

# LOS DERECHOS HUMANOS UNA CONSTRUCCIÓN DESDE LA ACADEMIA

Luis Guillermo Rosso Bautista, Úrsula Fernanda Castellanos, Facultad de Derecho  
Universidad Pontificia Bolivariana

Recibido septiembre 29, 2009 - Aceptado octubre 30, 2009

- <http://dx.doi.org/10.18566/puente.v3n2.a11>

**Resumen**— Este artículo presenta una síntesis de la estructura formativa de los derechos humanos desde dos perspectivas: una de orden histórico en el que habida cuenta de las transformaciones políticas las revoluciones van dando lugar a cambios ideológicos trascendentales a la humanidad; la otra perspectiva es la histórica se presentan las diferentes corrientes que han existido así como los principales pensadores que han delineado el contenido y alcance de los DD.HH.. El artículo también presenta la estructura por generaciones así como las diferencias en los núcleos esenciales y formas de protección dadas desde la óptica Constitucional. Resulta productivo a la academia dar visiones más cosmo diversas que reflejen a la Ciencia Jurídica un trasfondo que enmarca al eje principal del Estado Social de Derecho.

**Palabras Claves**—Derechos Humanos, Filosofía del Derecho, Estado Social de Derecho, Ideas Políticas, Historia del Derecho, Derechos Fundamentales, Derechos Colectivos, Derechos Sociales.

**Abstrac**— This article presents a summary about the origin and evolution of state's concept, by the politics transformations, the revolutions and ideologic changes in the humanity. In the other hand this paper presents diferents ideas of the generations of rights and this constitutional protection. Its necessary since the academy give views of the juridic science in the Social Law State.

**Keywords**— Human rights, right filosophy, social law state, politics ideas, rights history, fundamental rights, collective rights, social rights.

*"Históricamente puede probarse que los derechos humanos, como problemática del hombre, han estado presente en la filosofía y el pensamiento de todos los tiempos de acuerdo a la evolución de las criaturas racionales (homo sapiens). En cambio, no podría afirmarse que en las sociedades primitivas existiera un régimen legal de protección de los derechos y libertades fundamentales que, por lo general, fueron el patrimonio de los poderosos".<sup>1</sup>*

El presente escrito hace parte de una reflexión animada desde Maestría en Hermenéutica Jurídica de la Universidad Industrial de Santander que adelanta el docente Luis Guillermo Rosso y que ha generado una discusión académica con la profesora Úrsula Fernanda Castellanos en torno a la Teoría de la Argumentación Jurídica. El

documento está estructurado con una introducción, un marco de antecedentes y unas conclusiones. En el marce de antecedentes se hace un recorrido por la antigüedad, la edad media, el renacimiento – la ilustración y la época contemporánea.

## I. INTRODUCCIÓN

El ejercicio del derecho y su producción no es una labor ingenua ni espontánea, su construcción cotidiana se cimienta en las corrientes filosóficas y teóricas que del derecho y la justicia se han dado en la historia, corrientes que han tenido que ver con los derechos humanos, aún si haber estado este término sino recientemente acuñado.

Estando sometido el Juez colombiano por orden Constitucional al Derecho positivo (Constitución, Ley), por ser nuestro modelo basado en las "teorías del orden jurídico, que construyen la Unidad del Derecho desde las normas<sup>2</sup> se presenta un problema de carácter empírico en el ejercicio judicial cuando el Juez debe abordar los derechos humanos. Nuestro objetivo inicial es explicar qué son los derechos humanos. Para ello partiremos de explicar las características de las teorías de la justicia basadas en la idea de derechos de los seres humanos. Por supuesto en este tema hay discrepancias sobre la fundamentación y la determinación de cuáles son estos.

La hipótesis de nuestro trabajo parte de considerar los momentos históricos más importantes en el proceso de formación de la Teoría de los Derechos Humanos, desde estos reconocer a los pensadores que se identifican dentro de la filosofía liberal, decantando sus principales aportes. Existen tres momentos históricos fundamentales en la Historia de los Derechos Humanos: i) la Revolución

<sup>1</sup> Pedro Pablo Camargo, Manual de Derechos Humanos, Bogotá: Leyer 2005, pp. 15

<sup>2</sup> Joseph Aguiló Regla, "El derecho es un orden social" en Teoría General de las Fuentes del Derecho, Barcelona: Ariel S.A., 2000, pp. 195

Norteamericana, ii) la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre, y, iii) la Declaración Universal de los Derechos Humanos sobre o desde los cuales se construirán las Teorías de los Derechos Humanos y se formarán unas de carácter Liberal Conservador y otras Liberal Socialista. En el marco de las teorías de los derechos humanos, y su concepción, se debe realizar una reflexión en materia del contenido conceptual y justificativo de los mismos, del cuál no se puede desprender aunque quiera el Juez en la resolución de casos en los cuales se invoque jurisdicción en pro de ser estos garantizados o protegidos. Por ende el Tribunal Administrativo de Santander al motivar sus decisiones en la materia deberá asimilar ius filosóficamente una u otra.

Primero, entonces realizaremos un análisis histórico desde Grecia hasta nuestros días, precisando los aportes producidos como consecuencia de la Revolución Norteamericana, Francesa, Bolchevique y la Posguerra; haremos una breve reconstrucción del pensamiento liberal a través de sus principales exponentes desde el siglo XVIII hasta nuestros días.

En esta materia Carlos Santiago Niño<sup>3</sup> ha sostenido que todas las concepciones de los derechos humanos son tributarias de una filosofía moral liberal; todas ellas -dirá Niño- asumen determinados principios morales, característicos de una concepción moral liberal del individuo y de las relaciones entre individuos, y derivan de ellos un conjunto de derechos. Aunque en el terreno político suele identificarse el liberalismo con el primer modelo históricamente existente de organización social y política basado en dichos ideales y principios - modelo liberal-conservador-, puede perfectamente reservarse el mismo calificativo "liberal" para otros modelos de organización social y política que suelen denominarse socialistas y socialistas democráticos, "socialistas liberales".

En un segundo momento, tomando en cuenta la posición citada y la de otros tratadistas que entienden "derechos humanos" para referirse a una teoría de la justicia en particular, en el marco

<sup>3</sup> NIÑO, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación. 2ª Ed. Ariel, Barcelona. 1989.

de un orden social en el que se reconoce a quien detenta vida humana individual o colectivamente, unos derechos especiales acreedores a una singular protección-; se procederá a caracterizar las Teorías de los Derechos Humanos y de allí recopilaremos los antecedentes de las Teorías de los Derechos Humanos, sus conceptualizaciones, la clasificación de las Teorías de los Derechos Humanos en dos grandes grupos: "liberal conservadoras" y "socialistas liberales", y sus rasgos característicos.<sup>4</sup>

Tercero, para hacer la reconstrucción teórica se evidenciará que no hay un acuerdo universal acerca de las concepciones de la justicia basadas en la noción de derechos humanos, así mismo que sus Teorías son una propuesta más de organización social.

## II. MARCO DE ANTECEDENTES

Los Derechos Humanos son una construcción histórica. No sólo dependen del mundo de las ideas y de las luchas, sino igualmente de unos condicionamientos de materialidad económica, de condiciones de época, decisivos para su comprensión<sup>5</sup>.

Partiendo del anterior enunciado, pero teniendo claro que desde Sócrates, Aristóteles y Platón ya existía un intento por construir la noción de dignidad humana, el marco del presente trabajo abordará una mirada histórica del Estado del Arte en torno a los Derechos Humanos.

### ANTIGUEDAD

"La libertad (*eleuthería*) ha sido la base de toda filosofía y de todo derecho y es una consecuencia de la naturaleza racional del ser humano (homo sapiens). En Grecia, durante la transición de la *polis* a la *cosmopolis*, Platón subordinó la ley al interés de la comunidad. Aristóteles defendió la

<sup>4</sup> Ricardo Sánchez y otro, "Cuatro momentos de los Derechos Humanos" en Escritos para el estudio de los Derechos Humanos, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2000 Introducción, pp. 1-3.

<sup>5</sup> Ricardo Sánchez y otro, "Cuatro momentos de los Derechos Humanos" en Escritos para el estudio de los Derechos Humanos, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2000 pp. 24.

tesis de que las leyes deben ser racionales y estar conformes con la *politeia* (comunidad-Estado). Los sofistas distinguieron entre ley divina (togos), ley natural (*physis*) y ley positiva (*nomos*). Se reconocieron la *isonomia* (igualdad ante la ley), la *isotimia* (respeto igual para todos) y la *isogoría* (libertad de palabra para todos). Pero para los mismos griegos, fundadores de la filosofía jurídica occidental, la idea de los derechos humanos se vio frustrada con la práctica del Estado absolutista y antidemocrático y de la propiedad privada como instrumento de dominio. Para Sócrates, Platón y Aristóteles el súbdito no tenía derecho de presentar demandas contra la ciudad-Estado. La idea aristotélica sobre justicia consistió en dar un tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales. La misma concepción helénica de la democracia resultaba utópica frente al gobierno de los poderosos. La polis griega fue el Estado esclavista.

