

UNA CRÍTICA A LOS DERECHOS: LA INDETERMINACIÓN Y MUTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

JULIÁN DANIEL GONZÁLEZ ESCALLÓN * **

RESUMEN

*Fecha de recepción: 26 de marzo de 2007
Fecha de aceptación: 10 de agosto de 2007*

En el presente artículo aborda el tema de los derechos fundamentales desde una perspectiva crítica que pretende refutar la tesis fundante de la sociedad liberal sobre los mismos y sus aplicaciones prácticas. Pretende el artículo mostrar que otorgar derechos a ciertas comunidades puede resultar perjudicial desde el punto de vista de la homogeneización ante un medio cualquiera y como en ciertos momentos y tomando en cuenta que existe un grado de indeterminación en los derechos pueden éstos ser moldeados para generar un sentido y alcance que parece responder a distintos intereses y no sólo a la guarda de la dignidad humana.

Palabras clave: crítica a los derechos, sociedad liberal, derechos fundamentales, fuerzas sociales, Corte Constitucional.

* Estudiante de noveno semestre de derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

** El autor desea agradecer a JORGE GONZÁLEZ JÁCOME por toda la paciencia y la ayuda prestada para la realización de este artículo.

A CRITIQUE OF RIGHTS: THE INDETERMINATION AND THE MUTATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

The present article undertakes the topic Fundamental Rights from a critic perspective that pretends to refute the founder theory of Liberal Society about the Fundamental Rights and the applications of them in a practical way. Pretends this article show that bring rights to certain communities can result harmful from the point of view of the informing to any environment and how in certain moments and taking in count that exist a point of indetermination in the nature of the rights these can be moulded to generate a meaning and reach that may respond to different interest and not only to protect the human dignity.

Key Words: critic of rights, liberal society, fundamental rights, social forces, constitutional court.

“Throughout human history, as our species has faced the frightening, terrorizing fact that we do not know who we are, or where we are going in this ocean of chaos, it has been the authorities, the political, the religious, the educational authorities who attempted to comfort us by giving us order, rules, regulations, informing, forming in our minds their view of reality. To think for yourself you must question authority and learn how to put yourself in a state of vulnerable, open-mindedness; chaotic, confused, vulnerability to inform yourself”.

TIMOTHY LEARY

INTRODUCCIÓN

La Corte Constitucional (en adelante CC) ha desarrollado un discurso de derechos fundamentales (en adelante DF) que ha determinado lo que se entiende por tales en el contexto jurídico colombiano, este discurso se puede ver claramente en los

primeros años de la Corte, que fue la que tuvo que darle el alcance y la interpretación a la Carta de 1991 y a su vez, pueden definirse posturas de cada magistrado analizando a dos frentes. Siendo el primero de éstos las opciones, opiniones políticas y concepción de derechos humanos que cada magistrado expresa tanto en la jurisprudencia como en los salvamentos, el segundo de los frentes que vale la pena tocar en este espacio es el discurso que finalmente dominó la opinión de la primera CC y que por tanto, es lo que entendemos como derechos fundamentales. Vale la pena agregar que la jurisprudencia cambia como cambian los magistrados que componen la Corte y por tanto cambia el contenido de los derechos fundamentales, pero son determinantes sin duda las bases que sentaron los primeros que tocaron el tema y que dieron a sus opiniones jurídicas fuerza vinculante por medio de sentencias. Por tanto, entenderé para efectos del presente artículo los DF como lo que la CC ha determinado como tal.

En una primera parte habría que estructurar una teoría de los derechos y de cómo éstos son posibles. Los derechos como los conocemos actualmente son posibles por una construcción llamada: “la sociedad liberal” sobre lo que a su vez está sentada la Constitución de 1991, esta “sociedad liberal” tiene algunas bases que LUIS JAVIER MORENO ORTIZ en su libro *Decantando lo pensando*¹ define bastante bien en las siguientes palabras:

“... en la sociedad liberal: existe un claro contraste entre los asuntos que corresponden a la moralidad personal y los asuntos que corresponden a la ley¹ existe un “pluralismo ético” que hace posible que cada persona pueda y deba asumir su propio modo de vida²; y no existe un consenso social determinado sobre un conjunto de “valores esenciales” que el derecho deba proteger y promover³ lo anterior no quiere decir que las personas no puedan tener posiciones colectivas válidas respecto a varios temas, sino que nadie puede decidir por otros cuál debe ser su actitud respecto frente a tales problemas y mucho menos imponerles su visión o decisión por medio del derecho”.

