
Dalia Carreño Dueñas
(EDITORA ACADÉMICA)

Nuevos escenarios constitucionales



Nuevos escenarios constitucionales

Nuevos escenarios constitucionales

Dalia Carreño Dueñas
(EDITORA ACADÉMICA)

José Arturo Restrepo Restrepo
Luis Fernando Bravo León
Juan Carlos Arias Duque
Dalia Carreño Dueñas
Carlos Julio Vargas Velandía
Jaime Cubides Cárdenas
Angélica Grandas Ferrand
Rodolfo Torregrosa Jiménez
Mariela Inés Sánchez Cardona
Cesar Augusto Sepúlveda Ortiz
Diego Fernando Peña Peña
Marcos Sánchez
(AUTORES)



Nuevos escenarios constitucionales / José Arturo Restrepo Restrepo [y otros once]; Dalia Carreño Dueñas (editora académica). - Villavicencio, Universidad Santo Tomás, 2018.

164 páginas (Colección Iuris et realitas; N.º 3).

ISBN: 978-958-782-141-3

1. Dignidad. 2. Constitucionalidad. 3. Libertad de expresión. 3. Medios de comunicación de masas. 4. Metaderechos – Colombia. I. Restrepo Restrepo, José Arturo. II. Bravo León, Luis Fernando. III. Arias Duque, Juan Carlos. IV. Carreño Dueñas, Dalia. V. Vargas Velandía, Carlos Julio. VI. Cubides Cárdenas, Jaime. VII. Grandas Ferrand, Angélica. VIII. Torregrosa Jiménez, Rodolfo. IX. Sánchez Cardona, Mariela Inés. X. Sepúlveda Ortiz, Cesar Augusto. XI. Peña Peña, Diego Fernando XII. Sánchez, Marco. XIII. Universidad Santo Tomás (Colombia)

SCDD edición 23
342.0853.861

CO-ViUST



© Dalia Carreño Dueñas, Sonia Cortés Zambrano, José Arturo Restrepo Restrepo, Luis Fernando Bravo León, Juan Carlos Arias Duque, Carlos Julio Vargas Velandía, Jaime Cubides Cárdenas, Angélica Grandas Ferrand, Rodolfo Torregrosa Jiménez, Mariela Inés Sánchez Cardona, Cesar Augusto Sepúlveda Ortiz, Diego Fernando Peña Peña y Marcos Sánchez
© Universidad Santo Tomás, 2018

Ediciones USTA

Carrera 9 n.º 51-11

Edificio Luis J. Torres, sótano 1

Bogotá D. C., Colombia

Teléfonos: (+571) 5878797, ext. 2991

editorial@usantotomas.edu.co

<http://ediciones.usta.edu.co>

Director editorial: Esteban Giraldo González

Coordinación de libros: Alejandro Villate

Asistente editorial: Andrés Felipe Andrade

Universidad Santo Tomás Sede Villavicencio

Coordinador Unidad de Investigación: Miguel Antonio Prieto Osorio

Coordinador editorial: Sergio Andrés Salgado Pabón

Diagramación: Patricia Montaña

Diseño de portada: Alexandra Romero

Corrección de estilo: Silvia Daniela Leyva Mosquera

Hecho el depósito que establece la ley

ISBN: 978-958-782-141-3

e-ISBN: 978-958-782-142-0

Impreso en Colombia • Printed in Colombia

Impreso por: DGP Editores S.A.S.

Primera edición: 2018

Todos los derechos reservados

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio, sin la autorización previa por escrito de los titulares.

Contenido

Presentación	9
<i>Dalia Carreño Dueñas</i>	
Prólogo	13
<i>Sonia Patricia Cortés Zambrano</i>	
Concepción tomista de la dignidad humana. Aporte a la Iusfilosofía	15
<i>José Arturo Restrepo Restrepo</i> <i>Luis Fernando Bravo León</i>	
El registro personal callejero y vehicular en Colombia: entre la ilegalidad y la inconstitucionalidad	41
<i>Juan Carlos Arias Duque</i> <i>Dalia Carreño Dueñas</i> <i>Carlos Julio Vargas Velandía</i>	

Límites constitucionales a la libertad de expresión
en redes sociales 85

Jaime Cubides Cárdenas
Angélica Grandas Ferrand
Rodolfo Torregrosa Jiménez

Análisis de los medios de comunicación en el ejercicio
del derecho a la paz 113

Mariela Inés Sánchez Cardona
Cesar Augusto Sepúlveda Ortiz

Metaderechos, dignidad humana y reconocimiento:
una perspectiva más allá de la titularidad de los derechos 135

Diego Fernando Peña Peña
Marcos Sánchez

Presentación

El derecho actual atraviesa por las fracturas propias que viven todas las ciencias sociales en el siglo XXI. Lo anterior implica que los principios y derechos fundamentales, que constituyen la base del orden jurídico, están sometidos a un contexto multifactorial y pluriverso, es decir, permanecen en una transformación constante. Nunca antes como ahora la provisionalidad, la colisión y la ambigüedad se habían mostrado tan presentes en la forma como, en el orden jurídico, el sujeto y el discurso se conforman y configuran, entonces, para poder dar respuestas a las complejas expresiones de la vida en conjunto y, también, a sus diversas manifestaciones. De este modo, la dinámica social y las interrelaciones emergentes requieren, por parte de todos los actores involucrados en los conflictos legales, un ejercicio permanente de razón atenta y crítica, y de creación de nuevos escenarios de justicia, libertad e igualdad dentro del horizonte de un Estado social de derecho que, cada vez, demanda mayor inclusión, solidaridad y paz social.

Todo lo dicho remite a la necesidad de asumir un derecho constitucional en clave posmoderna que se construye desde una perspectiva paradójica e indeterminada porque requiere de nuevos sentidos y significados de principios, así como de garantías, para poder afrontar los desafíos que los conflictos entre los individuos y colectivos experimentan. Según lo anterior, es posible afirmar que estos actores asumen, con cierta decepción, las oportunidades y posibilidades asimétricas entre sí mismos y la volatilidad de un sistema cambiante. Por tanto, la teoría del derecho debe estar fundada, hoy, en unos

conceptos de ser humano, mundo y realidad en construcción que evidencien las tensiones y relaciones con esta teoría posmoderna. Del mismo modo, resulta imperante integrar las fuertes dinámicas y las mutaciones que se operan en cada uno, y entre ellos, con la renuncia a hacer abordajes desde lo cerrado, lo absoluto, lo lineal y lo definitivo, es decir, desde lo sólido.

Así, pues, la necesidad de un ámbito en constante apertura y reflexión sobre la crítica del derecho constitucional proporciona las luces para comprender las cargas y la ponderación entre cláusulas que se contraponen para que estas puedan ser restringidas o limitadas, sin que esto signifique menoscabo, sino, por el contrario, creación y creatividad jurídica. Ahora bien, en esta apuesta por los nuevos retos jurídicos es necesario velar por la interdisciplinariedad, la interpretación y el carácter dialógico. De esta manera, un examen de los nuevos escenarios constitucionales resulta el lugar común, o de convergencia, de este espacio reflexivo y crítico en el que se examina e interpela a los investigadores, quienes son parte de la arquitectura del Derecho como práctica social discursiva. Solamente ellos pueden, en este caso, formular preguntas acerca de la dignidad, la paz, la intimidad y la libertad de expresión.

De acuerdo con lo anterior, el presente libro es un proyecto común, un esfuerzo de cohesión y colaboración de diversos investigadores en torno a la pregunta por los nuevos escenarios constitucionales. Por tanto, para dar respuestas desde otras miradas, se hizo solícito realizar encuentros interdisciplinarios con la filosofía, la educación y la sociología.

El primer escenario constitucional sitúa, así, la dignidad humana, base de los derechos humanos fundamentales, desde la perspectiva del pensamiento iusfilosófico tomista, que reactualiza el valor de la persona, sus dimensiones y, por lo tanto, sus garantías, amparos y derechos. José Arturo Restrepo Restrepo y Luis Fernando Bravo León indagan, entonces, desde el pensamiento iusfilosófico tomista, por la dignidad en tanto estructura epistémica compleja presente en las Leyes Fundamentales actuales, en la cuales se entroniza a la persona como fin esencial de todo Derecho. En conformidad con lo anterior, la discusión en torno a la dignidad desde el tomismo inicia a partir de

la ubicación como principio, cuyos sentidos y diversas comprensiones se constituyen en auténticos desafíos culturales a la paradigmática vida colectiva actual. Los autores reasumen el tono inquisitivo planteando las preguntas en un tono epocal: ¿A qué nos referimos cuando se habla de dignidad humana?, ¿de qué dignidad hablamos?, ¿qué parámetros la definen?, ¿a qué derechos nos remite?

Por su lado, el segundo capítulo plantea el escenario constitucional conflictivo de la ponderación entre derechos, y entre la seguridad pública y la intimidad personal, como ejercicio de cohesión y colaboración. En este capítulo, Juan Carlos Arias Duque, Dalia Carreño Dueñas y Carlos Julio Vargas Velandía se adentran en la paradoja en la que se ubican los actos de registro de la policía, que se encuentran en la zona gris de la ponderación porque, al no estar regulados de manera expresa, acarrearán la confrontación entre la seguridad pública y la intimidad personal, además de señalar que los límites constitucionales a la restricción de la intimidad de la persona en su cuerpo, ropas o vehículos no son claros. Lo anterior pone de manifiesto que no existe ninguna licencia constitucional ni tampoco legal para dichos actos de registro.

Por su lado, el tercer escenario constitucional ubica uno de los aspectos paradigmáticos de la cláusula de la libertad de expresión en las redes sociales, como ejercicio de cohesión y colaboración. De esta forma, Jaime Cubides Cárdenas, Angélica Grandas Ferrand y Rodolfo Torregrosa Jiménez indagan por las restricciones constitucionales a la libertad de expresión en los escenarios sofisticados y avasallantes de las redes sociales, que se presentan como matrices que busca proteger el Estado Social de Derecho en modos y grados multinivel no lineales, sino siempre modulables, abiertos. Esto, teniendo en cuenta que las nuevas expresiones en la virtualidad han maximizado la intersubjetividad, el discurso y los pronunciamientos permanentes, mediante la fuerte circulación, con el consecuente esfuerzo para su tutela y salvaguarda.

El cuarto capítulo advierte el escenario constitucional de los medios de comunicación en el ejercicio del derecho a la paz como ejercicio de cohesión y colaboración. De este modo, Mariela Inés Sánchez Cardona y Cesar Augusto Sepúlveda Ortiz profundizan, de ma-

nera crítica, en la responsabilidad sociopolítica de los contenidos de los medios de comunicación como nichos simbólicos de creación de pautas culturales que pueden ser de paz o violencia. El análisis llevado a cabo en este capítulo muestra la necesidad de la responsabilidad de toda información transmitida por los medios de comunicación como discurso de violencia. Lo anterior sugiere, entonces, que la paz debe ser comprendida como derecho, deber y obligación estatal y debe estar de manera privilegiada en la agenda del Estado Social de Derecho, pues tiene que instituirse como uno de sus fines esenciales para lograr su preservación y promoción.

Por último, el quinto escenario constitucional, en tanto ejercicio de cohesión y colaboración, autoría de Diego Fernando Peña Peña y Marcos Sánchez, señala la ruptura epistémica en la versión moderna del Derecho. Dicha coyuntura produce la irrupción de la propuesta de los metaderechos desde la perspectiva de Amartya Sen, quien advierte que los derechos fundamentales y garantías se tornan precarios por la apabullante pobreza y desigualdad material que abren el horizonte de sentido iusfilosófico de la dignidad de la persona humana y de su reconocimiento.

DALIA CARREÑO DUEÑAS
EDITORA ACADÉMICA

Prólogo

En el presente libro se reúnen diversos análisis y reflexiones en torno a los nuevos escenarios constitucionales que abordan derechos fundamentales. Esto enmarca la indagación por los aspectos fundantes del Estado y de las libertades que deben salvaguardarse. Por este motivo, desde el título de la obra, los investigadores se propusieron problematizar los contenidos de los derechos a la intimidad en el contexto de las transformaciones del derecho policivo en Colombia; por lo que resultan preguntas esenciales la libertad, la libre expresión en tiempos de globalización tecnológica, la autonomía y la paz en tiempos de posconflicto y la importancia del papel de los medios de comunicación en el ejercicio de construcción de tejido social, desde la perspectiva de la Dignidad Humana. A su vez, en el contexto filosófico, legal y jurisprudencial, las reflexiones aquí dispuestas se tejen como un ejercicio de trascendente relevancia y actualidad.