Sólo en la filosofía estoica, especialmente en la etapa de su avance en Roma, se presenta una idea universal de la humanidad, es decir, de la igualdad esencial de todas las personas en cuanto a la dignidad que corresponde a cada una. Los estoicos formularon su teoría de los derechos naturales como algo perteneciente a todos los humanos de todos los tiempos: los derechos no eran privilegio de ciudadanos de determinadas ciudades, sino algo inherente o consustancial al ser humano, en cualquier parte, por el solo hecho de ser un **homo sapiens**. Los estoicos propugnaron por la hermandad universal de los seres humanos en su visión cósmica: **homo homini res sacra**. Sobre la base de la filosofía estoica, los juristas romanos resaltaron la semejanza fundamental y la igualdad de los hombres, como producto de la razón, y su capacidad para desarrollarse y perfeccionarse a pesar de sus diferencias, de su aptitud y de su formación. A Cicerón se le atribuye la traducción y difusión de las ideas filosóficas estoicas y su incorporación a la terminología jurídica latina. Cicerón defendió la tesis de que el Estado debe aplicar y mantener el *jus*, esto es, el derecho y la ley, tarea que corresponde a la justicia. **Jus** significa justo. La influencia del **ius naturale** aparece también en las Instituciones, obra del emperador Justiniano, quien definió la justicia como la virtud que se inclina a dar a cada uno lo

que le pertenece (*jus quique tribuendi*) y la jurisprudencia la concibió como el conocimiento de las cosas divinas y humanas y el discernimiento exacto de lo que es justo e injusto. Pero Roma fue un imperio esclavista, el último de Europa, que creó el **jus romano** clasista.

La revolución mesiánica del cristianismo, al proclamar la igualdad de todos los seres humanos ante su creador (Dios), sentó las bases para el reconocimiento universal de la dignidad humana. La filosofía cristiana pura afirmó que el hombre no sólo tiene derechos inherentes o individuales, sino también externos para con los demás miembros de la sociedad en que vive. El concepto de la *fraternidad cristiana* se enfrentó al opuesto del **homo hominis lupus**, que ha caracterizado la historia del ser humano desde los tiempos primitivos hasta el presente.

## EDAD MEDIA

Tras la desintegración de la sociedad greco-romana, la iglesia católica quedó como el único poder universal con influencia social. Basados en la filosofía estoica y en el pensamiento cristiano, San Pablo, San Agustín y Santo Tomás de Aquino, entre otros, propugnaron por el concepto de la dignidad humana, la cual emana del hombre mismo y no de las instituciones. Para estos jusnaturalistas, cuya ley proviene de la divina, el hombre nace con derechos consustanciales a su propia naturaleza racional. En el siglo V, San Agustín (354-430), obispo de Nipona, sostuvo que en un Estado pagano no podía existir verdadera justicia, a la que él llamó concordia. En la edad media, Santo Tomás de Aquino (1225-1274) esbozó su idea de que el Estado está al servicio del individuo, que la autoridad emana del pueblo, que elabora las leyes, las cuales deben fundarse en la ley divina. Para él, una ley contraria a la ley natural no es obligatoria porque las leyes injustas no tienen validez moral, y la libertad es innata al individuo. En el siglo XVII, el teólogo español Francisco Suárez (1548-1617) expuso que la ley humana no puede apartarse de la ley natural, pues si lo hiciere destruiría sus propios cimientos y consecuentemente se autodestruiría. Para él, ley injusta no es ley. La filosofía cristiana se propagó y con ella la teoría

del derecho natural, basado en la ley divina, sobre la cual habría de fundarse más tarde la doctrina jusnaturalista racional de los derechos del hombre en el siglo XVIII, que dio vida al Estado de Derecho de la filosofía liberal de la revolución francesa. Sin embargo, el cristianismo no combatió la esclavitud ni fue su enemigo implacable. Cuando el imperio romano, tras 129 años de persecuciones sangrientas al cristianismo, consideró imposible continuar su contención por medios violentos, lo aceptó, lo asumió y lo convirtió en religión de Estado, mediante un famoso decreto del emperador Teodosio, por el que declaraba que todos sus súbditos deben ser católicos cristianos, seguido después por no menos 15 decretos de persecución por coacción penal a los heréticos y a los paganos, considerados como reos de alta traición; sus templos fueron destruidos y, con ellos, excelentes ejemplos de arte griego; y la paz romana decidió así la protección de la nueva fe del peligro de la discusión; es decir, que el cristianismo, aparecido como médula de unas fórmulas de libertad, y puede decirse que como una declaración de carácter divino de los derechos del hombre, llegó a institucionalizarse de una manera contradictoria frente a otras libertades de carácter secular: casi dieciséis siglos después estamos asistiendo a los esfuerzos de la iglesia por desromanizarse, no en el sentido que puede darle el hecho de su sede en Roma, sino en el que le dio el Imperio Romano, ajeno a su esencia.

En la época esclavista, el cristianismo abogaba por un entendimiento entre amos y esclavos. Cuando las doctrinas católicas pasaron a ser parte del binomio Estado-iglesia, se instauró uno de los periodos de absolutismo y de intolerancia religiosa más abominables en la historia: el Estado feudal, incluso el pontificio<sup>6</sup>.

## RENACIMIENTO - ILUSTRACIÓN

“La teoría de los derechos humanos que conocemos, se gesta desde los inicios de la Modernidad, con el Humanismo y el Renacimiento (siglos XV y XVI) y llega hasta nuestros días. En el momento en que se empieza

<sup>6</sup> Pedro Pablo Camargo, Manual de Derechos Humanos, Bogotá: Leyer 2005, pp. 15- 18

a gestar la sociedad Burguesa de la mano directa de la estructura política capitalista. “...La sociedad burguesa es la organización histórica de la producción mas desarrollada, mas diferenciada. Las categorías que expresan sus relaciones, la comprensión de su organización propia la hacen apta para abarcar la organización y las relaciones de producción de todas las formas de sociedad desaparecidas, sobre cuyas ruinas y elementos se halla edificada, y cuyos vestigios, que aún no ha dejado atrás, lleva arrastrando, mientras se ha desarrollado todo lo que antes había simplemente indicado...”<sup>7</sup>

Así pues al señalar como un producto de la modernidad a la citada teoría, su asimilación como tal en occidente deriva de los parámetros propios de esta y en especial con la edificación de un Estado que como la época hoy referenciamos como moderno, desligado de la confesionalidad previa de la sociedad feudal.

Tanto humanismo como ilustración destacan por confianza en el hombre, un florecimiento sin precedentes de la creatividad estética que con un proceso de reculturización crean un nuevo tipo de individuo, en el que la imprenta jugó un papel trascendental, destacándose la lucha por la libertad religiosa que rompió la unidad Europea, despertó fanatismo y generó un proceso atroz en términos sociales.

“La lucha contra la intolerancia religiosa se alimenta, al inicio, del descontento frente a una guerra aniquiladora y brutal, y responde, ante todo, a un imperativo pragmático de paz. En esta lógica se inscribe el edicto de Mantés, promulgado por el rey Enrique IV en 1598, con la intención de evitar una guerra civil, que le concede a los calvinistas franceses la libertad de culto y el acceso a los cargos públicos en igualdad de condiciones con los católicos”<sup>8</sup>.

“Jhon Locke (1632-1704) resumió muy bien los dos principios básicos de la tolerancia: a) cada cual es autónomo en sus creencias y prácticas religiosas, y no debe ser molestado si con su

<sup>7</sup> Carl Marx, Introducción a la Crítica de la Economía Política. Ediciones de Cultura Popular, Mexico 1974 pp. 266

<sup>8</sup> GRUPO PRAXIS. Fundamentación en Derechos Humanos. Universidad del Valle

conducta no perjudica la libertad de los demás; b) las diferencias en materia religiosa, deben ser toleradas tanto por el Estado, que no tiene injerencia directa en asuntos de fe, como por las Iglesias, autorizadas a hacer proselitismo, pero por medio de la persuasión y no de la violencia. Por consiguiente, nadie debe ser perseguido ni discriminado por sus opiniones religiosas. La tolerancia abre así el camino a la libertad de conciencia y a la autonomía moral”.<sup>9</sup>

Será desde el orden natural y arraigados en la naturaleza humana planteados por el Ius naturalismo desde donde los derechos humanos se enunciaran en un primer momento. Su referente será la ley natural, aceptada por su racionalidad. “Es por todos conocido que esta época está impregnada de principio a fin por el por el ideario iusnaturalista. Alentada por la filosofía de Rousseau y los ideales emergentes de libertad e igualdad, la impera la firme creencia en un derecho ideal eterno e invariable, que Dios ha impreso en la naturaleza del hombre y que puede ser conocido a través de la razón humana...”.<sup>10</sup>

De la ley natural deriva un conjunto de derechos naturales como la vida, la salud, la libertad y la propiedad; considerados independientes del Estado y su configuración por ser propios de la naturaleza humana.