Como podemos apreciar en estas características de la sociedad liberal es bastante importante la idea de las garantías personales que tienden a proteger el espacio íntimo de la persona, discurso con el que la primera CC despenalizó el uso de sustancias alucinógenas con renombrada ponencia de el entonces magistrado CARLOS GAVIRIA DÍAZ². También puede evidenciarse en el cambio de la “moral católica” por la “moral social” en los términos de la sentencia C-224 de 1994. La sociedad liberal como se le conoce a este modelo social y un poco hasta “ético” es entonces el contexto en que los derechos personales pueden prosperar y el individuo tiene un ámbito de protección estatal para desarrollarse como persona.

1 MORENO ORTIZ, LUIS JAVIER, *Decantando lo pensado*, t. I, 2003, Academia Colombiana de Jurisprudencia.

2 C-221 de mayo 5 de 1994.

Es importante tomar en cuenta la idea de la sociedad liberal y su repercusión jurídica para entender el contexto en el cual se va a desarrollar la crítica a los derechos que se pretende adelantar³. En los siguientes apartados trataré entonces de abordar la crítica de los derechos desde sus “cimientos”, es decir, la concepción de sociedad liberal y sus efectos hasta llegar a la crítica de los derechos propiamente tal, por tanto, lo que se hace necesario primero es hablar de cómo los derechos fundamentales homogenizan pudiendo no ser el tratamiento adecuado ante ciertas comunidades, más adelante y si el lector desea continuar la línea argumentativa que propongo, hay un siguiente aparte que muestra evidentemente cómo el contenido de los derechos va mutando dependiendo de las circunstancias que lo rodeen. Tomaré entonces el ejemplo directamente de las sentencias de la CC.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS FUERZAS SOCIALES ESTÁTICAS

La idea de este acápite proviene de un escrito del profesor MARK TUSHNET⁴ titulado “*Essay on Rights*”, publicado en mayo de 1984 por *Texas Law Review*. En este escrito el profesor TUSHNET expone que los derechos considerados como tal tienen una gran cuota de indeterminación que es ciertamente utilizada con fines políticos y que sólo adquieren contexto en un entorno social determinado. Esto tiene mucho sentido en el entramado de la sociedad liberal donde derechos como el libre desarrollo de la personalidad tienen una gran preponderancia siendo completamente abstractos y siendo necesaria para su aplicación un modelo social y político determinado que puede ser o no el indicado.

Esta indeterminación puede verse utilizada tanto por los agentes que los detentan⁵ como por fuerzas que los imponen. Aunque suena un poco fuerte y hasta ridículo en cierto punto hablar de “imposición” de derechos, puede no ser una tesis tan descabellada si tomamos el ejemplo del profesor TUSHNET: supongamos por un segundo que en Colombia el derecho de reproducción está tan avanzado que el aborto es una opción absolutamente clara para la mujer que no desea tener hijos⁶,

3 En efecto, si los elementos que se enumeraron sobre la sociedad liberal resultan afortunados entonces tendremos que artículos como el 16 (libre desarrollo de la personalidad) y el 18 (libertad de conciencia) del Estatuto Superior responden a ideales de sociedad liberal y como tal actúan y se interpretan.

4 Profesor de derecho, Georgetown University Law Center.

5 En este caso los ciudadanos colombianos.

6 Es claro en este aspecto que este artículo se escribe en medio del debate que causó el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-335 de 2006 en la cual despenaliza el aborto en algunos casos especiales. Sin embargo, lo que se plantea es un uso avanzado jurídicamente, tecnificado y socialmente aceptado del derecho de reproducción en el ámbito colombiano. Adelante se encontrará un aparte de este caso en especial.

este derecho connotaría otros dos a su interior, tanto el de sacar el feto del vientre de la mujer como su destrucción posterior. Y supongamos después que por algún acontecimiento científico puede haber la posibilidad de sacar el feto del vientre sin ocasionarle daño pero aumentando el riesgo de muerte para la madre. ¿Podemos entonces en el caso colombiano entablar un debate constitucional en los términos en que la CC lo ha planteado? ¿Qué derecho prevalecería, el de la madre sobre la reproducción, o el del niño que está por nacer?, preguntas complicadas sin una respuesta aparente, sin embargo, lo que es de resaltar es que el grado de indeterminación del debate y de los DF de una y otra parte (madre e hijo) pueden llenarse con voluntad política del órgano competente para su interpretación, sería la CC la indicada para responder las dudas que se plantearon anteriormente. Sería pretencioso y poco efectivo hacer predicciones sobre resultados, lo que se desea mostrar es que dado el debate constitucional en los términos planteados la gran indeterminación de unos y otros derechos permite cambios no sólo de jurisprudencia sino de naturaleza del derecho en sí mismo⁷.

