995).
- Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de la costumbres* (Edición bilingüe). Barcelona: Ariel (1996).
- Kant, Immanuel. *La paz perpetua*. Madrid: Tecnos (1989).
- Kelsen, Hans. *Teoría general del Derecho del Estado*. México: Universidad Autónoma (1995).
- Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* Barcelona: Ariel (1984).
- López Pina, Antonio. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid: Civitas (1991).
- Martín-Retortillo, Lorenzo e Ignacio de Otto y Pardo. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas (1992).
- Nino, Carlos S. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel (1989).
- Papacchini, Ángel. *Derecho a la vida*. Cali: Universidad del Valle (2001).
- Papacchini, Ángel. *Filosofía y Derechos Humanos*. Cali: Universidad del Valle (1994).
- Peces-Barba Martínez, Gregorio, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig. *Historia de los derechos fundamentales*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas - Universidad Carlos III, Dykinson (2001).
- Peces-Barba Martínez, Gregorio, Liborio Hierro, Santiago Iñiguez de Onzoño y Ángel Llamas. *Derecho positivo de los derechos humanos*. Madrid: Debate (1987).
- Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III (1999).
- Pérez Luño, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos (1995).
- Pérez Luño, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos (1998).
- Requejo Coll, Ferran. *Teoría crítica y Estado social. Neokantismo y socialdemocracia en J. Habermas*. Barcelona: Anthropos (1991).
- Valencia Villa, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Cerec (1987).