El naciente capitalismo también resultaría un factor importante en lo que fue en el momento y a futuro la configuración del orden jurídico. “El derecho en sus determinaciones generales, el derecho en tanto que forma no existe solo en el cerebro y en las teorías de los juristas especializados; existe una historia real, paralela, que no se desarrolla como un sistema conceptual, sino como un sistema particular de relaciones que los hombres contraen, no a causa de una elección consciente, sino bajo la coacción de las relaciones de producción. El hombre se vuelve sujeto jurídico con la misma

necesidad que la transforma el producto natural en una mercancía dotada de las propiedades enigmáticas de valor...”.<sup>11</sup>

“La importancia creciente atribuida a la individualidad, explica el énfasis en los derechos del individuo, en contraste con la costumbre medieval de considerar libertades y derechos como un patrimonio del feudo, ciudad o aldea, que le correspondían al individuo sólo en la medida en que estuviese enraizado en estas comunidades. Se afianza en fin una interpretación de la ley natural centrada en la idea de una igualdad originaria entre todos los individuos, que contrasta con la concepción jerarquizada del orden natural, tan característica de la Edad Media”.<sup>12</sup>

“... La evolución histórica no solo entraña un cambio en el contenido de las normas jurídicas y una modificación de las instituciones jurídicas, sino también un desarrollo de la forma jurídica como tal. Esta, después de haber aparecido en una etapa determinada de la civilización, permanece largo tiempo en un estado embrionario con una débil diferenciación interna y sin delimitación en relación a las esferas vecinas (costumbre, religión). Solo al desarrollarse progresivamente alcanza su apogeo supremo, su diferenciación y su precisión máxima. Esa etapa de desarrollo superior corresponde a relaciones económicas y sociales muy determinadas. Al mismo tiempo esa etapa se caracteriza por la aparición de un sistema de conceptos generales que reflejan teóricamente el sistema jurídico como totalidad orgánica...”.<sup>13</sup>

“El modelo Lockeano de los derechos naturales, sustentados en la ley natural y protegidos por el poder de la sociedad civil, tuvo una enorme influencia en los protagonistas de las llamadas revoluciones burguesas: la revolución norteamericana (1776) y la francesa (1789) y, en las respectivas declaraciones de derechos. La expedición de una declaración solemne de derechos -de inspiración iusnaturalista- para

<sup>9</sup> Mario Grondona, *Doce Grandes pensadores de la Libertad*, Buenos Aires: Sudamericana S.A., pp. 13-27

<sup>10</sup> Alf Ross, “El problema de la positividad en el derecho” en *Teoría de las Fuentes del Derecho* Madrid 1999: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 68

<sup>11</sup> Eugeni Pashukanis, “Finalidad de la Teoría del Derecho”, en *Teoría General del Derecho y Marxismo*, Barcelona: Labor, 1976 pp. 49

<sup>12</sup> GRUPO PRAXIS Op. Cit. pp. 16

<sup>13</sup> Eugeni Pashukanis, “Finalidad de la Teoría del Derecho”, en *Teoría General del Derecho y Marxismo*, Barcelona: Labor, 1976 pp. 53

legitimar el proceso revolucionario y sustentar el nuevo ordenamiento jurídico político permite que los derechos dejen de ser meros principios o aspiraciones morales, para transformarse en la base de legitimación del poder y en el sustento moral del ordenamiento jurídico positivo”.<sup>14</sup>

Al incorporar como parte del ordenamiento jurídico, los derechos en referencia empieza a hacer parte de la norma fundamental y a cobrar efectos que son recogidos por la Escuela Positiva: “La función de esta norma fundante básica es fundamentar la validez objetiva de un orden jurídico positivo, es decir, de las normas implantadas mediante actos de voluntad en un orden coactivo eficaz en términos generales; es decir, interpretar el sentido subjetivo de esos actos como su sentido objetivo...”.<sup>15</sup>

Desde este mismo momento se vislumbra una clásica discusión entre el Positivismo y el Ius naturalismo, cual es el alcance de las normas; la positiva y la consuetudinaria, al ser la Teoría de los Derechos Humanos inicialmente fundada en el derecho natural.

“Las declaraciones de derechos en los dos procesos revolucionarios mencionados, comparten por igual la creencia en unos derechos sagrados e imprescriptibles, garantizados por el orden natural, que consisten fundamentalmente, en la vida, la libertad, la igualdad y la seguridad de la propiedad. En ambos casos, es objeto de especial protección la libertad de conciencia y de expresión. En cuanto a las diferencias más evidentes, cabe mencionar el mayor énfasis de los norteamericanos en la necesidad de imponerle límites al poder político o constituido, que contrasta con la confianza de los revolucionarios franceses en la sabiduría y la justicia de la ley, concebida como emanación de la voluntad general y, por consiguiente, ajena por definición a la injusticia y a la opresión. No obstante es importante resaltar el aporte de los revolucionarios franceses en materia de derechos de participación ciudadana, y sobre todo, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. En especial la Declaración de 1793,

impulsada por los jacobinos, consagra ya los derechos a la educación y a los medios de subsistencia, que después jugarán un papel importante en la tradición socialista. En los debates que acompañan estas formulaciones solemnes salen a relucir las ideas básicas sobre derechos humanos que constituirán, en los dos siglos siguientes, el arma ideológica del liberalismo, el socialismo y la democracia. En este sentido los dos procesos revolucionarios inauguran la historia moderna de los derechos humanos y pone a la orden del día una serie de problemas que, más de dos siglos después, siguen siendo los nuestros”.<sup>16</sup>

En el siglo XIX y XX las declaraciones revolucionarias de Norteamérica y Francia son incorporadas de manera jurídica y política en las diferentes Naciones, bien como principios normativos bien como derechos exigibles jurídicamente. Esta exigibilidad jurídica cambia el escenario de justificación moral por un escenario de responsabilidad jurídica de los Estados frente a sus ciudadanos. En el siglo XIX avanzan las ideas sociales; la idea de la libertad empieza a estar a la defensiva contra movimientos de raíz democrática y finalmente socialista. El liberalismo que empezó como una avanzada contra el positivismo medieval, se encontró con que lo cuestionaban en este siglo otras formas de Colectivismo. La consagración bien como norma bien como principio lleva al señalamiento de Dworkin acerca de la diferencia entre estas: “La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que le dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión...”.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Grupo PRAXIS Op. Cit. pp 18

<sup>15</sup> Hans Kelsen, “Dinámica Jurídica” en Teoría Pura del Derecho, México: Editorial Porrúa, 1997 (1960) pp. 210

<sup>16</sup> GRUPO PRAXIS Op. Cit pp. 18

<sup>17</sup> Ronald Dworkin, “El Modelo de las Normas I”, en Los Derechos en Serio, Barcelona: Gedisa, 1992, pp. 75

“En la Declaración de Independencia Norteamericana los Derechos Humanos son verdades evidentes, descansan en el hecho que todos los hombres son creados iguales y que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, confirmación de la estirpe jusnaturalista del discurso independentista americano. Estos derechos, entre otros, son la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. También el alcanzar su seguridad. Son derechos individuales que responden a la larga aspiración del derecho consuetudinario anglosajón, a lo proclamado y buscado por la reforma, los filósofos de la ilustración y las cartas de los derechos de la Revolución Inglesa”.<sup>18</sup>

“En el caso de la Revolución Francesa esta, se anuncia como una relación de derechos y deberes. Y se hacen públicos, siempre presentes a los ciudadanos. Tales derechos fijan un límite al poder legislativo y al poder ejecutivo. Siendo tal límite que se reasigna a toda institución política, que consiste en no vulnerar los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, y ser controlable mediante la comparación permanente con los fines proclamados por las instituciones. Afirma, además, el derecho de reclamo de los ciudadanos en el contexto de los principios enunciados, buscando mantener la constitución y el bienestar de todos.”<sup>19</sup>

“Debe resaltarse en el caso francés que el art. 1 de la Declaración consagra como derecho natural positivo la libertad y la igualdad, con un alcance pre y supra constitucional este paso al positivismo se va a dar como otro momento, como un puente, un suceso en la formulación, completamente lógico, con un carácter antropocéntrico del derecho y la sociedad. La afirmación del individualismo jurídico político, en tanto el individuo es sujeto único de derecho. Al mismo tiempo contractualista, en tanto la permanencia de la vigencia de los derechos individuales naturales se logra a

través de un pacto, de un contrato entre los asociados, al poner en funcionamiento, al aplicar el contractualismo”.<sup>20</sup>

El siglo XIX con la generalización del uso de la Constitución por parte de los Estados incorporará poco a poco una estructura más social, se destaca La Comuna de París en 1871 logrando una igualdad material dentro de la sociedad.