Desde el punto de vista de la sociedad liberal podemos ver las deficiencias que ésta plantea para problemas de este estilo, ya que al garantizar la “pluralidad ética” autoriza de cierta manera el uso de derechos abstractos en situaciones sociales determinadas y complejas. Volviendo al ejemplo de la madre con el derecho de decidir sobre su prole, la sociedad liberal no da una respuesta convincente ni a la tesis que sustenta el derecho de la madre ni al derecho del hijo a vivir, ya que la teoría abstracta apoya ambas tesis sin dar una idea clara de alguna posición, esto se traduce en lo que el profesor TUSHNET llama “inestabilidad”.

Las fuerzas sociales que surgen entonces como las minorías, reconocidas constitucionalmente en el Estado colombiano, requiriendo estas mencionadas minorías garantías para poder desarrollar su cultura y forma de vida. Se les otorgan entonces derechos idénticos a los que se otorgan a quienes hacen parte de un conglomerado social que reconoce los DF como parte de su “centro jurídico inviolable”. Al respecto la sociedad liberal diría que a favor del pluralismo las minorías con su cultura serían parte del conglomerado social respetando su posición y “cosmovisión” colectiva, mas sin embargo de inmediato serían homogeneizados al resto de la sociedad a nivel de DF, dejando atrás el entorno propio y los derechos reconocidos dentro de la comunidad para sustituirlos por los de la macrocomunidad

7 La CC puede cambiar su jurisprudencia si así lo desea alegando un cambio de la realidad social, o convirtiendo la *Ratio decidendi* en *Obiter Dictum* (entre otras), sobre cambios en la jurisprudencia constitucional véase: GONZÁLEZ JACOME, JORGE, *Entre la restricción y la libertad: sobre la posible pérdida de legitimidad del juez constitucional*, *Vniversitas*, 110, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, julio a diciembre de 2005, págs. 129-146.

a la que se han unido⁸, esta labor de los DF es la inmovilización de fuerzas sociales, dejándolos estáticas, garantizando que en este entorno se respetarán lo que se conoce en éste como lo fundamental, lo bueno y lo justo. De esta manera el ordenamiento, la idea de sociedad liberal y de DF dejan en suspenso y estática una fuerza social naciente dándole un proceso mediante el cual no hace mayor distinción en cuanto a derechos que a los que nacieron dentro de este ordenamiento y tomaron innatamente esos valores como propios.

El punto clave de esta crítica a los derechos en este aparte resulta en cuanto a la estática de las fuerzas sociales nacientes y la pretendida “neutralidad” de la política de la sociedad liberal, esta sociedad con su estructura de DF está atenta a incluir dentro de sus parámetros a los grupos o fuerzas sociales que se quieran unir, ocurriendo entonces los fenómenos que se describen en el párrafo anterior, en situación de igualdad en cuanto a DF con todos los otros grupos sociales que se encuentran dentro del ordenamiento. Tenemos entonces la sociedad liberal se protege a sí misma y a su estructura de derechos garantizando bajo sus términos ciertos derechos en condiciones iguales, a su vez, garantiza estos derechos cuando el grado de indeterminación se lo permite y no quiere llenar esa indeterminación con su propia voluntad política.

En lo que respecta a la conclusión de este aparte, podría decirse que tanto los DF como la estructura de sociedad liberal que los sustenta sumen a la población y al ciudadano en un espacio estático donde los derechos son fantasmagóricos y aparecen y desaparecen a voluntad del intérprete garantizándose en unos casos y obviándose en otros para realizar un proyecto político determinado, sin embargo, está la sociedad liberal con su promesa eterna de derechos y garantías, que existe únicamente como la garante del “contrato social” en que nos enmarcamos, al que nos obligamos al hacernos ciudadanos de este país. Tal como está planteado este escenario, nos vemos sumidos en la misma indeterminación que nuestros llamados derechos fundamentales. Para los lectores que busquen referentes más cercanos y puntuales está el siguiente aparte, que mostrará en un par de sentencias cómo se maneja al interior de la CC la indeterminación de los derechos.