Dicho lo anterior, quisiera hacer unas mínimas consideraciones que ayudarán, sin duda, a entender la relevancia teórica y la importancia práctica de un libro cuyo alcance podrá apreciar el lector por sí mismo. Quisiera contextualizar, así, el análisis que se efectúa en el libro, de acuerdo con los escenarios de la vida contemporánea, los cuales se han consolidado paulatinamente como espacios para el desarrollo de nuevas formas de conocimiento en los que las organizaciones pueden enseñar, aprender, crear, construir y recrear diferentes aspectos de la vida social y de su lucha por la dignidad.

En Colombia, la Corte Constitucional señala tres lineamientos que buscan la comprensión de este bien jurídico: la dignidad humana

entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital, la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien) y la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

Según lo dicho, la dignidad humana es el principio fundante del ordenamiento jurídico y, por tanto, del Estado, se esgrime como un principio constitucional y, a su vez, como un derecho fundamental autónomo del cual se derivan todas las libertades y cuya concreción redundará en una convivencia pacífica.

La conciencia colectiva genera un conocimiento que lucha por comprender la realidad y transformarla positivamente en el marco de lo que la misma sociedad entiende como dignidad humana. Los principios de libertad y de autodeterminación son pilares de este valor fundamental. No obstante, su realización está amenazada por las mismas realidades sociales.

El ejercicio de los derechos fundamentales, en contraste con su vulneración masiva y persistente por circunstancias políticas, económicas y culturales, rompe el núcleo mismo de los bienes jurídicos tutelados por el orden jurídico del Estado, siendo muchas veces este mismo quien, por su acción u omisión, o por su ausencia, se convierte en el principal generador de vulneraciones al principio de dignidad humana. Lo anterior se puede establecer a partir de la valoración de los índices de corrupción, pobreza y violencia, puesto que son muestras claras del rompimiento del punto de partida que justifica hablar hoy de paradojas o indeterminación de los principios fundamentales aquí debatidos.

No quisiera terminar este prólogo sin constatar el carácter intelectual y el rigor metodológico de los autores, esfuerzo acompañado de una probidad científica que destaco y felicito.

SONIA PATRICIA CORTÉS ZAMBRANO
 DECANA FACULTAD DE DERECHO
 UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS SEDE VILLAVICENCIO

1. Concepción tomista de la dignidad humana. Aporte a la Iusfilosofía¹

JOSÉ ARTURO RESTREPO RESTREPO²

LUIS FERNANDO BRAVO LEÓN³

1 Este capítulo es una producción en cohesión académica del proyecto “Justicia, Paz y Legitimidad” (perteneciente a la línea Filosofía y Teoría crítica del Derecho del Grupo de Investigación SocioHumanística del Derecho GISHD). Fue realizado con el apoyo estructural y financiero de la Universidad Santo Tomás.

2 Filósofo de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín). Licenciado en Filosofía y Ciencias Religiosas y Especialista en Gerencia de Instituciones de Educación Superior de la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Doctor en Educación de la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Docente-Investigador de la Universidad Santo Tomás. Miembro del Grupo de Investigación SocioHumanística del Derecho GISHD.

3 Licenciado en Filosofía de la Universidad San Buenaventura (Bogotá) con estudios de Lingüística y Literatura en la Universidad Distrital (Bogotá). Magíster en Investigación social interdisciplinaria de la Universidad Distrital (Bogotá). Doctorando en Filosofía de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Docente del Departamento de Humanidades de la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Miembro del Grupo de Investigación SocioHumanística del Derecho GISHD.

1.1. Introducción

En momentos en los que se proclaman con ímpetu los derechos de la persona, se hace imperioso definir los fundamentos de esta dignidad. No basta con declarar los derechos, pues hacerlo implica, además, argumentarlos en aquello que los constituye. No es su declaración en sí misma o el acuerdo multilateral, sino su constitutivo; aquello en lo que se fundamenta. Aquí se argumenta que es la dignidad misma de la persona la base de todo derecho. Se podría acordar un escenario de respeto a la persona, a algunos de sus derechos y libertades aún con un amplio código legislativo, sin poder acordar con ello el salvaguardar una auténtica dignidad de lo humano.

Posiblemente la manera más clara de abordar la comprensión de la dignidad humana es a partir del valor que se asigne al hombre. En otras palabras, el criterio con que se valore al hombre será el criterio de comprensión de su dignidad. Para R. Spaeman (1995, p. 36) la personalidad es una constitución esencial, no una cualidad, mucho menos un atributo dado que se recibe en un agente externo. El hecho de que las Naciones Unidas expliciten una declaración sobre los derechos humanos no totalizan este valor, más bien lo suscitan en el escenario mundial sin pretender, en ningún caso, que sean estas naciones las que confieran la dignidad a nadie, simplemente declaran que ya era preexistente en cada uno de los seres humanos y en todas las etapas de su existencia.

Con un criterio darwinista por ejemplo, la diferencia entre hombre, animal y otros seres estaría dada solamente por una diferencia de grado y no de esencia, ¿conlleva esto a una concepción de dignidad con connotaciones diferentes? No en vano los movimientos ecologistas proclaman derechos y dignidad de los animales. En otros contextos la dignidad de la persona refiere a la libertad entendida como autonomía absoluta. Por su parte una cosmovisión teológica refiere a una dignidad emanada de la condición de hijos de Dios. ¿Nos referimos a diferentes dignidades y, en consecuencia, hablamos de los mismos derechos?

1.2. Preguntas no tan obvias

Aunque parece evidente y es doctrina que todos los hombres poseen una igual dignidad, este principio encuentra en su comprensión alcances diversos y como consecuencia su consecución genera desafíos culturales y sociales. La comprensión de las anteriores premisas lleva a preguntas como ¿a qué nos referimos cuando se habla de dignidad humana?, ¿De qué dignidad hablamos?, ¿Qué parámetros la definen?, ¿A qué derechos nos remite? Por su lado, pregunta Robert Spaemann (1989): ¿Hay un derecho a la dignidad? O, por el contrario, ¿es la dignidad, la base de todo derecho? “La idea de dignidad, es sin duda, más antigua que la de los derechos humanos” (p. 94). Proclamar con ímpetu y propósito de universalidad como se hace hoy, el discurso de los derechos de toda persona, es una conciencia que nos remite a tiempos pasados, pues alcanza pública aclamación verbal y documental no solo en los momentos actuales.

Un hecho visible y manifestativo de esta convicción lo encontramos en la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* de 1948, que para muchos constituye un verdadero hito del progreso de la humanidad, al menos conceptualmente. El preámbulo de muchas de las constituciones modernas explicita el concepto de dignidad referido a la persona, como presupuesto antropológico desde una argumentación tangible como lo es el derecho.

El reconocimiento de la dignidad de la persona transcurre mediado por la historia con la intervención de varias voces, por tanto, no es una realidad unívoca o cerrada. Las posturas denotan una evolución en el reconocimiento de la dignidad de la persona y sus derechos, hasta llegar a clasificarlos como lo hacen algunas de sus presentaciones en derechos de primera generación, para las libertades individuales y sociales; de segunda generación para el reconocimiento de la igualdad; de tercera generación para los de solidaridad; y en última instancia, otros como los derechos de identidad personal y de grupo étnico.

Aunque esta lectura, no es más que solo una determinada lectura, esta constituye una expresión e intento de explicitación y hace evidente la manifestación para que la condición individual e intransferible de la dignidad sea protegida por un régimen de derechos.

Sin duda, un paso importante es que organizaciones multilaterales consideren prioritaria la necesidad de proclamar y salvaguardar los derechos humanos y, conforme a ello, acuerden la urgencia de implantar una legislación que asegure su práctica. Con todo, la tarea de definir los fundamentos de esta dignidad o sacar a luz nuevas expresiones de estos es una tarea que apenas empieza. No basta declarar los derechos, implica además argumentar tal desarrollo en aquello que los constituye, no su declaración en sí misma o el acuerdo multilateral, sino su constitutivo, la dignidad misma de la persona.

Por tanto, la doctrina expuesta en la *Constitución Gaudium et Spes* del Vaticano II, expresa que los derechos humanos se fundan en relación con la dignidad del ser humano, y reconoce que los tiempos actuales poseen una “conciencia más viva de la dignidad humana que hace surgir en diversas regiones del mundo un propósito de establecer un orden político-jurídico que proteja mejor en la vida pública los derechos de la persona” (GTS n.º 72).

1.3. La dignidad de la persona conciencia de lo humano como su fundamento

El tiempo presente ha recogido una avanzada comprensión de la naturaleza humana apoyada en los estudios que han profundizado en las leyes naturales, sociales y espirituales que intervienen en la naturaleza de la persona, tarea que no es fácil ni acabada, pues la respuesta a aquella pregunta de qué es el hombre en su esencia, generalmente se ha fraguado en situaciones de crisis.

El pensar no es la mayoría de las veces un asunto de reposo académico y esto es una clave interesante para recuperar y repensar la dignidad humana y sus derechos inherentes, pues estos siempre se han dado en el esfuerzo de la configuración de la vida que llega a hacerse difícil, por eso no es de extrañar que la auto reflexión del hombre nazca la mayoría de las veces de las crisis que reportan importantes momentos de conciencia de lo humano, suscitando o enfatizando, así, fundamentos para dirigir la vida en esos sentidos descubiertos.

No es de extrañar que al identificar la dignidad de la condición humana y los derechos que la salvaguardan sea necesario ubicarlos en

la problemática histórica de la época de los hombres, la cual también resulta vigente en la actualidad. No hay ni buen o peor momento en la vida del hombre para la vivencia o salvaguarda de la dignidad humana expresada en sus derechos, es decir, no hay momentos idílicos de los derechos. Lo anterior, lleva a pensar que la crisis respecto a los derechos humanos es también una oportunidad, puesto que lo peor que en materia de derechos humanos podría suceder sería el mutismo o la amnesia.

Para una mayor comprensión de lo humano contamos con las imágenes del hombre que se han formado históricamente, así como con las interpretaciones desde unas posiciones metafísicas religiosas y de otro lado con las interpretaciones denominadas modernas de inspiración kantiana. Karl Dienelt (1979), por ejemplo, advierte que solo desde un planteamiento a modo de fundamento pueden esclarecerse las categorías existenciales del ser del hombre.

El reconocimiento de aspectos psicológicos y sociológicos del hombre, como lo explicitaran por ejemplo J. Dewey o los filósofos de la escuela crítica como Habermas, tan ampliamente aceptados, podrían ser claves para la consideración de esta discusión. No obstante, es necesario advertir que en las noticias y consideraciones, exclusivamente propias de las ciencias empíricas, no se agota la cosmovisión de lo humano, ni surgen los derechos y deberes del mismo. Es necesario recurrir a aquello que también manifiesta Habermas como el mundo de la vida. “Hay que permitir volver a encontrarse con el mundo de la vida [para que] las personas puedan asumir sus destinos autónomamente, es decir, remoralizar la naturaleza humana antes de que en nombre del conocimiento científico pueda ser desnaturalizada” (Habermas, 1992, p. 45).

Expresa Karl Dienelt (1979) que se requiere de una antropología real que no disimule ni acentúe, sino que investigue y medite a fondo los abismos y planos del hombre que sabe tanto del problematismo como del carácter ineludible de las normas de la conducta humana, propia de un hombre que se ha hecho cuestionable, y que a pesar de todo, sabe que tiene que vivir de la interpretación que se haga de sí mismo. De acuerdo con lo anterior, se pauta que solamente de esta manera podríamos evitar que los fundamentos de la dignidad

humana aparezcan como instrumento retórico.

A. Lobato (1997) lo advierte así: el término “dignidad” queda vacío, si se desvincula de la naturaleza esencial del hombre, porque el valor del ser humano proviene de su naturaleza. En conformidad con lo dicho, se podría acordar un escenario de respeto a la persona, a algunos de sus derechos y libertades aún con un amplio código legislativo, sin poder acordar una auténtica dignidad de lo humano. Las ciencias del hombre han ampliado hasta horizontes insospechados nuestros conocimientos de lo humano. Nunca supimos tantas cosas acerca del hombre como hoy. Pero al mismo tiempo, este hombre de hoy es más consciente de las facetas de su realidad como aspectos propios y no como fruto de la selección, la casualidad o del destino, que siguen escapando a las imágenes de sí que le presentan las ciencias del hombre.