“De los derechos humanos individuales, o derechos y libertades fundamentales (vida, libertad, seguridad, propiedad, intimidad, resistencia a la opresión, etc.) que fueron reivindicados por la revolución francesa de 1789 y que constituyen la Carta que establece los derechos de los gobernados frente a los poderes omnímodos de quienes gobiernan -y que son denominados derechos humanos de primera generación- se avanzó hacia el reconocimiento de los derechos humanos de carácter económico, social y cultural, Estos fueron reivindicados por la Constitución de Weimar de 1919 y la revolución del proletariado en la URSS en 1917. Estos derechos (salud, educación, bienestar, trabajo, seguridad social cultura, etc.) son el fundamento, a partir de la segunda mitad del siglo XX, del Estado social de derecho (**freiheilige Sozialstaat**) que surge en Europa”.<sup>21</sup>

“Entrado el siglo XX la Revolución de octubre divide en dos la concepción política del mundo con la configuración de un Estado de clase, proletario y socialista, la república de la Carta de Derechos de los Trabajadores y su organización en Soviets, con una dirección altamente burocrática de la Nomenclatura, por oposición el estado burgués, liberal y democrático evolucionará hacia el Estado Social de Derecho (República de Weimar), el Derecho Social en Francia, el laborismo en Inglaterra, el derecho al trabajo en México, y el Estado intervencionista y de bienestar en los Estados Unidos”.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Ricardo Sánchez y otro, “Cuatro momentos de los Derechos Humanos” en Escritos para el estudio de los Derechos Humanos, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2000 pp. 34

<sup>19</sup> Ricardo Sánchez y otro, “Cuatro momentos de los Derechos Humanos” en Escritos para el estudio de los Derechos Humanos, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2000 pp. 51

<sup>20</sup> Ricardo Sánchez y otro, “Cuatro momentos de los Derechos Humanos” en Escritos para el estudio de los Derechos Humanos, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2000 pp.77- 78

<sup>21</sup> Pedro Pablo Camargo, Manual de Derechos Humanos, Bogotá: Leyer 2005, pp. 121

<sup>22</sup> Ricardo Sánchez, Op. Cit pp 107

Los “Derechos de la revolución marxista. El Manifiesto del Partido Comunista, de Karl Marx (1818-1883) y de Friedrich Engels (1820-1895), de 1848, es la crítica más acerba al Estado de derecho de la revolución francesa, edificado sobre la propiedad privada, incluso de los medios de producción. El político francés Louis Blanc (1811-1882), en su Catecismo del Socialismo, dijo que el socialismo tenía por fin alcanzar entre los hombres las cuatro máximas básicas que aparecen en el Evangelio: 1) amaos los unos a los otros; 2) no hagáis a otro lo que no queréis que se os haga a vosotros mismos; 3) el primero de entre vosotros debe ser el servidor de todos los demás y, 4) paz a los hombres de buena voluntad.

Inspirado en el Manifiesto del Partido Comunista, de Marx y Engels de 1848, el dirigente ruso Vladimir Ilich Lenin (1870-1924) preparó en prisión, entre 1915 y 1916, su programa del partido social demócrata ruso, que contiene una declaración de derechos y libertades fundamentales y contempla la supresión de las clases y la igualdad absoluta de todos ante la ley. El triunfo de las ideas socialistas de Marx y Lenin sobre el Estado y el Derecho ocurrió cuando, como consecuencia de la llamada revolución de octubre de 1917, los bolcheviques rusos tomaron el poder y crearon el primer Estado socialista de obreros y campesinos. La Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado, redactada por Lenin en 1918, contiene el objetivo de asegurar los derechos económicos, sociales y culturales en la sociedad socialista. Estos tienen su protección en las Constituciones de 1918, 1924, 1936 y 1977 de lo que fue la URSS”.<sup>23</sup>

Un último momento histórico y jurídico de la construcción de la Teoría de los Derechos Humanos se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, posterior a la segunda guerra mundial y tras toda su alta carga de dolor, amargura y muerte se produce un cambio súbito de carácter geopolítico. El surgimiento de las dos potencias que después se enfrentarían en la guerra fría; en occidente el dominio de los Estados Unidos y la consolidación de la Democracia como sistema político y la formación del sistema de las Naciones Unidas y

un capitalismo que se transformaría en los últimos cincuenta años, hacen que libertad y control sean fundamentales en el nuevo orden con mayor contenido de derechos pero a la vez con un control estricto de la sociedad con miras a mantener la paz internacional y nacional.

Evitar episodios como el ocurrido en Alemania con el Nacionalsocialismo requiere un mayor control de las estructuras sociales y dentro de éstas. “La disciplina no puede identificarse ni con una institución ni con un aparato. Es un tipo de poder, una modalidad de ejercerlo, implicando todo un conjunto de instrumentos de técnicas, de procedimientos, de niveles de aplicación, de metas; es una física o una anatomía del poder, una tecnología. Esta será utilizada para garantizar la estabilidad del orden democrático”.<sup>24</sup>

La Alemania Nazi supone replantear jurídicamente y para siempre la cuestión de la legalidad, el juicio a los jueces alemanes sometidos a un “clásico imperio de la Ley” que cumplieron a cabalidad, en la medida en que “...en los dos grandes Estados en los que el positivismo jurídico del siglo XIX consigue dominar, en Francia y en Alemania, se pone claramente de manifiesto que éste sólo se puede concebir como el modo de funcionar de la legalidad estatal de una burocracia de profesión judicial, como un modo de pensar jurídico supeditado a lo que resulta de las codificaciones escritas y fundado en un orden estable de política interior...”<sup>25</sup>

El Nazismo ampliamente legalista cumple con el precepto de validez jurídica de su sistema y aplica el criterio de la regla de reconocimiento constitutiva, la cual es supuesta y suprema “De estas dos ideas, la de criterio supremo y la de regla última, la primera es la más fácil de definir. Podemos decir que un criterio de validez jurídica (o fuente del derecho) es supremo, si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aún cuando contradigan reglas identificadas por referencias a los otros

<sup>24</sup> Michael Foucault, “El panoptismo” en Vigilar y Castigar, México: Siglo XXI, 1980, pp. 185

<sup>25</sup> Schmitt, Carl. “Distinción de los modos de pensar la ciencia jurídica” en Sobre los tres modos de pensar la C. Jurídica. Madrid : Tecnos 1996, Pág. 33

<sup>23</sup> Pedro Pablo Camargo, Manual de Derechos Humanos, Bogotá: Leyer 2005, pp. 22- 23



criterios, mientras que las reglas identificadas por referencia a los últimos no son reconocidas si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo”.<sup>26</sup>

Pero este positivismo exagerado no hizo más que dar un manto de legalidad a muchas de las conductas bárbaras vistas en la guerra. Surge entonces un proceso de Posguerra con un marcado acento en la racionalidad y en el consenso como forma de construcción de la sociedad, y con este el respeto a la diversidad, a las minorías y a las comunidades diversas al interior de los Estados. Se abandona las ideas constitucionales previas de la Teoría Pura del Derecho las cuales consideraban que “...Solo cuando se presupone una norma fundante básica referida a una Constitución bien determinada, es decir, solo cuando se presupone que uno debe comportarse conforme con esa Constitución bien determinada, puede interpretarse el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y los actos realizados conforme a la Constitución, como su sentido objetivo, es decir, como normas jurídicas válidas objetivamente, y las relaciones constituidas mediante esas normas jurídicas válidas objetivamente, y las relaciones constituidas mediante esas normas, como relaciones jurídicas...”<sup>27</sup>

Empieza en el escenario estudiado a darse más campo al discurso democrático contemporáneo en la sociedad. “Una sociedad democrática puede acoger dentro de sí muchas comunidades y, de hecho, intenta ser un mundo social dentro del cual pueda florecer la diversidad en armonía y concordia; pero no es propiamente una comunidad, ni puede serlo, debido al hecho del pluralismo razonable. Porque eso requeriría el uso opresivo del poder del gobierno, lo cual es incompatible con las libertades democráticas básicas. Desde el principio, pues, concebimos una sociedad democrática como una sociedad política que excluye el Estado confesional o aristocrático, por no hablar de un Estado de

castas, esclavista o racista. Esta exclusión es una consecuencia de que hayamos hecho de las facultades morales la base de la igualdad política”.