8 La sociedad colombiana de hombres y mujeres mayores de 18 años vecinos de una ciudad y propietarios de un inmueble. Para ilustrar el punto de la creación de los derechos y su “público real” véase: FREEMAN, ALAN, “*Antidiscrimination Law from 1954 to 1989: Uncertainty, Contradiction, Rationalization, Denial*”, en: *The politics of law: A progressive critique*, KAIRYS, DAVID (ed.), Basic Books, New York, 1998.

EL CASO COLOMBIANO

Como se pronosticó desde el inicio de este escrito, se tocará ahora el campo del mayor operador jurídico en cuanto a solución de discordias de DF se refiere, me refiero por supuesto a la CC. En este espacio se tocará una sentencia unificada (SU), ya que en ésta se ve directamente el efecto de los DF en casos concretos y cómo la CC usa los niveles de indeterminación para tutelar derechos unos casos y en otros no con mayor o menor carga argumentativa. Es de distinguir que se hará énfasis en los enfoques de los salvamentos de voto, ya que éstos exponen de manera clara cómo se usa la indeterminación de una u otra forma.

Una buena sentencia de este caso es la SU-182 de 1998 (MP CARLOS GAVIRIA DÍAZ y JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO), en esta sentencia las Empresas Municipales de Cali, Empresas Publicas de Pereira, Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, Empresas Públicas de Medellín, Empresas Publicas de Bucaramanga y Edatel S.A., demandaron a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por vulnerarles el derecho a la igualdad, en tanto no permitía que estas empresas prestaran servicio de telefonía de larga distancia pero sí a TELECOM.

La CC en este caso en particular tutela los intereses de las empresas impetradoras, nos habla la CC en ciertos apartes de los derechos que las personas jurídicas pueden llegar a detentar, dice la Corte:

“La naturaleza propia de las mismas personas jurídicas, la función específica que cumplen y los contenidos de los derechos constitucionales conducen necesariamente a que no todos los que se enuncian o se derivan de la Carta en favor de la persona humana les resulten aplicables.

Pero, de los que sí lo son y deben ser garantizados escrupulosamente por el sistema jurídico en cuanto de una u otra forma se reflejan en las personas naturales que integran la población, la Corte Constitucional ha destacado derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad, la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, la libertad de asociación, la inviolabilidad de los documentos y papeles privados, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la información, el *habeas data* y el derecho al buen nombre, entre otros”.

Salvan el voto en este respecto (entre otros) VLADIMIRO NARANJO y EDUARDO CIFUENTES. Para ellos, hay evidentemente una violación al principio de igualdad, ya que la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones favorece claramente a TELECOM, sin embargo, esta distinción contra la igualdad no es ni remotamente inconstitucional, como lo expresan y sienten los magistrados que salvan el voto de la siguiente manera:

“En el caso de los servicios públicos, justamente porque su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, constituye un deber para el Estado, la Constitución ha dispuesto que ellos queden sometidos “al régimen jurídico que fije la ley”. Los servicios públicos son, pues, una materia que en su integridad se remite al régimen que determine la ley. El contenido y alcance del quehacer concreto que corresponda al concepto de servicio público no lo señala la Constitución. Mal puede afirmarse aquí la existencia de derechos fundamentales, cuando la articulación de derechos, obligaciones, limitaciones, restricciones, etc., se libra a la ley. Naturalmente, la ley que establezca el régimen de los servicios públicos, como toda ley, debe sujetarse a la Constitución, extremo forzoso que en modo alguno indica que la actividad regulada sea en sí misma un derecho fundamental. En este sentido, es evidente que si la ley decide reservar para el Estado un servicio público, antes prestado por los particulares, deberá hacerlo mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, presentada a iniciativa del gobierno, debiendo indemnizar previa y plenamente a los que se vean privados del ejercicio de la respectiva actividad (CP, art. 365). *La disposición constitucional citada, que contempla la posibilidad de que los particulares que presten un servicio puedan ser “privados” de su ejercicio, demuestra que no se está frente a un derecho fundamental. Aún previa la indemnización plena, el Estado en ningún caso podría reservarse para sí el ejercicio de un derecho fundamental, privando al particular del mismo*” (bastardilla fuera de texto).