Dilthey apuesta por lo que llama los círculos hermenéuticos interpretativos y, a su vez, Heidegger propone colocar entre paréntesis aquello que constituye lo accidental para centrarse en la esencia permanente del hombre en su conjunto, a condición de que pueda concebirse como algo necesario y lleno de sentido. En este punto, es necesario admitir que el esfuerzo de identificar al hombre en cuanto hombre, conlleva ya una imagen preestablecida, como lo advierte el racionalismo crítico y su cuestionamiento a una ciencia neutral aparatada de la injerencia histórico cultural. Por otra parte, está abierto el cuestionamiento al intento de reducir una inabarcable multitud de posibilidades de lo humano (como sistema fractal) a un fondo común previo, como esencia preestablecida, caso que para algunos representaría una cuestionable simplificación de lo humano.

Por su parte resultaría vacía una visión de lo humano sin el respectivo contexto e interpretación que conllevaría una descripción simplista del fenómeno *hombre*. Posiblemente la manera más clara de abordar la comprensión de la dignidad humana tendría que ver con el valor que se asigne al hombre. En otras palabras, el criterio con que se valore al hombre constituirá el factor clave en el criterio de la comprensión de su dignidad. Desde este punto se desprende la reflexión de cada época con respecto a lo humano, la cual parece enfatizar en una de sus manifestaciones específicas, escapándose, de esta manera, la posibilidad de una manifestación como un todo.

1.4. El concepto de dignidad humana entre posiciones antagonistas

La comprensión del hombre y su dignidad ha recorrido dos etapas más o menos definidas que continúan influyendo en nuestra situación cultural actual. Para A. Lobato (1994, p. 72), estas etapas están, de un lado, en los aportes del pensamiento denominado clásico, en el que se explicitan factores connaturales al hombre y, de otro lado, la etapa que se inicia con el pensamiento de influencia kantiana, expresión máxima del iluminismo.

En el primer caso, la identidad de lo humano procede por un movimiento de participación y descenso de la centella de la vida, la fuerza del espíritu, el dinamismo del alma como participación de una plenitud. Si bien se participa también del mundo bajo los pies, parece tener más peso lo que sucede en el mundo trasobjetivo.

Las diferencias se comprenden en aquello que va más allá de lo que es común a todos. Es una búsqueda del hombre en el seno de la totalidad por medio de las diferencias. Así lo humano emerge en medio de la naturaleza con un destino propio hermosamente expresado en la tragedia griega, o el poder del hombre como lo proclama Sófocles (Lobato, 1994, p. 75). La comprensión del hombre se lleva a cabo desde la alteridad, diferente del animal, distinto pero a la vez congénero con sus semejantes, irreductible a cualquier otro individuo con un yo y alma que lo diferencian como una marca propia. Con una razón y manos ante el mundo y distinto a él pero en profunda relación con todo aquello que este contiene, especialmente en relación con todos los hombres, de cara a los dioses, a semejanza de ellos pero no igual, pues es mortal y necesitado.

En la identificación de estas diferencias, encuentran origen los diversos discursos antropológicos que ubican al hombre como ser dotado de palabra, como ser de dos horizontes, habitado por un espíritu, y que se sitúa en la frontera del tiempo y la eternidad, horizonte de dos mundos, entre el animal y los dioses, que puede ser una sombra (Píndaro Cant. IV, 6), pero puede ser también imagen y semejanza de Dios (Gn. 1, 27).

Por su parte, el hombre de la modernidad se ha definido desde una evolución ascendente, una comprensión del hombre como punta de lanza de un movimiento que se dirige siempre hacia adelante y hacia arriba. Así lo fue haciendo posible la antropología kantiana con su inversión del punto de vista, en el que no prima el objeto sino el sujeto, el yo pensante y no tanto la consideración de las cosas o el objeto del pensar. Dar razón de lo que el hombre piensa, obra y produce y sobre todo, dar razón por el hombre mismo, y por esto se entiende, un hombre adulto, que renuncia a las creencias y tiene la capacidad de pensar por sí mismo siguiendo el sendero que indica la sola razón, identificando las condiciones de posibilidad de todo pensar humano, como un sujeto que impone límites a la realidad. De este modo, pensar es más proyectar que recibir un impacto de la realidad, lo conocido en los objetos es lo puesto en ellos por el sujeto. En el sujeto está la raíz de todo pensar. Así lo identitativo del sujeto humano no está en lo que las cosas le dicen, sino en su capacidad de ir a las cosas, hacerlas posibles. Queda así establecida la pretensión ingenua de alcanzar las cosas en sí mismas a través de lo que yo pienso.

Teniendo en cuenta lo mencionado, se puede decir que se resta la importancia de las cosas por sí mismas, el interés es puesto en el hombre, fuente de toda posibilidad en el pensar y en su praxis, en lograr todo aquello que los hombres puedan en la conquista de un auténtico progreso. El Saber, el hacer, el esperar se convierten, entonces, en las manifestaciones de lo humano. Qué puede hacer el hombre en la naturaleza y qué hacer con su libertad, qué le es lícito esperar (Kant, 1978). El hombre suplanta el puesto que antes tenía el ser, el lugar que tenía reservado Dios o la *physis*.

Un deseo utópico, una ambición de totalidad, un súper yo, crean un clima cultural y antropológico en el que el hombre se convierte en horizonte de totalidad, primer trascendental, implicado en el despliegue de la realidad. No se comprende al hombre en el horizonte de la totalidad del ser, sino al hombre como fundamento y horizonte de comprensión.

Surge una pluralidad de ensayos de lo que es el hombre; algunos de estos ascienden del dato a la categoría y, otros, descienden del universal a lo particular, del hombre existente al hombre en cuanto

tal, o del concepto de hombre al hombre de carne y hueso y de esto se ocupan ya la ciencia, la filosofía o la teología y desde estas se dice quién es el ser humano como persona, cuál ha de ser su lugar, su dignidad, y sobre todo su derecho.

La ciencia no trata de indagar la naturaleza de sus objetos, ni tampoco se pregunta si estos poseen una naturaleza y un espíritu; al contrario, indaga por la cantidad y la relación, es decir los introduce en un rango matemático que permite tratar el objeto en un orden abstracto y ser formulado en proposiciones de alcance universal para verificación de los resultados. El ser personal tiende a ser tratado con categorías físico matemáticas abstrayéndose de este lo observable, lo cuantificable, los vectores en su relación social. Los grandes físicos de nuestro tiempo hablan de la conexión y expansión del universo y la situación periférica del hombre como uno de los últimos eslabones que han emergido.

La antigua *physis* es hoy relegada por la biología que nos amarra a la misma maquinaria química en las estructuras y en el funcionamiento, azar y necesidad como cadena infinita sin poder, con todo, explicar el origen de la vida y el conocimiento. De este modo, la cultura se creía una tendencia niveladora y diferenciadora entre esa diferencia de grado ente el hombre y el animal. El reino de la libertad, versus el reino de la necesidad. Pero el animal también posee manifestaciones en orden a un complejo sistema de comunicación, símbolos, ritos, organización social, etc.

Según lo anterior, el alma se sustituye por la mente que se puede comprender desde el órgano del cerebro como un complejo circuito de impulsos de energía. La psicología ha penetrado en lo profundo del hombre encontrando un recóndito hasta ahora inexistente: el inconsciente, cara oculta y real del hombre. Otro tanto harían la sociología crítica y analítica en el horizonte antropológico. Allí se encuentra el tejido social, la red de relaciones que componen las dinámicas familiares, la vida social, la cultura, la economía, la política y la cibernética.

Desde el campo filosófico, que también se ha tornado a la medida de la ciencia, se aborda también desde nuevos aires el campo de lo humano, dejando el horizonte de la trascendencia para ocuparse del campo de la subjetividad. El pensar se reduce en la antropología

y esta en el análisis de los fenómenos de lo humano. Ha ocurrido, entonces, una migración del ser del hombre hacia el estar: la existencia, la condición, la situación, las actividades, la angustia, la miseria, la tragedia. La finitud del sujeto humano, los fenómenos y las actitudes, la cultura. Se prefiere el fenómeno, la acción, los procesos. Es la reducción de la filosofía hacia el campo del sujeto, pero un sujeto finito que no puede ser el fundamento de toda verdad, él mismo necesita un fundamento y no tiene otro más que el ser.

El estructuralismo recoge los restos del hombre como ser finito, como un ser ahí, como un *Dasein*, y va más allá al afirmar que el hombre es una invención reciente, y en realidad no hay sujeto, no se da una historia humana, ni una ciencia que explique al hombre distinta a las ciencias de la naturaleza. Así que no hay otra cosa más que estructuras que anteceden a todo lo humano y desde las cuales todo encuentra un cierto determinismo.

La diferenciación realizada por los griegos en el conocer, obrar y hacer se reduce, de este modo, a la teoría y praxis en las que se obnubila la dimensión ética que presta más atención a la dimensión social y a los condicionamientos culturales. Al negar el acceso al ser como consistencia del pensar, se ha puesto el interés en algo constatable, verificable, concreto: el lenguaje como el lugar en el que el hombre se revela. Así las condiciones, el hombre se revela en la palabra, en el diálogo, lugar donde se implican la *yoicidad* y la alteridad. La palabra revela la dimensión interpersonal del hombre y hace de este un ser que da respuesta a la llamada de alguien. Pero como esta palabra se carga de sentido que es necesario comprender, es necesaria la hermenéutica para descifrar los contenidos del lenguaje.

Por su parte, la finitud de lo temporal se identifica en la historicidad. El compromiso de la libertad humana frente a Dios, a los hombres y frente a sí mismo, el modo de asumirla y proyectarla en las diversas circunstancias hace la historia. La historia viene a reemplazar la naturaleza, pero también se reconoce el valor de lo humano como ser singular, es decir, como ser personal.

Los personalismos se han multiplicado tanto como las posibles defensas de la realidad personal. En esta condición de ser humano, han logrado un punto de apoyo sólido y estable, los derechos huma-

nos. La dimensión ética y la contemplación del rostro humano a las que invita Levinas (1961) descubren el camino de una nueva humanidad (Lobato, 1994, p. 92).

La Teología nos recuerda que los misterios de la revelación de Dios, son en mucho, revelación de la verdad sobre el hombre que devela de modo profundo su propio ser. El hombre tiene un fundamento en sí mismo que lo envía a Dios como condición de su posibilidad. Luego, el hombre tiene una disposición ontológica a la gracia, un único fin sobrenatural. Con base en esto, el hombre es capaz de responder a la llamada de Dios. Así se expresa la consistencia de la creatura y su autonomía en relación con el plan de Dios. El orden natural no se puede separar del orden sobrenatural, ni la naturaleza de la gracia, ni la razón de la fe. Pero es esta naturaleza y autonomía por la cual el hombre es capaz de responder a la gracia que Dios le ofrece como don que completa su ser natural.

Los análisis tan diversos de lo humano ponen de manifiesto la riqueza constitutiva del hombre y la dificultad de integrar todas sus dimensiones en una concepción englobante a riesgo de mutilar la pluralidad de las perspectivas salvaguardando la unidad del ser que cada hombre experimenta en sí mismo.

1.5. La *dignitas* romana

No es desconocido el origen romano del concepto de dignidad humana, relativo a la vida pública, por un lado, pero también ligado a la integridad moral. En efecto durante un buen tiempo la noción de dignidad humana impera más en el dominio de lo público para luego abrirse más una dignidad del orden interior. Destaca Francisco García Moreno (2003) que en Cicerón se encuentran importantes acercamientos sobre la separación del aspecto moral del político y del paso a la idea de dignidad interior.

En el acervo filosófico de la cultura griega, no se encuentra algo que se relacione con la *dignitas* de los romanos, y quizá lo más cercano sea la noción de axioma ligado a las ideas de valor y prestigio, de alguna forma expuestos por Platón en *La República* y, en general, en el pensamiento de los estoicos sobre el valor. Sin embargo, en los

griegos el valor es asunto del deporte, la poesía y la sabiduría, mientras que en los romanos la dignidad compete al dominio de la acción política (García, 2003). De acuerdo con lo anterior, el hombre irrumpe en una condición de responsabilidad que hace que el concepto de dignidad se encuentre en estrecho vínculo con el deber. Aquí podría vislumbrarse la importancia de relacionar los derechos que cada uno tiene con la necesidad de un ordenamiento hacia el compromiso y la responsabilidad, es decir, hacia los deberes que también se fundamentarían en la dignidad y que suponen el criterio de hombre social, político y también ético. De hecho en la Roma antigua la dignidad estaba estrechamente ligada a “un alto grado de solidaridad, de capacidad de consenso, de disciplina política y social” (García, 2003).