“Los ciudadanos normalmente tienen objetivos y compromisos de tipo político y no político. Así, defienden los valores de la justicia política y quieren verlos tomar un cuerpo en las instituciones políticas y en las políticas sociales. También promueven los otros valores y fines no políticos de las asociaciones a las que pertenecen...”<sup>28</sup>

Este será el contexto que identificará el último momento histórico que estudiamos en este marco; en el que además del surgimiento del Estado de Bienestar, del laborismo inglés, y el Estado Socialista de la URSS surgen teorías críticas desde el derecho que “...frente a la ortodoxia jurídica, critican el formalismo de la ciencia (y la práctica) jurídica burguesa, la falsa imparcialidad de su abandono de los elementos político- ideológicos del Derecho, que en realidad refuerza el statu quo. ...”<sup>29</sup>

“... la mejor forma de caracterizar en general a los juristas críticos es aludiendo a un punto de vista o actitud hacia el derecho: el jurista crítico trabaja con el derecho, pero no adopta el punto de vista interno o normativo propio de la ciencia jurídica normal, cuya función práctica (orientada a la mejor realización del ordenamiento positivo) parece exigir una cierta aceptación o al menos acatamiento del derecho dado y de las reglas de juego convencionales de la comunidad jurídica. El crítico no se sitúa en el lugar del legislador, no se siente obligado a reconstruir racionalmente el sistema ni a asumir, siquiera hipotéticamente, sus fines y valores como esquema de interpretación...”<sup>30</sup>

El texto de la Declaración de 1948 reitera los derechos y libertades “clásicos”, se afirma la propiedad no solo individual sino Colectiva (países socialistas), el debido proceso, el matrimonio y la familia, los derechos políticos a través del Principio Universal de la Democracia política electoral, y se

<sup>26</sup> H.L.A. Hart, “Regla de reconocimiento y validez jurídica” en *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, pp 132

<sup>27</sup> Hans Kelsen, “Dinámica Jurídica” en *Teoría Pura del Derecho*, México: Editorial Porrúa, 1997 (1960) Pag. 209

<sup>28</sup> John Rawls, “Ideas fundamentales”, en *La Justicia como Equidad*, Barcelona: Paidós, 2002. pp. 46- 47

<sup>29</sup> Juan Pérez Lledó, “Teorías Críticas del Derecho” en E. Garzón y F. Laporta (eds.), *El Derecho y la Justicia*, Madrid: Trotta, 1996, pp. 90

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 100

produce la incorporación de los derechos económicos, sociales y culturales. Existe eso sí una falencia en el texto y es la omisión a la autodeterminación nacional y el derecho de los pueblos, minorías y etnias como personas colectivas (solo hasta 1960, 66 y 67 son adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas), igual señalamiento sobre la protección al derecho del ambiente natural y social. El Pacto sobre los derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto sobre los derechos civiles y políticos adoptados en 1966 llenarán los vacíos críticos de la Declaración de 1949, e incorporarán una nueva generación de Derechos Humanos.<sup>31</sup>

A pesar de los nuevos retos y de las nuevas reivindicaciones que han salido a relucir en estos últimos años, relacionadas en especial con el reconocimiento de las minorías y los derechos colectivos a la paz o al medio ambiente, el texto de 1948 sigue siendo un punto de referencia obligado para el debate ético-político acerca del sentido y alcance de los derechos humanos.

“Muchos pueblos, especialmente africanos, que lograron su independencia de las metrópolis coloniales en la segunda mitad del siglo XX, han venido haciendo énfasis en la reivindicación de derechos colectivos que, como en el caso de la autodeterminación (**selfdetermination**) o libre determinación de los pueblos, están reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas y han sido incorporados en los Pactos internacionales de derechos humanos. Se habla entonces de una **tercera generación de derechos humanos** pertenecientes colectivamente a todos los seres humanos, como el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho al medio ambiente sano, el derecho al espacio público, el derecho a disponer de los recursos naturales, etc.. Empero, si bien es cierto que derechos como el ambiente sano tienen cierta protección internacional por medio de tratados contra la contaminación, también es verdad que no hay una conciencia universal acerca de adoptar un Pacto internacional con los derechos humanos colectivos, tal como ocurre con el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

En otras palabras, muchos Estados y autores consideran que los derechos colectivos (espacio, salubridad pública, paz, desarrollo, ambiente sano) no son stricto sensu derechos humanos en el sentido de los derechos y libertades fundamentales, que puedan ser sometidos a protección internacional. Para los autores que nos los consideran derechos humanos en estricto sentido se trata de derechos que pueden ser asegurados mediante la cooperación internacional si los problemas rebasan las fronteras nacionales, como en el caso de la contaminación ambiental de las fuentes de agua.

El derecho a la paz y la seguridad internacionales no es tampoco, según algunos autores, un derecho humano que pueda ser reclamado judicialmente, en forma individual. En cambio, nadie pone en duda que la paz es un derecho colectivo de los pueblos que puede ser reclamado ante las Naciones Unidas, cuya tarea consiste en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

La autodeterminación de los pueblos, como se dijo anteriormente, es un derecho de los pueblos reconocido por el Art. 1° del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el Art. 1o del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. En fin, tal como aconteció con el derecho al desarrollo, que adquirió status de derecho humano fundamental, paulatinamente la sociedad internacional seguirá avanzando en esa dirección.

Adoptada por la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno, reunida en Nairobi, Kenya, en junio de 1981, la ONU incluyó por primera vez los derechos de los pueblos o colectivos, teniendo en cuenta su importancia para el desarrollo.

Además de los derechos civiles y políticos (Arts. 1° al 14) y de los derechos económicos, sociales y culturales (Arts. 15 a 18), la Carta de Naciones Unidas incluye los siguientes derechos de los pueblos o colectivos:

a) *Derecho a la existencia y autodeterminación.* El Art. 20 dispone: 1 Todos los pueblos tienen el derecho de existencia. Tienen el incuestionable e inalienable derecho a la autodeterminación. Ellos determinan libremente su estatuto político y

<sup>31</sup> Ricardo Sánchez, Op. Cit., pp 125

proveen a su desarrollo económico y social de acuerdo al sistema político que ellos mismos hayan escogido libremente. 2. Pueblos colonizados y oprimidos tienen el derecho de liberarse por sí mismos del yugo de la dominación recurriendo a cualquier medio reconocido por la comunidad internacional. 3. Todos los pueblos tienen el derecho de asistencia de los Estados partes en la presente Carta en su lucha de liberación contra la dominación extranjera, sea política, económica o cultural. Este precepto es muy claro y el titular de esos derechos es el pueblo como sinónimo de Nación o Estado.<sup>32</sup>

El mundo occidental empieza a abrirse a una construcción más democrática: “El modelo del discurso de la interpretación jurídica surge como reacción a las debilidades o déficits de modelos y concepciones alternativas. Los más importantes modelos alternativos son el modelo deductivo, el modelo decisorio, el modelo hermenéutico y el modelo de coherencia”.<sup>33</sup>

En el caso de “La teoría discursiva del derecho conduce, a la necesidad de institucionalización de un sistema jurídico. Esto implica la autoridad del Derecho Positivo. Una institucionalización lograda a partir de la teoría del discurso incluye los principios del Estado constitucional democrático, entre otros, el de democracia, el de separación de poderes y el de Estado de Derecho”.<sup>34</sup>

Posiciones que revalúan lo existente como la de Ronald Dworkin también llevan a las nuevas posiciones de la doctrina liberal en la segunda mitad del siglo XX, El Derecho es una práctica social interpretativa. La Interpretación tiene dos puntos de referencia fundamentales: los Principios y las Directrices Políticas, la jurisdicción en sus fallos se desenvuelve en estos. De ahí que la decisión judicial nunca sea discrecional. En ese orden, Dworkin analiza y critica el modelo de las normas positivistas: “si tratamos los principios como derecho, debemos

rechazar el primer dogma de los positivistas, que el derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asume la forma de regla maestra.” “Su imagen del derecho como sistema de normas ha ejercido tenaz influencia sobre nuestra imaginación, por obra tal vez de su misma simplicidad. Si nos desembarazamos de este modelo de las normas, quizá podamos construir otro que se ajuste mas a la complejidad y la sutileza de nuestras propias prácticas”.<sup>35</sup>

“Cualquiera sea la interpretación que se dé a la relación que Dworkin establece entre Derecho y Moral, su Teoría de los Derechos exige una comprensión deontológica de las pretensiones jurídicas de validez. Con ello Dworkin rompe el círculo en el que la Hermenéutica Jurídica queda atrapada con su recurso a topoi históricamente acreditados de un ethos recibido mediante tradición. Dworkin da al planteamiento un giro constructivo”.<sup>36</sup>