Añade más adelante el salvamento:

“Estos derechos, que en el caso presente se configuran legalmente, no son derechos fundamentales y, de acuerdo con el planteamiento que se acaba de formular, no se convierten en tales sólo por el hecho de que la acusación en lugar de presentarse como violación a la libre competencia, se articule como quebranto a la igualdad en cuanto que la autoridad ha permitido a unos el ejercicio de la libre competencia, mientras le niega este mismo derecho a otros. Lo que se concreta aquí es pura y simplemente la violación a la libre competencia” (bastardilla fuera de texto).

Es de notar que ambos análisis (tanto el de la sentencia como el de los salvamentos de voto) hacen un ejercicio por darle contexto social y político al derecho que en este caso en especial, resulta nada más que el derecho de igualdad. Uno de los pilares de la sentencia⁹ es el reconocimiento de que las personas jurídicas están compuestas por personas que se encuentran en dichas organizaciones por móviles de trabajo, y que por este motivo, reconociendo derechos a las personas jurídicas se les reconoce a su vez a las personas naturales.

El esfuerzo de la CC es legítimo en el sentido en que quiere remediar una situación de inequidad dando contexto a la situación en la cual están los operadores que no

9 No sabría decir si hace parte de la *Ratio Decidendi* como tal, pero sí es por lo menos un fundamento estructural de la sentencia

tienen permitido proveer el servicio de larga distancia. Lo que dará la claridad y el grado de indeterminación del derecho será entonces el salvamento de voto. En éste los magistrados haciendo un análisis jurídico se encuentran dos cosas primordiales: En efecto hay una violación a la igualdad (como se dijo arriba), pero ésta no sobreviene en inconstitucionalidad de la conducta (1), y que la misma Constitución diga que los particulares pueden ser privados de ejercer ellos la prestación del servicio por parte del Estado demuestra a todas luces que no existe tal derecho fundamental (2).

Olvidan de alguna manera los magistrados salvantes que la igualdad ante la ley es (o debe ser) una realidad, un precepto fundamental del cual se parte en el Estado social de derecho (suponiendo tal)¹⁰. Es cierto en todo caso que ni una ni otra tesis son descabelladas a la luz de un entendimiento lógico de dos aspectos de la Constitución y las sentencias antes proferidas por el máximo tribunal constitucional y eso es exactamente lo que se trata de describir en este corto espacio. Si bien tanto una como otra posición son sensatas y lícitas a la luz de la Carta Fundamental, es la indeterminación del derecho lo que permite la flexibilidad y el uso retórico de una u otra parte de los argumentos que se esgrimen. Unido esto al contexto planteado por la CC da como resultado una lectura del derecho que puede ser o no afortunada.

UN CASO RECIENTE: EL ABORTO Y LA PROTECCIÓN LABORAL A LA MADRE EMBARAZADA

En este aparte quisiera realizar el análisis que suscita un tema actual y de difícil abordaje tanto jurídica como moralmente. Puede ser ya conocido por el lector que la CC por medio de una sentencia tipo C (constitucionalidad de la norma) ha despenalizado el aborto en algunos casos muy puntuales. Resulta entonces para fines de este escrito muy útil el debate a nivel de derechos, ya que se ven en pugna los derechos de la madre y los del hijo que está por nacer.

10 Esta es una postura propia en la cual el autor de este corto artículo está de acuerdo con la decisión tomada por la CC en la sentencia que se analiza en este aparte, lo que es de anotar es que aún tratando de encontrar una teoría de crítica de los derechos y siendo lo más objetivo posible, ha sido imposible escapar a las opiniones que parecen o no razonables y correctas de interpretación constitucional por parte de la misma CC o de los magistrados que salvan su voto.

Lo que finalmente demuestra esto y por lo que se hace una subraya especial en este aparte es que los derechos están cargados políticamente según su intérprete. Habrá algunos para los que la decisión de la CC en la SU-182 de 1998 fue equivocada y no debió proteger lo que se le pedía por medio de la tutela y esto demuestra un criterio político distinto que no puede ser rebatido con facilidad a la luz de las reglas de la sociedad liberal, ni a la luz y el tenor claro de la Constitución ya que como se ha dicho anteriormente, es la indeterminación lo que permite la maniobrabilidad del intérprete a la hora de decidir.