Por lo demás, resulta interesante destacar la consecuencia de la relación que se establece entre dignidad y responsabilidad en su origen romano, pues la dignidad se podía contradecir y aún perder en el caso de caer en ciertas conductas despreciables como el delito, aun así, era posible su recuperación mediante algún tipo de penas ya fueran estas de corrección o incluso de escarmiento.

1.6. Una antropología intermedia

En el intento de identificar aquellos elementos fundantes de la condición humana, su dignidad y los derechos que la salvaguardan, la filosofía expuesta por Tomás de Aquino expresa que la persona tiene un carácter integral, de orden general más allá de imperativos o de acoplamientos. Esta comprensión de integralidad incluye la vida propia de un alma racional, la vida sensitiva y sus dimensiones biológicas, las cuales se integran arquitectónicamente por la vida virtuosa de la persona. Según lo anterior, estamos ante una teoría teológica, pero con avisos importantes en lo antropológico y ético, por cuanto su propósito fue distinguir métodos distintos para abordar una misma realidad de modo que el teólogo y el filósofo llegasen al análisis de la realidad por caminos complementarios.

El humanismo tomista tiene como base la condición de dignidad de la persona humana, y a su vez, esta viene dada por la semejanza con el Ser Superior. En esta dignidad las demás cosas del universo

encuentran un sentido y toman una perfección especial de mano del ser humano que vive un proceso de ascenso personal en amplificación de sus diversas potencialidades. Tal enriquecimiento debe ser comprendido no simplemente en términos materiales sino también intelectuales y espirituales, pero siempre en una perspectiva teleológica en la que Dios es igualmente el origen y el fin (*telos*) del horizonte humano.

En contraste con lo anterior, vale la pena reflexionar nuevamente sobre el concepto de dignidad según los supuestos de la cultura romana, en la cual esta cualidad se podía contradecir y aún perder de acuerdo con ciertas conductas. Dicho lo anterior, cabe añadir que conforme con Tomás de Aquino y, en general, con la tradición cristiana, se estipula que el hombre perdió su dignidad al caer en pecado, puesto que con esto contribuyó a su degradación. No obstante, la pérdida fue redimida mediante la redención llevada a cabo por Cristo. Por tanto, la redención resulta posible debido a la cercanía del hombre con lo supremo y, a su vez, por la inteligencia y la voluntad que le son conferidas al hombre con carácter especial. Siguiendo con nuestras disquisiciones, tenemos que en griego aparece el término *timoría*, a veces traducido como corrección, incluso como escarmiento, noción que, para algunos como Clemente de Alejandría, es contraria a la acción de Dios, puesto que implica una especie de venganza. Sin embargo, y nuevamente guiándonos por el contexto griego, la corrección forma parte del contexto de la *paideia*. En fin, lo interesante de lo expuesto es el hecho de que la dignidad se puede perder y luego recuperar. En Agustín de Hipona esta premisa es ilustrativa porque con esa idea es que él introduce el concepto de dignidad señalando que el hombre la perdió al momento de caer en pecado, pero luego, mediante la redención llevada a cabo por Cristo la recuperó.

Cuando Tomás habla de pecado, lo hace en una doble vertiente: desde el aspecto teológico en el que las acciones contra la ética son una infracción contra Dios, imagen de todo bien, pero también lo considera como una falta contraria a la razón y a la naturaleza humana (Suma Teológica I-II q. 94 art.3 ad. 2) De este modo, Tomás de Aquino se refiere aquí a los seres intelectuales, que al igual que Dios obran por inteligencia y voluntad, puesto que la forma del agente, que

es Dios, queda impresa en el efecto que es el hombre y de las acciones que se realizan por disposición de la inteligencia y la voluntad dando como resultado el libre albedrío. Dios realiza su proyecto por medio del hombre mismo, el cual posee una voluntad libre que le permite movilizarse racionalmente por deliberación a su propia perfección:

El hombre es imagen de Dios en cuanto es principio de su obrar por estar dotado de libre albedrío y dominio de sus actos. En consecuencia, [resume en otro lugar], he aquí [que] el supremo grado de dignidad en los hombres es que por sí mismos, y no por otros, se dirijan hacia el bien, hacia su fin (Suma Contra Gentiles, II, 3).

Al ligar los temas de la dignidad humana y la semejanza del hombre con Dios, de hecho se está fundamentando la dignidad en el origen mismo del hombre. Según Tomás de Aquino, Dios ha hecho al hombre según su semejanza, pero no como semejanza de igualdad ya que en este caso el modelo es “infinitamente superior a lo imitado” (Suma Teológica I, q.93 a1). Por eso se dice a imagen y semejanza, pues la partícula *a* significa aproximación. En la perspectiva tomista no resulta insensato hablar de una semejanza de creación o sentido que recibe el hombre por Dios, y dado el origen de tal hombre asimismo es su valor, en otras palabras, *modus operandi sequitur modum essendi*, de tal ser, tal obrar y también *agere sequitur esse*, el hacer se deduce del ser, son principios clásicos referidos también por Santo Tomás (S.T. I. q.76.1, c; S c G III 69).

El valor del hombre en relación con Dios ya había tenido un precedente no cristiano en Cicerón cuando en el tratado *De legibus*, o *Sobre Las Leyes*, dice que al conocerse el hombre a sí mismo debe reconocer que ostenta algo de los dioses y por tanto es digno. Más adelante, durante toda la Edad Media se hallará esa idea de “la fundamentación de la dignidad humana en la redención de Cristo” (García, 2003).

En el tratado de los actos humano (Suma de Teología I-II cuestiones 7 a 21) y en la cuestión undécima del *De Veritate* conocida como *De Magistro*, Tomás aborda, entre otras cosas, la causalidad propia del discípulo, que es el acto educativo que concibe como una partenogénesis, un darse forma según su naturaleza. Este proceso de transfor-

mación incluye una intimidad difícilmente objetivable, pues esa misma intimidad es justo la que ha de transformarse, así como el hecho de que esa auto-transformación solo puede darse si surge del carácter de la voluntad del propio sujeto a transformar. Las anteriores, por otra parte, son características que en cierta medida, se repiten cuando el sujeto pretende transformar, no ya a una materia poseedora de leyes objetivas, como las físicas, sino a otros sujetos dotados de su propia intimidad inabordable; lo anterior, en categoría tomistas significa intimidad perfecta en sí misma, cerrada en cuanto incomunicable y libre, es decir, una hetero-transformación en relación consigo misma, la cual exige una clara definición del orden que requiere esa auto-transformación. En otras palabras, se trata de una constante alteridad sin vaciamiento.

En suma, se advierte que el individuo humano es único e irrepetible, es un ser personal e implica una naturaleza que es espiritual, es decir, la más noble de todas y, asimismo, un modo de existir que tiene que ser completo, clausurado, sin posible comunicación, subsistente en sí mismo (Tomás de Aquino, *Quaestiones Disputatae. De Potencia Dei* 9, 3). Por tanto, la persona humana es nombre de dignidad, pues designa lo más alto y noble de los seres. La persona es siempre singular, concreta, no tolera un discurso genérico ni abstracto; no se confunde con la naturaleza, aunque tanto la naturaleza como la persona se realizan en el sujeto existente.

Desde otro punto de vista, en el aspecto óntico la persona está clausurada, se opone a toda abstracción, a todo dominio, a ser parte de otro. La persona es el concepto más completo de cuanto poseemos, porque además de las estructuras del ser categorial y del ser trascendental dice referencia al ser en acto y al acto de ser. Expresa Santo Tomás que:

Lo particular e individual se encuentran de un modo mucho más específico y perfecto en las sustancias racionales que dominan sus actos, siendo [estas] no solo movidas, como las demás, sino que también obran por sí mismas. Las acciones están en los singulares. Es así como, de entre todas las sustancias, los singulares de naturaleza racional tienen un nombre especial. Este nombre es persona (S. Th. I. q. 29 a. 1).

Al mismo tiempo que la persona se constituye en una clausura ontológica, independiente en el ser, es decir libre, consciente, cognoscente, el ser personal es el sujeto de todas las relaciones y la plenitud de su ser se comunica a través de ellas, recibiendo y dando. La persona finita despliega su virtualidad en los actos, en el proceso histórico de las relaciones interpersonales, mediante las cuales da y recibe. Por tanto, si la persona, de suyo es incommunicable en el orden del ser, resulta, entonces, lo más abierto y comunicante en el orden del obrar, aquí está su expansión perfectiva. Lo anterior considerando que la persona humana, la cual es mezcla de indigencia y de abundancia puede realizar el desarrollo de sus posibilidades y alcanzar una madurez personal.

Todo el proceso de crecimiento, de desenvolvimiento de las potencialidades de la persona se ve inmerso en un dinamismo que parte de una dignidad, la del educando que es persona y se dirige a otra dignidad en virtud de sí mismo y que, con ayudas externas, debe alcanzar el estado de virtud en aras del servicio de la naturaleza racional. Todo este proceso de formación humana sugiere una relación con la verdad del sujeto personal, porque se orienta hacia la plena realización de su ser (Lobato, 1994, p. 276).

Desde este punto de vista, la apuesta epistemológica de Tomás de Aquino es una apuesta por la ontología de lo humano, puesto que no solo parte de esta sino que la favorece, salvaguarda y desarrolla evitando los desequilibrios deformadores que la desintegran y desnaturalizan.

1.7. Dignidad humana en el pensar actual

Con la irrupción del Renacimiento la acentuación de algunos matices de distinción con respecto al pensamiento cristiano empezaron a hacerse evidentes. En Pico della Mirandola (1985), por ejemplo, se expresa una fuerte polémica contra la astrología por la defensa del valor humano como un ser creador de su propio destino pero que continúa al mismo tiempo ligado al proyecto de Dios. De esta manera, se detecta una valoración positiva de la libertad individual, ampliada más adelante con la Ilustración moderna.

Por su lado, la figura de Immanuel Kant constituye uno de los referentes obligados de la dignidad humana, especialmente definida como valor de la naturaleza humana. De este modo, Kant ubica toda la jerarquía del ser humano a partir de la pregunta por “algo cuya existencia en sí misma posea un valor absoluto, algo que, como fin en sí mismo, pueda ser fundamento de determinadas leyes” (1978, p. 144). Así mismo, el filósofo alemán, afirma la autonomía del hombre en tanto ser racional, ya que de ahí se desprende su condición como fin en sí mismo. El hombre no es un medio sino un fin; si fuese un medio estaría sometido a cualquier otra voluntad que hace de él lo que le convenga. Transformar a alguien en simple instrumento equivale, a mancillar su grandeza constitutiva. El criterio rector, entonces, se base en ser un fin en sí mismo y esto debe procurarse también cuando se trata de orientar las acciones hacia sí mismo o hacia los demás. En el capítulo III de la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Kant remite la dignidad personal a la autonomía de la voluntad y a la libertad.

Por otra parte dice: “los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen empero, si son seres irracionales, un valor meramente relativo, como medios, y por eso se llaman cosas” (Kant, 1978, p.145). El marco contextual descansa en un imperativo práctico según el cual se debe obrar “de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la de los demás, siempre como un fin y nunca como un medio”. Esta es una de las manifestaciones por las que Kant presenta su imperativo categórico.

En contraste con lo anterior, el filósofo catalán Ramón Valls Plana (2005) resume afirmando que el término dignidad humana cubre dos conceptos diversos, que según él son incompatibles. De acuerdo con lo anterior, la discusión resulta capital para cualquier contexto de orden ético y por ende moral. Por un lado, la idea católica, en la que la dignidad de los hombres emana de su situación como criaturas de Dios y:

[...] reside en la capacidad de acatar y observar la ley moral, que Dios sugiere al hombre y este la hace suya a través de la voluntad percibiendo y queriendo ese bien sugerido, pero con todo, según el autor, es algo que de ninguna manera emana de los humanos mismos (Valls Plana, 2005, p.13).

De conformidad con lo anterior, el hombre está en posibilidad de conocer la ley moral aunque no es legislador de la misma ni la promulga, esto por su capacidad racional, puesto que el deber procede de una instancia como Dios, o la finalidad de la naturaleza en el caso aristotélico. Por ende, la razón humana no sería desde este ángulo, una razón legisladora. De otra parte, la opción contraria toma la dignidad humana como la capacidad de los hombres para darse ley moral a ellos mismos. En términos de Kant se diría que “los primeros profesan heteronomía moral, mientras los segundos proclaman la autonomía moral del ser humano” (Valls Plana, 2005, p. 13).