No cabe duda que la posguerra genera un cambio drástico de las concepciones políticas y sociales en Europa una muestra ejemplar de este es el surgimiento de filósofos como Habermas quien ve en sus primeros años de adolescencia el rigor de la violencia así mismo. En su caso particular utiliza una especie de diálogo abierto para construir su obra, construyendo sus argumentos, interpretaciones y todo aquello que considera razonablemente válido dialogando con expertos para extraer la contribución más importante de estos, construye un modelo comunicacional a partir de 1981, donde se destaca el diálogo en cuanto a la construcción sistemática con Talcott Parsons y Niklas Luhman con su Teoría Autorreferencial “La innovación que introduce el concepto de autopoiesis es que transporta la representación de la Constitución autorreferencial y la lleva al nivel de las operaciones más elementales del sistema (que para el sistema ya no admiten más disolución y, con ella, para todo lo que en el sistema opera como unidad). No se trata, por consiguiente, de una pura

<sup>32</sup> Pedro Pablo Camargo, Manual de Derechos Humanos, Bogotá: Leyer 2005, pp. 121- 123

<sup>33</sup> Robert Alexy, “Interpretación jurídica y discurso racional” en Teoría del Discurso y Derechos Humanos, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995 pp.36

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 58

<sup>35</sup> Ronald Dworkin, “El Modelo de las Normas I”, en Los Derechos en Serio, Barcelona: Gedisa, 1992, pp. 99-100-101

<sup>36</sup> Jürgen Habermas, “Indeterminación del Derecho y racionalidad de la Administración de justicia” en Facticidad y Validez, Madrid: Trotta, 1998, pp. 276

autoorganización en el sentido de determinaciones y cambios de las propias estructuras, y tampoco simplemente de autonomía en el sentido del antiguo concepto de autorregulación”.<sup>37</sup>

En esta época en la que nos encontramos también se encuentra el tema de la reflexividad en el marco del discurso para una sociedad democrática, en la Teoría de Teubner: “La reflexividad dentro de los sistemas sociales es posible solo en la medida en que los procesos de democratización crean estructuras discursivas dentro de los subsistemas sociales y, la función primaria de la democratización de los subsistemas sociales no reside ni en la participación individual creciente ni en la neutralización de las estructuras de poder sino en la reflexividad interna de la identidad social”.<sup>38</sup>

“Una mirada panorámica sobre la historia de los dos últimos siglos permite diferenciar tres grandes ideas de libertad: libertad como no interferencia, libertad como participación política, libertad como liberación del hambre y de la miseria”.<sup>39</sup>

En este proceso han intervenido, fuerzas políticas e ideológicas distintas, caracterizadas por la prioridad que cada una asigna a las distintas categorías de derechos: el liberalismo de corte individualista, parece especialmente interesado en las libertades clásicas, relacionadas con la libertad de conciencia y expresión; la tradición socialista, por su parte, enfatiza el valor de la igualdad sustancial y, con ella, de los derechos sociales, en el camino hacia la emancipación política y humana; y, finalmente, la tradición radical-demócrata, que le adscribe un valor prioritario a los derechos de participación y a la expansión de la democracia participa, a su juicio, la mejor garantía para los derechos económicos y para los derechos de la tradición liberal.

<sup>37</sup> Niklas Luhman, “La clausura operativa del sistema de derecho” (VIII- IX) en *El Derecho de la Sociedad*, Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, pp. 29

<sup>38</sup> Gunter Teubner, “Derecho reflexivo” en P. Bourdieu y G. Teubner, *La Fuerza del Derecho*, Bogotá: Siglo del Hombre 2000, pp. 132

<sup>39</sup> Angelo Papacchini, *Filosofía y Derechos Humanos*, Revista de Humanidades. Segunda Edición, Cali: Universidad del Valle 1995, pp. 40-41.

El siguiente análisis de autores a partir del tema en estudio, visto en la perspectiva de la libertad, aborda autores con diferentes matices del pensamiento liberal, dependiendo desde donde se aborden: Liberalismo político o económico, según el énfasis.

El liberalismo político tiene como punto de partida a Jhon Locke, quien considera que ser libre es estar sujeto a la Ley y no a otro individuo; que la ley rige sobre gobernantes y gobernados por igual; que lo que manda en un Estado es el Derecho, el Estado es un mínimo moral, no se reconocen comunidades sino individuos que establecen entre ellos lazos consensuales, no hay un poder legítimo sin consenso; buscar el beneficio propio no es un ideal moral pero es una realidad conducente. En sus inicios este liberalismo reconoce la libertad solo para las naciones civilizadas. Para el liberalismo no hay entidades colectivas. La comunidad es un grupo de sangre, “la familia” Las obras donde se plantea la cuestión son “Dos tratados sobre el gobierno civil”.<sup>40</sup>

Hamilton y Madison en su obra durante el proceso de formación del Estado norteamericano, casi omiten el tratamiento sistemático de los derechos y garantías de la Libertad. La libertad moderna, consideran, nació con el protestantismo, señalando que al principio surgieron los hombres moralmente independientes; luego estos hombres reclamaron una estructura política, no solo como consecuencia histórica, sino como un orden lógico, visión que se puede decantar de los 85 artículos que dan lugar al texto “El Federalista”.<sup>41</sup>

Con Immanuel Kant quien pondría los fundamentos del liberalismo, en la medida que inicia de presupuestos filosóficos que no examina Locke. Kant observa que los seres actúan según leyes pero solamente los seres racionales tienen la capacidad de actuar según principios, de donde deriva finalmente la diferencia entre ser y deber ser. La libertad no consiste en que no haya ley, sino en que la ley mande, y no la voluntad de otro, hay autonomía

<sup>40</sup> M. Grondona, pp.13-27

<sup>41</sup> M. Grondona Op. Cit., pp.61-70

cuando esa ley que me manda ha sido generada en mí, estoy obedeciendo a mi razón. A su vez la voluntad es libre cuando está determinada por la razón práctica, que es una causa interna. La libertad no es absoluta, pues siempre la ley está por encima nuestro. En el mismo sentido considera a la persona como fin en sí misma. La idea de que el ser racional es legislador universal implica la idea de la dignidad. La libertad es la capacidad que tengo de dictar mi propia Ley: la “autonomía”. Si todos somos libres, no puede haber otra ley que la que cada uno se dicta a sí mismo. Su obra principal puede encontrarse en la “Metafísica de la Razón Pura” y en la Crítica de la Razón Práctica.<sup>42</sup>

Posteriormente se erige la figura de Alexis Tocqueville como defensor de la Libertad defensiva, es una manera de recibir el hecho democrático, este autor representa una oferta de compromiso con el cambio democrático. Su obra puede leerse en “La Democracia en América” (1840), “El antiguo régimen y la Revolución” (1856). Una sistematización de este compromiso se verá en John Rawls, quien ofrecerá una Teoría de la Justicia sobre la base de la conciliación entre la libertad y la igualdad.<sup>43</sup>

Con John Stuart Mill la libertad es el autogobierno el control que tengo sobre mi mismo, el cual al ejercerse sobre otro se convierte en poder. El gobierno tiene que legislar sobre el poder pero no sobre la libertad, así la soberanía es individual. Su obra se encuentra principalmente en el libro “On Liberty” y “Utilitarismo”. Con respecto al utilitarismo hay en el pensamiento liberal diversas ramas: la rama ética principística, no utilitaria- Locke, Kant, Nozick-, y la rama utilitaria – Mill, von Mises. En su obra de Utilitarismo Mill plantea las bases del pensamiento utilitario individualista, define utilidad, con todo aquello que procura placer a la persona y la exime de dolor. La felicidad es definida como el mayor balance neto de placer en el curso de una trayectoria biológica; la búsqueda de la felicidad es el supremo criterio

moral. La igualdad liberal no es de resultados sino de expectativas y posibilidades.<sup>44</sup>

## ÉPOCA CONTEMPORÁNEA

Max Webber escribe en la Alemania del Kaicer, de carácter anti liberal, por entonces se limita a desmitificar las ideologías dominantes: marxismo y nacionalismo. Analiza la realidad a partir de fórmulas que llamaba “Tipos Ideales”, así mismo su posición frente a los valores es un gran aporte, apuntando en las Ciencias Sociales a lo único o lo irreproducible. En su obra “La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo refuta a Marx probando que un fenómeno religioso, la aparición del protestantismo, está en el origen del desarrollo económico. Desencantó los valores, el mundo encierra un peligro ¿Qué somos sin nuestros mitos? Percibe en el protestantismo los valores que desplazan la mística. El desarrollo aparece como un desplazamiento en el énfasis moral, la revolución liberal se manifiesta y culmina en un cambio económico.<sup>45</sup>

Karl Popper, marca la contraofensiva liberal; su obra “La sociedad abierta y sus enemigos” plantea la existencia de dos tipos de sociedad; la tribal y la abierta, esta última es un espacio de realización de cada uno como individuo libre y responsable. Desarrolla la tesis de señalar al historicismo como totalitario, al intentar permanentemente predecir lo que puede ocurrir, por oposición para él, la historia en realidad está abierta a la libertad humana y es imprevisible, es el resultado de la interacción de miles de voluntades; está abierta y es multidireccional. También se destaca la relación verdad y democracia, expresando que son compatibles en la medida que se considere la existencia de una verdad pero sin que grupo u hombre alguno la posea; siendo el debate la única manera de progresar en la verdad (Debate = Principio político y científico). Una sociedad es libre cuando haya libre debate y experimentación de las opiniones. Finalmente se debe destacar este autor en la reconstrucción que estamos haciendo por los contraste que plantea: individualismo- colectivismo, y,