Para una crítica a los derechos es pertinente entonces buscar uno o varios pronunciamientos de la CC que tiendan a proteger la vida del hijo como su derecho y un bien jurídico esencial, será entonces el derecho laboral el que nos dé la pauta para entender el debate a nivel de derechos que se gesta por la decisión adoptada por la CC en sentencia C-335 de 2006. La CC ha sido reiterativa en su jurisprudencia laboral en el apoyo constitucional y la importancia de la estabilidad reforzada para las mujeres en estado de embarazo, no sólo por los derechos fundamentales que la madre detenta a nivel de no discriminación por su estado, sino además para garantizar la subsistencia y los derechos fundamentales de su hijo, como tal lo dice la sentencia T-472 de 2002 en el siguiente tenor:

“...En principio se puede considerar la procedencia de otros medios de defensa judicial, para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización o el reintegro al cargo que se venía desempeñando. Sin embargo, *la Corte ha considerado que de forma excepcional la acción de tutela puede resultar efectiva para la protección de los derechos fundamentales de la mujer trabajadora, con el fin de no dejar al vaivén su subsistencia y la de su hijo*” (bastardilla fuera de texto).

También lo dice la CC en la T-771 de 2000:

“...La jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha señalado que *el juez constitucional puede conceder transitoriamente el amparo de los derechos de la trabajadora embarazada cuando el despido amenace el mínimo vital de la mujer o del niño que está por nacer...*” (bastardilla fuera de texto).

También en la T-873 de 2005 la CC decide proteger a una futura madre por los siguientes fundamentos constitucionales:

“Por tal razón, esta Sala de Revisión revocará el fallo de primera instancia y siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre remedios a adoptar en casos semejantes, ordenará una serie de medidas, que a continuación se señalarán, para proteger de manera transitoria el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la accionante (arts. 11, 25 y 43 de la Constitución), *su derecho y el de sus hijos al mínimo vital y al acceso efectivo al sistema de salud y los derechos fundamentales de sus hijos* (arts. 44 y 50 de la Constitución), que se vieron vulnerados con el actuar de la empresa de confecciones Adela Bacal y de la cooperativa de trabajo asociado Única” (bastardilla fuera de texto).

La lista es larga y no es preciso adelantar una línea jurisprudencial para hacer notar a que va ligada la tesis de la CC¹¹. Es palpable con estos pocos ejemplos que

11 Sin embargo, para aquellos que deseen corroborar la fuerza de la tesis protectora del niño por nacer por medio de la conservación del trabajo de su madre puede ver las sentencias T-373 de 1998 MP EDUARDO

hay una preocupación del juez constitucional por preservar las calidades de vida y la vida misma del niño que está por nacer. Para conseguir este fin el tribunal constitucional garantiza el trabajo y la estabilidad reforzada que en materia laboral se le da a la mujer en estado de embarazo. En el fondo, se trata de proteger la vida y la dignidad del niño que está por nacer. La vida de aquél que aún no ha nacido es entonces el sustento básico de la CC para tutelar los derechos de la madre. Esta postura no obedece a juicios de valor intemporales ni a aplicaciones prístinas de la Constitución y los DF sobre un caso en concreto, se trata de la determinación de un ideal y una interpretación política de la norma. Piense el lector por un momento que no estaba la CC sujeta a exponer en la parte motiva de sus sentencias su criterio de la vida del que está por nacer, bastaría simplemente decir que se atenta contra el principio de igualdad de manera injustificada e igualmente habría lugar a una sanción por medio de la tutela con un sustento sólido constitucional. La CC cargó políticamente el derecho de la vida del niño y le dio una importancia amplia y con la cual se fundamenta la estabilidad reforzada que recibe la mujer embarazada y en lactancia, por medio de ésta entonces dio un contenido mucho más profundo a la estabilidad ya mencionada al mismo tiempo en que pone de presente la importancia de la vida en el orden jurídico colombiano. El fallo polémico C-355 de 2006 expone en su parte motiva dos consideraciones principales. La primera, está relacionada con que el legislador tiene que atender a la Constitución y la interpretación que la CC haga de ésta de crear la ley, para más claridad se expone este aparte:

“corresponde al legislador la decisión de adoptar disposiciones penales para la protección de bienes de rango constitucional como la vida; sin embargo, los derechos fundamentales y los principios constitucionales se erigen en límites a esa potestad de configuración, correspondiéndole a la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, ejercer en estos casos el control sobre los límites que ella le ha impuesto al legislador, es decir, debe examinar si tales medidas legislativas presentan o no el carácter de restricciones constitucionalmente válidas”.