Según lo expuesto, el concepto moderno de dignidad humana tiene que ver con la autonomía moral. Así, continuando con la lógica de los postulados kantianos, se llega a la conclusión de que la dignidad humana tiene que ver con el ejercicio de la libertad en la que el hombre se da a sí mismo las leyes morales, es decir, en el caso en el que la voluntad se hace legisladora. De manera explícita afirma Kant que esa voluntad no actuaría bajo influjo de “ningún otro motivo práctico o en vista de algún provecho futuro, sino por la idea de la dignidad de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que aquella que él se da a sí mismo” (1978, p. 148). Además, continúa inmediatamente su precisión:

En el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad (Kant, 1978, p. 148).

De hecho, para Kant hay objetos con precio de mercado, los hay también con un precio de afecto, pero ambas opciones son de tipo relativo. En cambio, cuando el valor no es relativo sino intrínseco ahí está la dignidad. De este modo, la insistencia por el papel de la libertad de la razón autónoma en la filosofía kantiana es capital, porque no se trata de hacer cualquier cosa sin más, o de imponer lo que al sujeto particular se le ocurra; puesto que eso constituiría una falsa libertad. En el fondo hay, entonces, una razón que apunta a lo

universal, no por cualquier propósito práctico o con una dependencia de condiciones, es decir, no es hipotético. Siguiendo la idea Valls Plana, aquí hay un deber que se da “en virtud de la dignidad que nos relaciona igualitariamente” (Valls Plana, 2005, p.22). Al menos, desde la concepción kantiana, la moral autónoma no implica antojo y despiadado interés.

A propósito del deber ser kantiano, el pensador tomista Fridolin Utz (1965) ha introducido una temática compleja, pero de mucho interés filosófico para el caso de los derechos humanos con relación a que los contenidos presentes en el deber ser kantiano conllevan una circulación de tipo universal (Utz, p.19); este autor pone así la atención en uno de los aspectos más difíciles de la moral, la reconciliación entre lo universal y lo singular, al afirmar:

La dignidad del hombre es concebida como auténtico deber ser de vigencia universal, no solo como condición para que el deber ser sea posible. Por otra parte, esta vigencia universal es a su vez en el fondo ineficaz, pues no es el conocimiento abstractivo el que capta el valor, sino el sentimiento concreto, ligado a la persona (1965, p. 19).

1.8. Una constante reflexión

Se diría que los derechos humanos no serán universales y humanos por sí mismo sino según la condición y existencia de sujetos sociales, políticos y éticos que la mera racionalidad no sufre. Precisamente, a propósito de lo anterior, J. Maritain (1942) postula una importante perspectiva acerca del asunto en cuestión, pues pone en contraste el pesimismo de la Reforma (protestante) y el optimismo del Renacimiento, movimientos que parecen encontrarse en el espíritu del capitalismo industrial. Maritain destaca el hecho de que para Lutero y Calvino el hombre ha caído en la corrupción por efecto del pecado original, mientras que, por su lado, el optimismo renacentista exalta el conocimiento, el arte, la libertad, no siempre referidos a la convicción del valor del hombre y menos como imagen presente de Dios (1942, p. 96). Lo referido encuentra su importancia dado que el contexto contemporáneo, con primacía en el sistema mismo de producción y por fuera de los “bienes superiores de la persona” ubica al hombre,

a veces inconscientemente, en torno de esquemas de subordinación y fuerzas de poder, violencia o legislación: “es la ilusión misma del racionalismo no comprender que hay que escoger entre la idea de una civilización esencialmente posesiva y eficientista y una civilización esencialmente humana” (Maritain, 1942, pp. 190-191).

Se infiere que cierta manera de entender la ciencia constituye una de las principales fuerzas que configuran el presente, así se propone sustituir la “ciencia para conocer” por la “ciencia para manipular”, hasta hacernos, de este modo, dueños y señores de la naturaleza, como lo denuncia Martin Heidegger. Por su lado, Robert Spaemann expresa con claridad:

Una idea como la de dignidad resulta un estorbo en un mundo que ve su único fin en organizar lo más científicamente posible el bienestar subjetivo. Dentro de esas coordenadas, lo significado por el término “dignidad” se configura como una especie de imposible cognoscitivo (1989, p. 95).

1.9. Dignidad, derechos, bien común

¿Estaría en la comunidad política, en la sociedad, o en Dios el fin del hombre? La respuesta a este interrogante parece descansar en que la verdadera comunidad debe disponer de todos los medios para que el ser humano ascienda hacia sus fines superiores. Frederick Copleston (2004, p. 404) sugiere, por una parte, reconocer el énfasis que aplica Tomás de Aquino en el bien común, el bien comunitario que busca, de igual modo, su bien personal. Tomás de Aquino aclara que es absurdo que un hombre siendo bueno no esté proyectado al bien común, y si el todo es bueno lo deben ser también sus partes constitutivas. En consecuencia, resulta imposible que se logre “el bien de la ciudad si los ciudadanos no son virtuosos, o al menos aquellos a quienes compete el dirigirla” (Suma Teológica I, II q.92. a1). Esta visión positiva de Tomás, en el reconocimiento de la dignidad y sus derechos implica la existencia y condición como ya se insinuó, de sujetos éticos y políticos, por la que se está en capacidad de actuar o abstenerse, según su decisión y libre albedrío. Puede afirmarse, entonces, que en ese

sentido, el hombre no solo es gobernado sino que, además, está en capacidad de gobernar, y asimismo está inclinado a socializar como especie pero también en su singularidad como individuo.

En fin, el criterio metodológico de relación entre el todo y la parte lo toma Aquino no solo de Aristóteles, sino sobre todo de Agustín: “la parte que no se conforma con el todo viene a resultar algo grotesco o deforme” (1997, p. 32). Igualmente, en la perspectiva tomista (Coppleston, 2004, p. 405), el fin último va más allá de la vida en comunidad y en el Estado; es una proyección hacia lo sobrenatural. El fin del hombre, dice Aquino es “unirse con Dios” (De Aquino, 1991, p. 465).

Las anteriores consideraciones sobre la vida comunitaria y el bien común son básicas para el hombre, pero solamente si el bien personal no resulta anulado, pues de esta manera se reivindica la dimensión individual humana. En otras palabras, el hombre en su ser individual representa eso que Perelman y Olbrechts-Tyteca denominan el valor concreto: ese tipo de valor “es el que se da a un ser particular, concebido en su unicidad” (1989, p. 50).

Esto significa que cuando se valoriza algo o a alguien, lo que se hace es enfatizar su carácter único, mientras que todo lo que es intercambiable resulta siendo desacreditado. Puede aseverarse que, en el marco de la generalidad, fenómeno que tanto interesó a Deleuze, una cosa fácilmente puede sustituirse por otra (Deleuze, 2006, pp.30-33). De este modo, es como si la falta de originalidad, o de individualidad hiciera que una persona se diluyera en el mercado como un objeto cualquiera.

1.10. Preguntas por las concepciones de dignidad

Como se indicaba, anteriormente la autonomía en el obrar se configura como una de las manifestaciones más determinantes de independencia en el ser. Spaeman lo expresa así:

Y esa autonomía ontológica, raíz y fundamento de la eminente dignidad de cualquier persona, constituye al tiempo la clave de su propia condición personal. Nos encontramos en el núcleo más íntimo, en el corazón de la doctrina ontológica sobre la

persona humana basada en exclusiva en la voluntad de autoafirmación del sujeto humano (1989, p. 95).

Según esta lógica argumentativa, cualquier esfuerzo por cimentar la dignidad de la condición de persona en algo distinto a sus elementos ontológicos desnaturalizaría a la persona misma y en ese caso se hablaría de otro ente y no del ente persona. En consecuencia, “reducir la persona a ciertos estados actuales tales como conciencia del yo y racionalidad, termina disolviéndola: ya no existe la persona, sino solo ‘estados personales de los organismos’” (Spaemann, 1989, p. 96). Mientras la dignidad humana no aparezca radicada en los constitutivos propios del ser personal, se corre el riesgo de cimentarla sobre fenómenos externos que contienen una inviabilidad de orden racional (aporías).

En consecuencia, la personalidad es una constitución esencial, no una cualidad y mucho menos un atributo dado que se posee, pues este:

Se halla indisolublemente aparejado [a] la idea de dignidad. Se ha escogido para subrayar que el hombre no se deja encerrar en la noción ‘individuo de la especie’, que hay en él algo más, una plenitud y una perfección de ser particular que no se pueden expresar más que empleando la palabra “persona” (Spaemann, 1989, p. 98).

En efecto, la dignidad de la persona humana podría rastrearse filosóficamente por muy variados medios; de hecho, cada época y cultura le atribuye nuevos sentidos y significados. Así, por ejemplo, las Naciones Unidas manifiesta, en su declaración sobre los derechos humanos, que en sentido estricto no está apropiándose esta capacidad de atribuir valor, sino que, con su declaración visibiliza este carácter, por lo que no se totaliza este valor, sino que se sensibiliza en el escenario de las naciones al no tener la capacidad de atribuir este valor.

1.11. Dignidad y verdad

El ser humano es libre a causa de su tendencia radical hacia el bien, bien en sentido absoluto y no solo referido a un bien circunstancial

y privado. La posibilidad de conocimiento de este bien que lo excede más allá de sus propias necesidades es la causa por la que la persona trasciende a conocer y querer lo bueno para otros. Al ser eclipsada esta capacidad de bien trascendente como fin, todo lo demás queda como un bien de consumo con rápida fecha de vencimiento. Es lo que ocurre con la libertad cuando se la concibe como ejercicio del libre albedrío sin ordenamiento desde el bien y a la verdad. Si mediante sus opciones el hombre no gozara del poder de percibir el bien inherente a su acabamiento perfecto, la necesidad de elegir resultaría ser, entonces, una condena.

La anterior supone la categoría de libertad, pero entendida ontológicamente como una capacidad trascendente. Por tanto, la causa y la manifestación de la condición personal del ser humano, pues esa es su dignidad, su capacidad deliberativa, no instintiva, racional y sobre todo ordenada al bien y a la verdad.

Sin embargo, la persona al ser capaz de deliberación por opción o motivos racionales acaba tornándose algo manifestativo de la completud propia de una naturaleza racional que también se constituye en deber y tarea por la que cada individuo persona obra y actúa. En consecuencia, la deliberación personal ha de obrar con la dignidad que su espíritu racional le otorga.

Por su lado, el Papa emérito Benedicto XVI pone de relieve que la carencia de verdad conduce a una visión reducida y escéptica de la vida, y esto acaece como consecuencia directa de una incapacidad de ir más allá, de trascender en aquello de lo que la persona es capaz de hacer o producir, la otra alternativa opta por ir más allá del poder que alcanza a acumular, por un “elevarse sobre la praxis”. De acuerdo con lo anterior, se plantea que en este escenario en el que no entran en consideración los valores capaces de dar orientación y significación a la acción no puede haber completud. Obrar en la verdad y en el bien es signo de la condición de obrar deliberadamente, y se constituye como única garantía de libertad y de la posibilidad de un desarrollo humano integral. Siguiendo el mismo hilo de pensamiento, la Encíclica *caritas in veritate* del Papa emérito Benedicto XVI manifiesta que:

La sociedad cada vez más globalizada nos hace más cercanos, pero no más hermanos. La razón, por sí sola, es capaz de acep-

tar la igualdad entre los hombres y de establecer una convivencia cívica entre ellos, pero no consigue fundar la hermandad. Esta nace de una vocación trascendente de Dios Padre, el primero que nos ha amado, y que nos ha enseñado mediante el Hijo lo que es la caridad fraterna (n. 19).

1.12. Conclusión

En consecuencia con todo lo expresado anteriormente, se tiene que la dignidad debe ser comprendida más allá de los términos diferenciales, ha, por tanto, de ser comprendida también desde la dimensión intelectual y espiritual, dado que es una intimidad difícilmente objetivable. Sin embargo, esa intimidad solo puede darse si surge del carácter de la voluntad del propio sujeto. Por lo que los sujetos dotados de su propia intimidad inabordable, que en categoría tomistas significa perfecta en sí misma, cerrada en cuanto incomunicable y libre, y en relación con una constante alteridad sin vaciamiento significa toda forma de dignidad. Por ende, la persona humana es nombre de dignidad, pues designa lo más alto y noble de los seres. La persona es siempre singular, concreta, no tolera un discurso genérico ni abstracto; no se confunde con la naturaleza. La autonomía en el obrar por motivos racionales constituye en ella una de las manifestaciones de independencia en el ser persona. Por este motivo, si la dignidad de la persona no se sustenta en aquello que se denomina genéricamente, es decir, los elementos identitativos propios del ser personal, se corre el riesgo de cimentarla sobre fenómenos externos que convienen a una inviabilidad de orden racional.