<sup>42</sup> Op Cit, pp. 71-83

<sup>43</sup> Op Cit, pp. 84- 92

<sup>44</sup> Op Cit, pp. 93- 100

<sup>45</sup> Op. Cit. pp 113- 120

egoísmo- altruismo, pudiendo existir individualismo egoísta y altruista, este último es deseable por el autor.<sup>46</sup>

La Escuela de Viena con Von Mises y Hayek. Mises marca el contraste de su pensamiento con otras líneas su obra *Human Action* (1947), una posición polémica en una introducción al economicismo liberal. Distingue tres etapas del pensamiento occidental. La libertad es la capacidad que se tiene de auto gobernarse, presupone que el hombre es un ser racional que elige medios para fines. Universaliza la teoría del intercambio. Señala que no hay escala, sino secuencia de valores. Niega el contrato político de Locke, las ideas del director del universo y la mano invisible de Smith. La organización social es el resultado del encuentro de seres racionales que se benefician recíprocamente a través del intercambio. Las libertades son económicas, la democracia no es un principio sino una restricción humana. Es Utilitarista relativista (diferente a Mill), cada hombre busca para sí lo que él entiende es lo mejor en un momento dado. Censura la seguridad social por destruir el ánimo de competencia. La Libertad es la coincidencia de la restricción humana con la praxeología, o sea restricciones de la naturaleza de las cosas y no de la discrecionalidad del Estado. No hay gobierno ni Constitución que pueda engendrar ni garantizar la libertad. Hayek busca la gran tradición liberal, su obra *The Constitution and Liberty*, es síntesis de este pensamiento. Refuta a Kelsen recurriendo a autores liberales que creen en el deber de obedecer a principios superiores.<sup>47</sup>

Con Rawls y Nozick surgen dos esquemas del liberalismo contemporáneo, y de manera especial en Norteamérica; *Anarquía, Estado y Utopía* (1974) condensa la obra de Nozick, en su concepción recurre al modelo Individualista Lockeano, el Estado de Naturaleza es el Estado Natural del Ser Humano, los Derechos Morales se infieren de una situación precontractual. Concibe a la Justicia como Titulación (adquisición, transferencia, rectificación), considera que no hay Estado legítimo, Estado

Ultramínimo anarquista se identificaría con tal propuesta pues el Estado Mínimo es la única forma posible de estado.<sup>48</sup>

Rawls con un esfuerzo máximo que hace el liberalismo de reconciliarse con las tendencias sociales de la democracia, Nozick vuelve a los orígenes liberales. Por su lado Teubner señala “Dentro de la hipótesis de un concepto pluralista de derecho, se pueden examinar los fenómenos contemporáneos de derecho socialmente difuso, la Ley del Mercado o dentro del derecho de organizaciones Transnacionales”.<sup>49</sup>

Entonces, “La recuperación de las nuevas reflexiones que sobre el derecho se han venido haciendo en el último cuarto del siglo XX partiendo de Rawls y terminado con Habermas, y mostrando en el intermedio los impulsos que en tal sentido ya se prefiguraban en las Teorías Críticas del Derecho y el pensamiento postsocialista.”<sup>50</sup>

Esta construcción histórica y teórica en torno a la construcción del tema de la Libertad, el Estado y la teoría de la Justicia, nos lleva a ubicarnos en un muy contemporáneo debate de la filosofía del derecho que plantearemos finalmente en esta parte de nuestro trabajo. Con Rawls y “la teoría de la justicia queda en evidencia la relación estructural entre los principios de justicia y el ordenamiento jurídico-político, que la misma discusión liberal- comunitarista asume explícitamente relacionando moral, política y derecho...”<sup>51</sup>

Rawls irrumpe con su Teoría de la Justicia, fundamentándola en Kant y la doctrina liberal del contrato, a contracorriente de la tradicional filosofía anglosajona utilitarista; trata de establecer una teoría procesal de la justicia adecuada a las sociedades bien ordenadas, terminando convertida en una Teoría de la justicia como equidad. Su gran fuerza filosófica

<sup>48</sup> M. Grondona Op. Cit., pp.140- 165

<sup>49</sup> Gunter Teubner, “La nouvelle auto- referentialité” en *Le Droit: un Systeme Autopoiétique*, París, PUF, 1993 pp. 61

<sup>50</sup> Oscar Mejía Quintana, “Elementos para una reconstrucción del Estatuto Epistemológico de la Filosofía del Derecho” en *Humanitas* (No 33), Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos (Universidad Autónoma de Nuevo León), 2006, pp. 29

<sup>51</sup> Op. Cit. pp.3

<sup>46</sup> Op. Cit. pp 121- 125

<sup>47</sup> Op. Cit. pp 125- 138

está en haber conciliado cuatro corrientes filosóficas aparentemente divergentes: el contrato social, el utilitarismo, el intuicionismo y la teoría de la elección racional.<sup>52</sup>

En su obra *Liberalismo Político* (1993) se destacan como elementos básicos: la Sociedad como sistema equitativo de cooperación, la oposición del Constructivismo político y el constructivismo kantiano, la Concepción política de persona, el Pluralismo razonable; además la idea de Consenso entrecruzado constitucional es fundamental en la medida que genera procedimientos democráticos para superar conflictos políticos y condiciones que garanticen pluralidad. Así mismo las *Virtudes Cooperativas de Vida Social* razonabilidad, sentido de equidad, espíritu de compromiso y reciprocidad. En su teoría del consenso en un segundo momento se consolida el llamado por el pluralismo razonable, define la concepción política de la Justicia, supone un nivel determinado de bienestar material y define Esenciales Constitucionales y términos de razonabilidad. Resuelve la cuestión Liberalismo político vs Liberalismo procedimental. Finalmente, entorno a la llamada Razón Pública, el constituyente ciudadano constituye su principal fuente; el Tribunal Supremo es un foro principal que se rige por esencias constitucionales, donde la razonabilidad constituye criterio de corrección, y existe una primacía de lo justo sobre lo bueno.<sup>53</sup>

En esta reconstrucción haremos finalmente una referencia a Habermas, pues ha permitido un enriquecimiento del Estado Social de Derecho y su propia formulación del Estado democrático de derecho. Lo que reconstruye es la síntesis de la formación hasta hoy de una conceptualización en categoría de Derechos Humanos en que se identifica claramente, los de autonomía individual como miembro de una comunidad jurídica establecida, los procedimientos, acciones efectivas que hagan valer la existencia de los mismos y los derechos políticos de discurso y opinión pública en condiciones de igualdad para

formar voluntad y tomar decisiones o influirlas decisivamente, un cosmopolitismo jurídico y organizativo, el discurso, el poder comunicativo, es de una innegable importancia pues invita a actuar de nuevo en un sentido público y social, deliberativo y crítico, exigiendo que los derechos subjetivos de libertad estén institucionalizados efectivamente, lo cual implica acciones judiciales de efectivo cumplimiento y que la autolegislación, lo democrático, lo soberano, participativo, sea constitucional y legalmente establecido.<sup>54</sup>

### III. CONCLUSIONES

Al realizar este trabajo hemos notado la necesidad de materializar la investigación propuesta, primero porque es indudable que la formación de juristas debe pasar por el abordaje de las distintas concepciones que han existido del derecho y de los derechos humanos en la historia, y segundo porque el ejercicio del derecho siempre se enmarca en una corriente de pensamiento que debemos conocer a qué obedece.

En la historia de occidente ha estado presente el discurso de los derechos humanos, no con esta denominación que la conocemos recientemente, pero sí como la consagración de la libertad, la dignidad humana y la justicia. Con una construcción histórica apoyada en procesos violentos de carácter revolucionario se han ido alcanzando poco a poco y en el marco del Estado Social de Derecho las distintas generaciones de Derechos Humanos entre ellos los Colectivos.

Han sido precisamente las necesidades y el sufrimiento producto de excesos y abuso del poder los que llevaron en un primer momento a la consagración de los derechos y las libertades individuales, la barbarie de las guerras mundiales a una nueva generación y la explotación desmedida del planeta y sus recursos a la consagración de la última generación. Factores ideológicos como el proceso socialista y teorías democráticas del derecho llevaron a que poco a poco el Estado viviera una transformación en el

<sup>52</sup> Bjarne Melkevik, "Introducción" en Rawls o Habermas Un Debate de la Filosofía, Bogotá: Universidad Externado, 2006, pp. 20-21

<sup>53</sup> Oscar Mejía Quintana, Teoría Política, Democracia Radical y Filosofía del Derecho, Bogotá, Temis 2005, pp. 105- 120

<sup>54</sup> Ricardo Sánchez y otro, "Cuatro momentos de los Derechos Humanos" en Escritos para el estudio de los Derechos Humanos, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2000 pp. 140- 147.

que la positivización de las garantías humanas tuviera un lugar preponderante.