Es en este punto donde aparece una nueva carga política para el derecho de la vida, ante un derecho naciente derivado del libre desarrollo de la personalidad: el derecho a la libertad reproductiva, se desprende además este DF de la dignidad humana, que empieza a tener una preponderancia sobre el derecho a la vida como tal:

CIFUENTES MUÑOZ, T-426 de 1998 MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, T-800 de 1998 MP VLADIMIRO NARANJO MESA, T-174 de 1999 MP ALFREDO BELTRÁN SIERRA y T-315 de 1999 MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Donde se encuentra un gran desarrollo del punto que se quiere corroborar en este aspecto.

No se adelanta tampoco el análisis dinámico y estático de precedente porque no es en realidad en la *Ratio Decidendi* donde se imbuje la naturaleza y la fuerza del DF en cuestión en todos los casos, sin embargo, sí está localizado en la parte motiva de la sentencia. Para conocer sobre la realización y el contenido del análisis estático y dinámico de precedente Véase: LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *El derecho de los jueces*, 2ª edición, 2006, Legis.

“En relación con el plano valorativo o axiológico, esta Corporación ha sostenido reiteradamente que la dignidad humana es el principio fundante del ordenamiento jurídico y constituye el presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución”.

Toda esta argumentación empieza a tener un matiz claro y una desembocadura a esta altura de las consideraciones de la CC, en efecto, ya la CC deja de hablar del derecho fundamental a la vida y empieza a hablar de manera clara del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana. ¿Qué dice esto a la crítica de los derechos? El derecho a la vida pierde su carga política o le es arrebatada para poner por encima un derecho de nueva data que parece estar por encima de la vida, así entonces se empieza a cargar fuertemente el derecho de la libertad de reproducción, hijo del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona:

“El derecho al libre desarrollo de la personalidad parte de una consideración de tipo axiológico: el principio de la dignidad humana y el marcado carácter libertario de la Carta de 1991. Este derecho es entendido entonces, como la consecuencia necesaria de una nueva concepción que postula al Estado “como un instrumento al servicio del hombre y no al hombre al servicio del Estado”. Bajo esta nueva óptica la autonomía individual —entendida como la esfera vital conformada por asuntos que sólo atañen al individuo— cobra el carácter de principio constitucional que vincula a los poderes públicos, a los cuales les está vedada cualquier injerencia en este campo reservado, pues decidir por la persona supone “arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen”.

“El derecho a ser madre, o, en otros términos, la consideración de la maternidad como una “opción de vida” que corresponde al fuero interno de cada mujer. En consecuencia, no es constitucionalmente permitido que el Estado, la familia, el patrono o instituciones de educación, establezcan normas que desestimulen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre, así como tampoco lo es cualquier norma, general o particular, que impida el cabal ejercicio de la maternidad. En ese orden de ideas, el trato discriminatorio o desfavorable a la mujer, por encontrarse en alguna especial circunstancia al momento de tomar la decisión de ser madre (ya sea a temprana edad, dentro del matrimonio o fuera del mismo, en una relación de pareja o sin ella, o mientras se desarrolla un contrato de trabajo, etc.) resulta, a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad, abiertamente inconstitucional”.

Ya para finalizar este “resumen” de las partes más importantes de la sentencia C-355 de 2006 para efectos de este escrito sólo queda transcribir un párrafo que es de importancia capital para el fin de este artículo:

“...a juicio de esta Corporación, ésta debe ser una de las hipótesis bajo las cuales debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva de delito de aborto, no sólo por la manera como fue inicialmente contemplada por el legislador sino también porque en este caso *la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus*

supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos y que por esa misma razón están sancionadas penalmente en varios artículos del Código Penal” (bastardilla fuera del texto).