Cabe destacar la relación entre dignidad y responsabilidad en su origen romano, en el que se alcanza a vislumbrar la importancia de relacionar los derechos que cada uno tiene con la necesidad de un ordenamiento hacia el compromiso y la responsabilidad, es decir, hacia los deberes, que como se insinúa, también se fundamentarían en la dignidad; ya que suponen el criterio de hombre social y político y también de hombre ético. De este modo, los derechos humanos no serán universales y humanos por sí mismo sino a condición y existencia de sujetos sociales, políticos y éticos de base que la mera racionalidad no supe.

En consecuencia, se resume que “he aquí el supremo grado de dignidad en los hombres [que es que] por sí mismos, y no por otros, se dirijan hacia el bien”, hacia su fin (Suma Contra Gentiles, II, 3).

El concepto moderno de dignidad humana, según lo expuesto, tiene que ver con autonomía moral. Así, continuando con la lógica de los postulados kantianos se llega a la conclusión de que la dignidad humana compete con el ejercicio de la libertad.

1.13. Referencias

- Benedicto XVI (2009). *Encíclica caritas in veritate del papa emérito*. Bogotá: Ediciones Paulinas.
- Copleston, F. (2004). *Historia de la filosofía*. Barcelona: Editorial Ariel.
- De Aquino, T. (1970). *Quaestiones Disputatae. Corpus Thomisticum. De Potencia Dei*. Navarra: USN.
- De Aquino, T. (1988). *Suma de Teología II. Parte I-II*. Madrid: BAC.
- De Aquino, T. (1991). *Suma contra gentiles*. México: Editorial Porrúa.
- Deleuze, G. (2006). *Diferencia y Repetición*. Buenos Aires-Madrid: Amorrortu editores.
- Dielnelt, K. (1979). *Antropología pedagógica*. Madrid: Aguilar.
- Fridolin, A. (1965). *Ética Social II*. Barcelona: Herder.
- García Moreno, F. (2003). El concepto de dignidad como concepto existencial. *El Búho. Revista Electrónica de la Asociación Andaluza de Filosofía* (época II), 1 (1).
- Habermas, J. (1992). *Conocimiento e interés*. Madrid: Taurus.
- Levinas, E. (1961). *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- Lobato, A. (1994). *El pensamiento de Santo Tomás de Aquino para el hombre de hoy I. El hombre en cuerpo y alma*. España: Edicep.
- Lobato, A. (1997). La dignidad humana desde la perspectiva ética. *Revista Agustiniiana*, 38 (117), 1065-1092.
- Maritain, J. (1942). Humanismo Cristiano. *Fortune Magazine*, 1-19.

- Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L. (1989). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos.
- Pico della Mirandola, G. (1985). *La Rinascita "Alle origini della polemica anticopernicana"*. California: Studia Gearhart.
- Píndaro (1984). *Odas y Fragmentos*. Madrid: Gredos.
- Kant, I. (1978). *Antropología*. Madrid: Alianza.
- Kant, I. (1998). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Buenos Aires: Eudeba.
- Spaemann, R. (1989). *Lo natural y lo racional*. Madrid: Rialp.
- Spaemann, R. (1995). *Ética. Cuestiones fundamentales*. Madrid: EUNSA.
- Valls Plana, R. (2005). El concepto de dignidad humana. *Revista de Bioética y Derecho*, 5, 1-5.
- Vaticano II (1973). *Documento Constitucional Gaudium et Spes*. Barcelona: Dicap.

2. El registro personal callejero y vehicular en Colombia: entre la ilegalidad y la inconstitucionalidad⁴

JUAN CARLOS ARIAS DUQUE⁵

DALIA CARREÑO DUEÑAS⁶

CARLOS JULIO VARGAS VELANDÍA⁷

-
- 4 Este capítulo es una producción en cohesión y colaboración académica entre el proyecto “Justicia, paz y legitimidad” (del Grupo de Investigación SocioHumanística del Derecho GISHD de la Universidad Santo Tomás) y el proyecto “Grandes transformaciones del derecho público en la actualidad. Fase I” (de la línea de investigación en Derecho constitucional y políticas públicas de la Universidad Católica de Colombia). El texto fue realizado con el apoyo estructural y financiero de la Universidad Santo Tomás.
- 5 Abogado de la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Magíster en Derecho procesal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en Derecho penal, Docencia universitaria y Derechos humanos de la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Exmagistrado auxiliar de la Sala de Casación Penal –Justicia y Paz– de la Corte Suprema de Justicia. Coordinador de la Barra de Defensores de Infancia y Adolescencia de la Defensoría del Pueblo. Consultor en temas de Justicia Transicional. Columnista y docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás (Bogotá).
- 6 Licenciada en Filosofía y Letras, y en Filosofía y Ciencias religiosas de la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Abogada especialista en Derecho penal de la Universidad Católica de Colombia (Bogotá). Magíster en Educación de la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Doctoranda en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires). Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Líder del Grupo de Investigación SocioHumanística del Derecho GISHD.
- 7 Licenciado en Biología y Magíster en educación de la Universidad Pedagógica Nacional (Bogotá). Diplomado en Conciliación de la Universidad Católica de Colombia (Bogotá). Abogado de la Universidad Católica de Colombia (Bogotá). Miembro del Grupo de Investigación en Derecho público y TIC.

2.1. Introducción

En el convulso mundo en el que vivimos, donde la inseguridad que nuestra sociedad experimenta es la rúbrica de nuestros días, la intervención de la Policía Nacional para proteger a la comunidad ha ido recorriendo un camino que detenta facultades casi omnímodas, propias de regímenes legislados desde la excepción del Estado de sitio hasta el cuestionamiento continuo en el acontecer jurídico de la actualidad, en que el Estado de derecho, respaldado por una Constitución garantista, permite un cuestionamiento vigoroso de sus actos de fuerza.

Así, desde una perspectiva constitucional se garantiza la intimidad personal según se lee en el artículo 15 de la Carta Política, norma que autoriza las limitaciones solo en relación con la interceptación de correspondencia con una serie de formalidades y restricciones. También el artículo 28 permite una intervención a la intimidad al autorizar el registro del domicilio, pero con el cumplimiento de una serie de exigencias y de controles; lo mismo que el artículo 32 que permite ingresar en él para efectos de captura. No obstante, no existe norma alguna que imponga al ciudadano la carga de tolerar registros personales ni vehiculares a discreción de la autoridad policial ni aún menos normas que indiquen el procedimiento y los controles de los mismos. En consecuencia, lo que deja de manera evidente el carácter de los principios limitadores y limitados como la condición y naturaleza de todo principio de ser límite, pero a la vez limitar y de esta condición no escapa la paradigmática intimidad personal, en otras palabras, los “‘principios limitadores’ (*Begrenzungsprinzipien*) [...]”. Son razones de alcance general y no muy precisas que están ‘en medio’, obstando a la pretensión de castigo [...] constituyen (posibles) límites al *ius puniendi*” (Hirsch Von, 2012, p. 13).

En contraste con lo anterior, el artículo 6° de la Constitución Política advierte a las autoridades públicas que son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; como forma de recoger el principio de legalidad propio de las revoluciones burguesas, según el cual los particulares pueden hacer aquello que la ley no les prohíba, mientras que los servidores públicos solo aquello que se les manda.

Así, no existe constitucionalmente un mandato que permita restringir la intimidad de cuerpo y ropas, ni tampoco del vehículo, de quien es requisado caprichosamente en la calle y, por tanto, dicho procedimiento al no estar autorizado constitucionalmente, tampoco lo está legalmente como se verá en el desarrollo de esta investigación.

Según lo dicho, lo que se pretende en este trabajo es poner en evidencia dicha situación, con el fin de llamar la atención sobre la necesidad de que se regule la restricción de la intimidad, de manera que el equilibrio entre seguridad pública e intimidad personal se pueda realizar, y, asimismo, se supere el desbalance generado por la arbitrariedad que en la actualidad caracteriza dichos actos policíacos.

El principal problema al abordar este tema ha sido la consideración contraria, vinculada con la indefensión en que estaría la sociedad de entenderse que la autoridad de policía carece de poder para realizar registros personales o vehiculares callejeros, y la impotencia de la policía, que vería gravemente limitadas sus facultades de control y mantenimiento de la convivencia pacífica.

En esta materia se debe advertir que no existen mayores investigaciones en relación con la incidencia del registro personal, esto es, cuántos se realizan en el país y cuáles son sus resultados, por lo que la base empírica de la propuesta carece de una debida fundamentación cuantitativa. Sin embargo, como se verá en el despliegue de este capítulo, solo existen dos estudios de los que se hará mención posteriormente.

A pesar de lo anterior, es evidente que delitos de tráfico de estupefacientes, de armas, de moneda falsa, de defraudación de derechos patrimoniales de autor, parten de un registro personal callejero, sin que se cuestione su legalidad.

Por tanto, las restricciones de los poderes estatales están íntimamente ligadas con el alcance de los derechos de que son titulares los ciudadanos, precisamente por entenderse ontológicamente que el derecho penal es eso, o solo eso, derecho, vale decir, tal como lo pone de presente Juan Fernández Carrasquilla, que “no se concibe esta especialidad de la ciencia jurídica sin una fuente normativa estricta” (2002, pp. 16-17, 33). Adicionalmente, es posible agregar que solo el límite al derecho penal reducirá su expansión y exceso, puesto que

“el problema más urgente del derecho penal actual es que tenemos demasiado” (Husak, 2013, p. 41).

Por su parte, el reconocimiento de derechos fundamentales por parte del Estado supone a la vez la posibilidad de su control o intervención en función de la convivencia armónica de toda la comunidad, en el supuesto de que el derecho de alguien termina cuando comienza el de su vecino, y por tanto no existen derechos absolutos. Así, la intimidad, en perspectiva de convivencia, permanece en constante tensión con la seguridad ciudadana, la paz general y el control de la delincuencia, pues lleva ínsito el valor de la justicia en el que *los otros* son interlocutores:

Sin capacidad para estimar el valor de la justicia [pues] ni siquiera importa que una norma sea justa; sin capacidad de estimar a los demás interlocutores como valiosos, la justicia de las normas que deberían estar a su servicio es irrelevante (Cortina, 2010, p. 13).

A su vez, como forma de superar los conflictos sociales el hombre en su evolución ha ido institucionalizando tanto sus necesidades como la forma de superarlas, dentro de este escenario inventó el derecho penal, por tanto, en el uso de la fuerza controladora e investigativa de los organismos encargados de mantener el orden, se han creado barreras para evitar excesos o abusos en dichas labores y para sancionar los que se presenten. Precisamente, uno de ellos es la exclusión de la prueba ilegal, concebida dentro de la teoría de los frutos del árbol envenenado, según la cual un procedimiento ilegal, abusivo, arbitrario o desproporcionado no puede producir efectos jurídicos.

De esta manera, resulta un hecho cierto que no existe autorización constitucional ni legal para afectar la intimidad, como derecho complejo y con diversas manifestaciones, es decir, “intimidad general, intimidad en centros penitenciarios, intimidad y salud [...] mediación electrónica y la protección de datos de carácter personal, y por supuesto, la protección de los derechos en Internet” (Cordero, 2014, p. 31), adicionalmente otra de sus manifestaciones problemáticas, y objeto de esta pesquisa, es la que se afecta por la vía del registro personal o vehicular callejero, y también que es una de las vías por las

que habitualmente se enfrenta a la delincuencia y se judicializan las personas que son capturadas en flagrancia de delitos vinculados con portes de substancias u objetos prohibidos o de tenencia ilegal, por lo que *analizar la legalidad* y su importancia como práctica restrictiva tan aceptada y poco discutida en nuestro medio, se aprecia como trascendental por la indiscutible afectación a un derecho fundamental:

Un análisis aislado de la razón de la restricción puede proporcionar algunas informaciones acerca de ella pero, no puede conducir a una respuesta bien fundada acerca de si es lo suficientemente importante como para limitar algo también importante, como es un derecho fundamental (Alexy, 1997, p. 101).

Llegados a este punto hay que advertir que la situación se aprecia diferente antes y después de la expedición de la Ley 1801 de 2016, texto legal conocido como Nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia.