Al desarrollar nuestro trabajo desde el enfoque liberal recurrimos a cerca de trece pensadores relacionados con esta ideología, y encontramos que tienen diferencias entre sí, a veces marcadas, tanto por el contexto histórico en el que se desenvuelven, como por el matiz que imprimen a su forma de liberalismo; en el mismo sentido se encuentran atados a la concepción de Estado, y a momentos en que la ideología fue de avanzada o defensiva.

También realizamos un análisis extendido de quien consideramos el más grande pensador liberal del siglo pasado J. Rawls, de cuya obra se puede observar un lugar preponderante a los Derechos Humanos en el marco de su Teoría de la Justicia y del liberalismo político. Al estudiar algunos pensadores que no encajan en el liberalismo, pero que sí delimitan nuestra forma actual de pensar fue importante concluir que en Habermas, Alexy y Dworkin, se encuentran espacios para la construcción de la sociedad de una manera diferente bien sea desde el poder comunicacional, el discurso, el consenso; formas que parten de tener en cuenta grandes diferencias de la sociedad para su definición y organización.

En los autores estudiados se encuentra el estudio de la noción de individuo de manera reiterada y clara, su racionalidad, la construcción del individualismo, del igualitarismo y del universalismo. Así mismo se reconocen que los distintos autores abordados desarrollan también sus obras sobre los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad, y ciudadanía, aunque cada concepto lo asuman de distinta forma y en relación diversa con los demás.

Tres momentos son claves en el proceso de construcción de la Teoría de los Derechos Humanos liberal; la Revolución Norteamericana, que abre una brecha para hacer camino hacia esta tendencia de libertades; la revolución francesa con el Humanismo, la Ilustración y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y su posterior expansión sería un momento cumbre en la primera etapa de desarrollo; y, la Declaración Universal de los

Derechos Humanos será el real avance hacia una sociedad diferente. Claro está el surgimiento de los Estados Unidos como Imperio Militar se da en la Posguerra, así como una transnacionalización de la economía de mercado que generarían nuevos retos a las Naciones Unidas.

Al realizar la reconstrucción teórica se evidencia que no hay un acuerdo universal acerca de las concepciones de la justicia basadas en la noción de derechos humanos, así mismo que sus Teorías son una propuesta más de organización social.

Los Derechos Humanos son una construcción histórica, tal y como se afirmó al inicio. No sólo dependen del mundo de las ideas y de las luchas, igualmente de unos condicionamientos de materialidad económica y de condiciones de época, decisivos para su comprensión.

La conclusión en torno a las teorías de los derechos humanos se encuentra en la manera como se van a formar a partir de tres principios morales: el de autonomía, el de inviolabilidad y dignidad de la persona, y el de ciudadanía. Del primero de ellos encontramos derivan las teorías de los derechos humanos, los llamados derechos de libertad; del segundo deducen todas las teorías de derechos de seguridad; y del principio de ciudadanía deducen todas las teorías los derechos de participación política.

“Existen, sin embargo, dos grandes grupos de concepciones de los derechos humanos, todas ellas liberales, es decir, todas ellas caracterizadas por la noción de individuo como agente moral racional, por su individualismo, igualitarismo y universalismo, y todas ellas basadas en los tres citados principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad y ciudadanía: por un lado, las concepciones liberal conservadoras, y por otro, las concepciones socialistas liberales. A lo largo de estas páginas han ido asomando algunas de las diferencias fundamentales existentes entre unas y otras concepciones de los derechos humanos. Por lo que al catálogo de los derechos humanos se refiere, la diferencia fundamental entre unas y otras va a radicar en la consideración o no de los derechos sociales (o derechos de bienestar) como genuinos derechos humanos, con el mismo fundamento y con iguales características que los



demás. Por lo que a presupuestos teóricos se refiere, las diferencias fundamentales entre las concepciones liberal-conservadoras y socialistas liberales de los derechos humanos giran en torno a las siguientes cinco cuestiones, cuyas respuestas merecen un análisis pormenorizado a realizar en otro marco:

- a) ¿En qué consiste tratar a todos los seres humanos como iguales, con igual consideración y respeto?
- b) ¿Qué relación existe entre la autonomía individual, la satisfacción de las necesidades humanas básicas, y los derechos de bienestar?
- c) ¿Pueden los bienes públicos primar en alguna ocasión sobre los derechos individuales?
- d) ¿Cabe algún tipo de redistribución de bienes y recursos entre los individuos que no suponga tratar a unos como meros medios en beneficio de otros?
- e) ¿Son moralmente relevantes las omisiones?, ¿se pueden violar los derechos humanos por omisión?”

De esta manera, con los interrogantes para la reflexión y con la necesidad de seguir ahondando en las concepciones del derecho, los derechos humanos y la justicia, dejamos este aporte para nuestra comunidad académica, de modo que cualquiera de nuestras profesiones tengan una reflexión acerca de los derechos.



Ursula Fernanda Castellanos Moreno  
Abogada Cum Laude UIS.  
Especialista en Derecho Público  
UNAB. Magister en Estudios Urbano  
Regionales U. Nacional. Docente de  
Planta UPB – Bucaramanga



Luis Guillermo Rosso Bautista,  
Abogado Universidad  
Industrial de Santander,  
Especialista en Derecho  
Público, Candidato a Magister  
en Derecho, Docente

Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Bucaramanga

## BIBLIOGRAFÍA

- [1] Pérez Escobar, Jacobo. Metodología y técnica de la Investigación Jurídica. Tercera edición. Santa Fe de Bogotá- Colombia: Temis, 1999. p. 223.
- [2] Mercado, Salvador. ¿Cómo hacer una tesis? Tesinas, Informes, Memorias, Seminarios de Investigación y Monografías. Segunda edición. México: Limusa s.a. Grupo Noriega Editores, 1998. p. 293.
- [3] Eco, Humberto. Cómo se hace una tesis, Técnicas y procedimientos de Estudio, investigación y escritura. Versión castellana de Lucía Baranda y Alberto Clavería Ibáñez.
- [4] Defensoría Del Pueblo. Los derechos e intereses colectivos, defensa a través de las acciones populares. Primera edición. Bogotá-Colombia: Imprenta Nacional, 2000.
- [5] Botero Aristizábal, Luís Felipe. Acción Popular y nulidad de actos administrativos, protección de derechos colectivos. Primera edición. Bogotá-Colombia: Legis Editores, 2004..
- [6] Arango, Rodolfo. Derechos, constitucionalismo y democracia. Primera Edición. Bogotá-Colombia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado.
- [7] Abramovich, Víctor. y Courtis, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Primera edición. España: Trotta, 2002.
- [8] Sarmiento, German Palacio. Las acciones populares en el derecho privado colombiano. Única Edición. Bogotá-Colombia: Banco de la República, 1988.
- [9] Carmargo, Pedro Pablo. Las acciones populares y de grupo. Guía Práctica de la Ley 472 de 1998. Tercera Edición. Bogotá-Colombia: Leyer, 2002.
- [10] Mariño Montoya, Rodrigo Alfredo. Acciones Populares, un instrumento de justicia. Única edición. Bogotá-Colombia: Leyer, 2001.
- [11] Patiño Beltran, Carlos Augusto. De las Acciones de Tutela, Cumplimiento, Populares

- y de Grupo. Segunda edición. Bogotá-Colombia: Leyer, 2001.
- [12] Alexy, Robert. Jueces y Ponderación Argumentativa. Universidad Autónoma de México 2006.
- [13] Perelman, Chaim. De la Justicia. Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México 1964.
- [14] Leibniz, Gottfried Wilhelm. El derecho y la equidad, la justicia, la sabiduría. Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México 1964.
- [15] Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México 1982.
- [16] Atienza, Manuel. Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica, UNAM, México 2002. Argumentación jurídica en El derecho y la justicia, eds. E. Garzón Valdez y Francisco Laporta, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- [17] Bobbio, Norberto. Derecho y lógica. Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México 1965.
- [18] Vernengo, Roberto. La Interpretación Jurídica. Universidad Nacional Autónoma de México 1977.
- [19] Guastiani Ricardo, Estudios sobre la interpretación jurídica, Editorial Porrúa y UNAM, México, 2003.
- [20] Nieto, Alejandro. El arbitrio judicial, Ariel Derecho, Madrid, 2000.
- [21] Iturralde Victoria de Sesma, Aplicación del Derecho y Justificación de la Decisión Judicial, Valencia, 2003