Si bien las situaciones de hecho son distintas entre la madre que quiere conservar su empleo y aquella que por circunstancias desafortunadas quiere acabar con la vida de el *nasciturus*, debe pensar el lector que en el fondo el contenido del derecho es exactamente el mismo, la vida del niño no nacido. En un caso es el argumento por el cual se protege a la madre, pero en este contexto nuevo la vida de este ser parece ceder ante los derechos de la madre. Curioso resulta entonces que lo que en algún momento puede instituirse para cuidar al no nacido ahora pueda servir para acabar con su existencia. No quiero que el lector realice juicios de valor sobre el contenido de la sentencia o trate de dilucidar si es que el autor presenta de una u otra manera esta última para hacerla parecer una u otra cosa. El único juicio que pretendo presentar es el del debate en torno a los DF del que trata este escrito. Siguiendo esta línea queda por decir que la relevancia de este debate es amplia, ya que si los DF terminan siendo tan etéreos como se plantea y es la creencia del autor, podríamos estar enfrentando interpretaciones de éstos que pueden ser o no las mejores y que determinan de palmo a palmo quiénes somos como sujetos de derecho y cuáles son nuestras prerrogativas como ciudadanos. Como podemos ver en realidad no hay derechos absolutos, ya que en este caso concreto la CC pone las libertades de la madre por encima de la vida del niño. Aquí es donde la sociedad liberal toma su lugar en la indeterminación de los derechos. Ya que la sociedad liberal no tiene más valor que el respeto de la individualidad, entonces no tiene por qué proteger la vida y puede tutelar cualquier interpretación que se enmarque dentro de esta regla.

Como podemos apreciar en este breve acercamiento, dentro del espacio jurídico e ideológico no hay una interpretación de los DF correcta o prohibida, ya que el campo se configura dependiendo de la indeterminación que el operador jurídico quiera utilizar para convertirla en su propia “determinación”.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Concluyendo entonces este escrito han de anotarse varias cosas que sobresalen en lo que al autor respecta. No existe ni una interpretación ni una teoría que llene por completo la idea de derechos fundamentales que se plantea con ocasión de la sociedad liberal, éstos pueden ser utilizados a la mejor conveniencia política del intérprete, no significa esto que sean absolutamente perjudiciales, por el contrario, una interpretación

razonable de la indeterminación crea derechos móviles que permiten responder a necesidades sociales profundas y nuevas, por lo que es deseable intérpretes con la menor cantidad de sesgos posibles y con conciencia social y jurídica llena de criterio para tomar las decisiones correctas en el momento correcto.

También puede notarse que los derechos fundamentales no responden a un progreso “evolucionista”, sino que también es el resultado de una sociedad determinada en un momento determinado, que como herramienta jurídica los derechos son también una manera de control social y que la conciencia de ello puede obrar que sean tomados como tales y no como “vacas sagradas” ante los cuales todos tienen que ofrecer la más profunda genuflexión y no cuestionar sus efectos prácticos. También es posible a la luz de este sucinto artículo que pueda concluirse que hay una decisión política por tomarse, una decisión que la sociedad liberal ha prolongado por un buen tiempo.

Por último cabe anotar que para hacer crítica de los derechos es necesario conocer su contenido, y este contenido ha sido jurídicamente propuesto por la Corte Constitucional. Quiero decir con esto que aceptar que los fallos de la Corte tienen fuerza vinculante aún en las sentencias de tutela no implica estar de acuerdo con la totalidad de sus fallos y no poder tener una postura crítica al respecto.

BIBLIOGRAFÍA

FREEMAN, ALAN, “*Antidiscrimination Law from 1954 to 1989: Uncertainty, Contradiction, Rationalization, Denial*”, en: *The politics of law: A progressive critique*, KAIRYS, DAVID (ed.), Basic Books, New York, 1998.

GONZÁLEZ JÁCOME, JORGE, “Entre la restricción y la libertad: sobre la posible pérdida de legitimidad del juez constitucional”, *Vniversitas*, 110, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, julio a diciembre de 2005, págs. 129-146.

LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *El derecho de los jueces*, 2ª edición, 2006, Legis.

MORENO ORTIZ, LUIS JAVIER, *Decantando lo pensado*, t. I, 2003, Academia Colombiana de Jurisprudencia.

TUSHNET, MARK, “*Essay on Rights*”, *Texas Law Review*, 1984.

Jurisprudencia consultada:

C-224 de 1994.

C-221 de 1994.

SU-182 de 1998.

T-771 de 2000.

T-472 de 2002.

T-873 de 2005.

C-335 de 2006.