El aporte de esta investigación está referido, en principio, a la sanidad de la seguridad pública, toda vez que no se puede perseguir *el orden a cualquier precio*, y precisamente para garantizar dicha ponderación existen controles de distinta naturaleza y organismos que los ejercen “[en] la ley de la ponderación [...]”. Solo se justifica una intervención intensa, cuando razones que tienen un peso mayor lo justifican” (Alexy, 1997, p. 260); y en segundo lugar, a la salud de la actividad policial para evitar excesos y hacerla eficiente, y a la Policía Nacional para colaborar con la legalidad de sus procedimientos; y, por último, también a la justicia penal en el sentido de aportar este referente en el momento del control judicial de actividades de registro policial callejero.

2.2. Aproximación al derecho a la intimidad

En la genealogía de la ciencia jurídica se habían identificado derechos de primera, segunda y tercera generación. Los primeros, por tanto, son llamados de libertad, o también negativos, toda vez que su garantía y reconocimiento se concreta en el no hacer del Estado, esto

es, en que no afecte el derecho más que en los eventos en que lo autoriza la Constitución o la ley; categoría en la que se encontraba la intimidad. Hoy por hoy, el derecho a la intimidad ha cruzado las jerarquizaciones y se precisa como conexo, fundamental, paradójico, e indeterminado.

Dentro de las categorías de derechos necesarias para el desarrollo de la dignidad está la intimidad, referida al secreto en el que en términos generales y amplios puede devenir la existencia del ciudadano, sin que este tenga la obligación de revelar los secretos más privados de su existencia ni exista autoridad que de manera ilimitada pueda entrometerse o autorizar invasiones desmedidas en la vida.

2.2.1. El Estado de derecho y la protección a la intimidad

El derecho decimonónico surge para limitar el poder de la arbitrariedad del poderoso en relación con aquellos mínimos que se construyen para proteger al ciudadano, y por eso solo se pueden afectar de manera excepcional y en los términos contenidos en la ley, esto es, en la medida prevista para dicha intervención en la ley.

La Corte Constitucional en Sentencia T-530 de 1992 explicó que el objetivo del derecho a la intimidad es:

resguardar un ámbito de vida privada personal y familia, excluido del conocimiento ajeno y de cualquier tipo de intromisiones de otros, sin el consentimiento de su titular. El núcleo esencial del derecho a la intimidad define un espacio intangible, inmune a intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ver lo que no desea escuchar o ver, así como el derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto (Corte Constitucional, 1992).

Debido a lo anterior, la lucha constante entre la libertad y la autoridad supone que se disputan espacios de manera que cuanto más crece una, más se encoge la otra en un movimiento pendular en que se desatan discusiones como la que supone la lucha entre el ejercicio del poder policial y el respeto por la intimidad.

Se pretende que ni siquiera intereses mayores de la comunidad pueden justificar una intervención en el núcleo absolutamente protegido de la configuración de la vida privada, necesariamente aquellos derechos desplazan a esta (Alexy, 1997, p. 361).

En ese contexto de contienda entre estos dos extremos surge desde las revoluciones burguesas el Estado de derecho, enmarcado en el principio de legalidad, según el cual no existe autoridad sin control y tampoco autoridad sin precisión de sus alcances. De este modo la ley es precisamente el demarcador de los linderos hasta los cuales puede llegar el poder, aunado al de los frenos y contrapesos concebido en el constitucionalismo norteamericano (Hamilton, 2015).

Justamente por eso el derecho a la intimidad está resguardado por la ley, entendiéndose esta como la expresión de la voluntad popular, expresada en forma escrita, discutida y concebida por el órgano encargado de su producción, formalizada con la promulgación, cuyo cumplimiento, interpretación y ejecución corresponde a los órganos ejecutivo y judicial⁸.

Por tanto, con ese muro de contención en que se erige el principio de legalidad, la única posibilidad de que un derecho constitucionalmente reconocido pueda ser limitado, se da cuando esa opción se autorice legalmente. Incluso, para decirlo en otros términos, es exclusivamente en el marco de la ley en el que puede autorizarse la limitación de un derecho. Por tanto, el derecho a la intimidad está regulado constitucionalmente en el artículo 15, norma que remite sus posibles restricciones a las formas y motivos previamente definidos en la ley:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas me-

8 Ver artículo 5° del *Código Civil Colombiano*.

diante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley (Constitución Política de Colombia, 1991).

A su vez, el artículo 28 protege la libertad en conexión con la intimidad, pero condicionando cualquier intervención a la existencia de ley que la autorice, al precisar:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (Constitución Política de Colombia, 1991).

Cuando nuestra Constitución Política determina en su artículo 1° que somos un Estado social de derecho, con el imperativo de la justificación de principios y valores como la justicia y la paz que social “se da prioridad al carácter justificativo de los principios y a su uso racionalmente controlado” (Ávila, 2011, p. 58) , que hacen que se vincule el Estado de derecho con el supuesto según el cual las autoridades públicas solo pueden actuar en función de principios, con la autorización de leyes creadas en nombre del interés general, legitimados con claros propósitos y con barreras tangibles a la libertad de actuar del servidor público, al punto que se advierte que solamente puede hacer aquello que la ley le autoriza; y, por eso, responde por el incumplimiento del mandato legal y por su extralimitación, tal como lo declaran tanto el artículo 2° como 90 constitucionales. Así, el artículo 14 de la Ley 906 de 2004, advierte al reconocer el derecho a la intimidad:

Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada.

No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos en este código. Se entienden excluidas las situaciones de flagran-

cia y demás contempladas por la ley (Constitución Política de Colombia, 1991).

La vinculación de la intimidad con la dignidad en tanto es el primero y por tanto el más importante de los elementos fundantes del Estado, tal como lo pregona el artículo primero de la Constitución Política, está dado en torno a la atención, al derecho que se tiene a desplegar una serie de actividades que hagan parte de un proyecto de vida que no tiene obligatoriamente que difundirse en público, por tanto, ese secreto en el que se guardan las aspiraciones, los sueños, y todo aquello inconfesable del ser humano, tiene una reserva casi total y en tanto su intervención esta solamente se debe hacer por estricta necesidad y según los rígidos marcos que impone la ley.

Así, la relación entre la dignidad, la intimidad y la legalidad nos coloca en el plano de otro de los derechos clásicos de índole liberal como lo es la igualdad de todos ante la ley, derecho que está reconocido en el artículo 13 constitucional, que supone que como todos somos iguales merecemos exactamente el mismo trato.

Es precisamente en este punto que se inicia el problema del tema que tratamos, puesto que si no existe una disposición legal que autorice el registro personal de los transeúntes –que por cierto es parte de la actividad de coerción propia de la práctica social que es el derecho–, su ausencia conlleva certeza y seguridad jurídica, puesto que “la coerción es necesaria si el derecho está llamado a ser una práctica social que cumpla en la mayor medida posible sus funciones formales básicas, tal y como las define los valores de la certeza y la eficacia jurídica” (Alexy, 2008, p. 45). Así, entonces, al no existir norma que permita el registro personal de los transeúntes, ni que indique el procedimiento, las razones para escoger a las personas que van a ser registradas o, a los vehículos que también puedan ser objeto del mismo procedimiento, existe una total discrecionalidad del funcionario de policía que los escoge arbitrariamente. Este escenario se presta para ilegalidades, expresión de prejuicios y además para la discriminación entre sujetos.

Esto por cuanto una persona sin afeitar, de cabellos desarreglados, fea, de ropas humildes, y ojalá de tez oscura, siempre será sospe-

chosa y por tanto más proclive a ser cacheada; sin dejar de mencionar las consecuencias que pudieran presentarse en el caso de que el *sospechoso* se negara a dicho procedimiento. Por tanto, podemos afirmar que la ausencia de ley que autorice el registro personal callejero es fuente de innumerables abusos por parte de la autoridad de policía (Defensoría del Pueblo, 2001).

2.3. Las limitaciones a la intimidad legalmente autorizadas

El título insinúa ya la advertencia según la cual soportamos intervenciones a la intimidad que no están legalmente autorizadas, y que para cuya identificación vamos descartando los eventos diferentes, esto es, aquellos que de alguna manera permite la ley. En conformidad con lo anterior, se revisará en primer término aquellos que se presentan en el contexto de actividades de la institucionalidad, tales como labores de investigación al interior del proceso penal, o de personas privadas de la libertad para, de este modo, observar en la vida cotidiana, en la actividad de naturaleza civil o privada, dentro de lo que identificaremos como especie el registro callejero. Por la connotación de daño básico o de injusticia, quizá de desprecio por parte del funcionario que ejerce esta práctica legalizada (¿legítima?), a lo anterior se le agrega que:

Si el daño básico es mayor, es porque creemos que ser estafados es peor y, por tanto, sentimos una indignación y un resentimiento que multiplican el daño básico. Hay quienes, además, sienten desprecio por sí mismos como consecuencia paradójica de ser tratados con desprecio por otros (Dworkin , 2012, p. 119).

2.3.1. En el contexto de la institucionalidad

Dentro de lo que se permite en términos de restricción a la intimidad, nos ocuparemos especialmente de registros en el ámbito del proceso penal y en el de la privación de la libertad.

2.3.1.1. Labores de investigación al interior del proceso penal

Dentro de las labores de investigación al interior del proceso penal tres son las actividades de investigación que se relacionan con el registro de personas: la inspección corporal, el registro personal y el registro incidental a la captura. Las anteriores se desarrollan en el contexto de una investigación penal y se encuentran reguladas, precisamente, en el capítulo en el cual se enlistan las actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización, siendo así:

2.3.1.1.1. La inspección corporal

El artículo 247 de la Ley 906 de 2004 admite la posibilidad de que sea necesario el cacheo de quien es imputado⁹, evento en el que el fiscal podrá ordenarlo, en una norma que tiene una serie de lineamientos, ya que:

- Solo procede cuando de la información legalmente obtenida, el fiscal razonablemente supone que en el cuerpo del imputado hay pruebas necesarias para la investigación.
- Para su realización debe haber una orden de inspección corporal emitida por el fiscal.
- Dicha orden debe tener control constitucional previo.
- Dentro del control judicial previo se analizan las evidencias que condujeron al fiscal a creer que en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios necesarios para la investigación.
- En la diligencia de inspección corporal deber estar presente el defensor.
- En la práctica del registro se observarán todo tipo de consideraciones compatibles con la dignidad humana.

Según las anteriores premisas, se puede observar que dicha si-

9 Según el Artículo 247: “Inspección corporal. Cuando el fiscal general, o el fiscal tengan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que, en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación, podrá ordenar la inspección corporal de dicha persona. En esta diligencia deberá estar presente el defensor y se observará toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana” (Constitución Política de Colombia, 1991).

tuación es diferente a la del registro personal callejero ocasional que realiza la Policía Nacional.

2.3.1.1.2. El registro personal

A su turno, el artículo 248 del mismo plexo normativo consagra esta otra modalidad de intervención al derecho a la intimidad¹⁰, la cual exige para su legalidad:

- Que los elementos de convicción recaudados por el fiscal lo lleven a inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta,
- Está en posesión de elementos materiales probatorios o evidencia física.

Es de aclarar que el artículo iniciaba con la expresión “Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional”, la cual fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional (2005) mediante sentencia C-822 con fundamento en un argumento falaz, tal como será materia de desarrollo en capítulo posterior.

2.3.1.1.3. El registro incidental a la captura

El artículo 248 inicia mencionando esta modalidad investigativa que supone intervenir el cuerpo y la indumentaria de quien acaba de ser privado de su libertad y con respecto a la cual la Corte Constitucional en Sentencia C-822 de 2005 ha precisado que para que sea constitucionalmente admisible:

10 Según el Artículo 248 “[El] Registro personal. [...] salvo que se trate del registro incidental a la captura, realizado con ocasión de ella, el fiscal general o su delegado que tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que alguna persona relacionada con la investigación que adelanta, está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, podrá ordenar el registro de esa persona.

Para practicar este registro se designará a persona del mismo sexo de la que habrá de registrarse, y se guardarán con ella toda clase de consideraciones compatible con la dignidad humana. Si se trata del imputado deberá estar asistido por su defensor” (Constitución Política de Colombia,1991).

se requiere que (i) se trate de una captura legítima, ordenada por un juez; (ii) se realice inmediatamente después de la captura; (iii) recaiga sobre la superficie de la persona, su indumentaria y de los enseres que lleve consigo; y (iv) no entrañe observar a la persona desnuda ni el tocamiento de órganos sexuales y senos porque ello implicaría una afectación de los derechos de la persona capturada que solo podría tener lugar con autorización judicial previa. Excepcionalmente, el registro incidental sin orden judicial previa de los órganos sexuales y los senos del imputado o imputada será posible, cuando sea visible o manifiestamente notorio que en dichos lugares se ocultan armas que puedan ser empleadas para impedir la captura o facilitar la huida. En todo caso, las autoridades encargadas de practicar dicha medida, deberán observar toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana del capturado (Corte Constitucional, 2005).

2.3.2. Requisitos vinculadas con persona privadas de la libertad

En relación con la persona cuya libertad personal ha sido afectada se aprecian varias posibilidades de afectar la intimidad, esto concierne al preso propiamente dicho y al particular que ingresa al centro de reclusión.

2.3.2.1. Del privado de la libertad propiamente dicho

Como parte del régimen de sometimiento y control que debe imperar en un centro de reclusión se incluyen los registros personales como una forma de evitar que ingresen elementos que pongan en peligro la seguridad, el orden y la disciplina del establecimiento penitenciario y carcelario, por lo cual el artículo 55 de la Ley 65 de 1993 advierte que todas las personas que ingresen o salgan de dichas instalaciones deberán ser “razonablemente” requisadas, toda vez que no puede permitirse la entrada clandestina de elementos de comunicación, armas, drogas, alcohol o cualquier cosa que pueda afectar el ambiente carcelario.

Pareciera un contrasentido hablar de la intimidad de quien está privado de la libertad, pero precisamente quien tiene unos derechos tan limitados merece que se le proteja con mayor intensidad, tal como lo declara abundante jurisprudencia de las Altas Cortes que advier-

ten que la dignidad de la persona no se pierde con la privación de la libertad, y por tanto las formas en que se realicen las requisas tienen que respetar la dignidad humana¹¹.

Si bien es abundante la literatura jurídica relacionada con la vinculación entre el derecho al registro personal y la dignidad; sin embargo, lo que se quería constatar con este apartado es la existencia de norma legal que faculta a las autoridades penitenciarias a realizar las requisas, lo que se comprueba con la revisión del mencionado artículo 55 del Estatuto Penitenciario y Carcelario.

2.3.2.2. Del visitante que ingresa al centro de reclusión

Dentro de los principales derechos de que son titulares los internos en centros de reclusión, con independencia de su estatus de condena-

11 Como afirma la Corte Constitucional, en sentencia T-848 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, y sentencia T-702 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se resolvió al respecto tutelar los derechos a la dignidad humana y a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes del accionante (un condenado a 25 años de prisión por los delitos de homicidio, hurto y fuga), por lo que se ordenó a la Penitenciaría Nacional de Valledupar “que no lo someta a la requisas que actualmente se le práctica, por ser violatoria del derecho fundamental a la dignidad” y se le previno para que “en lo sucesivo dé estricta aplicación a las normas [...] que regulan los procedimientos de la requisas, especialmente a las directrices contenidas en la Circular No. 035 de 1997, expedida por el Director General del INPEC.” La requisas rutinaria que se le practicaba al accionante, descrita en sus propias palabras, fue recogida así por la sentencia: “[...] Este tipo de requisas es rutinaria, totalmente desnudo, de espaldas, me hacen agachar varias veces. Además me obligan a levantar mis testículos y bajar el pene, subirlo y que corra el prepucio”. También sostiene que al ingresar a la cárcel se le practicó un requisas similar: “la requisas, al ingreso, se extralimita al des-nu-darme completamente, asumiendo posiciones vergonzosas: parado en una silla y agachándome varias veces mostrándole el recto a los guardianes”. Dice que esta requisas es generalizada para todos los internos del Pabellón No. 8, donde él se encuentra internado.” En este caso también se reiteró que todo interno tiene derecho “a que se le ofrezcan las oportunidades y los medios necesarios para el desarrollo de su personalidad humana y así se les garantiza el camino de la resocialización”, por lo que se ordenó a la Penitenciaría “que le ofrezca [al accionante] las oportunidades de trabajar y participar en las actividades culturales y educativas tendientes a su resocialización”. En esta oportunidad la Corte se apartó expresamente de lo decidido en la sentencia T-317 de 1997 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) por considerar que en esta ocasión la decisión se justificaba por hechos particulares del caso (en la sentencia T-317 de 1997 se confirmó la decisión de instancia de negar la tutela a un recluso de la Cárcel de Bellavista en Medellín, que alegaba que la requisas a la que lo sometían le violaba sus derechos fundamentales).

dos o detenidos, el Código Penitenciario y Carcelario reconoce el que tiene al contacto con el mundo exterior por medio de las visitas, lo que tiene todo el sentido, dado que el objeto fundamental de la pena es la reforma y la readaptación social del condenado, lo que supone contacto permanente con el entorno al cual debe regresar. Por tanto, el derecho a las visitas está reconocido a partir del artículo 111 de la Ley 65 de 1993 y en la norma siguiente se precisan los lineamientos que deben caracterizar el régimen de visitas dentro de los cuales se incluyen las requisas, que deben darse “dentro de un marco de respeto a la dignidad humana y a la integridad física”¹².

Para solo dejar constancia de la existencia de autorización legal de la requisas del visitante al centro de reclusión, transcribimos el inciso 3° del artículo 112 de la Ley 1705 de 2014 que señala:

Las requisas se realizarán en condiciones de higiene y seguridad. El personal de guardia estará debidamente capacitado para la correcta y razonable ejecución de registros y requisas. Para practicarlos se designará a una persona del mismo sexo del de querrela que es objeto de registro, se prohibirán las requisas al desnudo y las inspecciones intrusivas; únicamente se permite el uso de medios electrónicos para este fin.

La jurisprudencia ha sido generosa en señalar también que los registros de los visitantes a centros de reclusión deben respetar la dignidad humana. Así, un aparte de la T-848 de 2005 de la Corte Constitucional, advierte que:

2.3.3.

En el caso de los visitantes, por gozar estos de la plenitud de sus derechos, solo pueden ser razonables las limitaciones que sean necesarias. Así, por ejemplo, en contraste con las requisas rigurosas que se deben practicar a los internos, el legislador ha precisado en el Código Penitenciario y Carcelario que “toda persona que ingrese a un centro de

¹² Ley 1709 de 2014 (por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones).

reclusión o salga de él, por cualquier motivo, deberá ser razonablemente requisada y sometida a los procedimientos de ingreso y egreso” (art. 55, Ley 65 de 1993; acento fuera del texto original)¹³.

En la sentencia T-690 de 2004 (MP Álvaro Tafur Galvis) se señaló al respecto que:

si bien algunos de los derechos fundamentales de las personas sometidas a penas privativas de la libertad se restringen en razón de su situación, las personas que desean ingresar a los establecimientos carcelarios y aquellos que tienen derecho a hacerlo, gozan de la plenitud de sus derechos y garantías constitucionales, salvo respecto de las medidas ‘absolutamente indispensables’ para mantener el orden y la disciplina de los establecimientos carcelarios (acento fuera del texto original).

Así pues, el análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de una requisita es más estricto cuando esta es practicada a los visitantes de una penitenciaría o una cárcel que cuando se trata de reclusos, estando en ambos casos proscritas las requisitas que supongan el uso de medios constitucionalmente prohibidos, como por ejemplo, someter a una persona a un trato cruel, inhumano o degradante.

2.3.4.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha considerado que incluso las intervenciones, registros, injerencias, comprobaciones o extracciones sobre los cuerpos, que impliquen requisitas intrusivas, pueden llegar a ser razonables y proporcionadas, al darse por razones fundadas:

13 “Toda persona que ingrese a un centro de reclusión o salga de él, por cualquier motivo, deberá ser razonablemente requisada y sometida a los procedimientos de ingreso y egreso. Nadie sin excepción, en situación normal podrá entrar armado a un centro de reclusión. Ningún vehículo podrá ingresar o abandonar el establecimiento, ni paquete o documento alguno ni volumen de carga, saldrá de él, sin constatación y; requisita. Los internos deben ser requisados rigurosamente después de cada visita” (Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993, Artículo 55. Requisita y Porte de Armas).

Siempre que medie el consentimiento informado del afectado y el registro se practique de modo que el pudor y el decoro personal no resulten ofendidos, ni la integridad física y jurídica vulnerada, condicionamientos estos que demandan (i) un mandato legal, (ii) la supervisión judicial¹⁴, (iii) la intervención de personal experto y (iv) el uso de instrumental y condiciones sanitarias adecuadas, porque los tratos crueles, inhumanos y degradantes están proscritos y su prohibición es absoluta¹⁵.

2.3.5.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que también ha fijado como límite a las requisas en las cárceles la razonabilidad de las mismas, ha señalado que las requisas intrusivas atentan contra el derecho a la intimidad, la dignidad humana y la familia, consagrados en la Comisión Americana sobre Derechos Humanos¹⁶. La Comisión, si bien reconoce “que las requisas del cuerpo, y algunas veces el examen físico intrusivo de los detenidos y prisioneros, podrían ser necesarios

14 La Corte señaló que “[...] los procedimientos de registro de personas y las exploraciones de sus cuerpos, en cuanto comprometen su intimidad y libertad personal y familiar y vulneran la garantía constitucional de no declarar contra sí mismo, requieran de una preceptiva legal que los determine y regule y de una orden judicial previa, expedida por razones debidamente fundadas, que los delimite y ordene, sin que la presencia de esta última pueda entenderse en el sentido de que el funcionario judicial no pueda ordenar su práctica mediante una orden verbal, cuando circunstancias de urgencia así lo indiquen, en consideración al interés general comprometido en las investigaciones y a fin de resarcir a la sociedad y a las víctimas por los daños ocasionados” (Corte Constitucional de Colombia, Sala séptima de revisión. Sentencia del 21 de octubre de 2004. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia número T-690 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis).

15 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-690 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

16 Ver Informe No 38/96 Caso 10.506, Argentina, 15 de octubre de 1996, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En esta ocasión, la Corte debía determinar si la inspección vaginal que se venía realizando a la señora X y a su hija Y antes de visitar a su esposo y padre, recluso en la Cárcel de Encausados de la capital federal, vulneraba los derechos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Después de un cuidadoso análisis del alcance de la Convención y su aplicación al caso concreto, la Corte estimó vulnerados los derechos a la integridad personal, dignidad humana, intimidad y familia con las acciones del Estado a través de los agentes que laboraban en la cárcel.

en ciertos casos”, considera que los “derechos de los visitantes [...] no se ven limitados automáticamente por razón de su contacto con los internos”. Asimismo, la Comisión acepta la necesidad de requisas generales antes de permitir el ingreso a una penitenciaría, pero aclara que “las revisiones o inspecciones vaginales son un tipo de requisa excepcional y muy intrusiva”. El caso en el cual se pronunció al respecto, citado en varias ocasiones por la Corte Constitucional¹⁷, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que:

70. La restricción a los derechos humanos debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo¹⁸. Para justificar las restricciones de los derechos personales de los visitantes no basta invocar razones de seguridad. Después de todo, se trata de buscar un balance entre el interés legítimo de los familiares y de los presos de realizar visitas sin restricciones arbitrarias o abusivas, y el interés público de garantizar la seguridad en las penitenciarías.

71. La razonabilidad y proporcionalidad de una medida se pueden determinar únicamente por la vía del examen de un caso específico. La Comisión opina que una inspección vaginal es mucho más que una medida restrictiva en el sentido de que implica la invasión del cuerpo de la mujer. Por tanto, el equilibrio de intereses que debe hacer al analizar la legitimidad de dicha medida, necesariamente requiere sujetar al Estado a una pauta más alta con respecto al interés de realizar una inspección vaginal o cualquier tipo de requisa invasiva del cuerpo.

[...].

82. [...]. La inspección vaginal, por su naturaleza, constituye una intrusión tan íntima del cuerpo de una persona que exige protección especial. Cuando no existe control y la decisión

17 Por ejemplo en las sentencias T-269 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-690 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

18 OC-5, párrafo 46 citando “*The Sunday Times case*”, decisión del 26 de abril 1979 de la Corte Europea de Derechos Humanos, Serie A NE 30, párrafo 62.

de someter a una persona a ese tipo de revisión íntima queda librada a la discreción total de la policía o del personal de seguridad, existe la posibilidad de que la práctica se utilice en circunstancias innecesarias, sirva de intimidación y se constituya en alguna forma de abuso. La determinación de que este tipo de inspección es un requisito necesario para la visita de contacto personal debería ser efectuada en todos los casos por autoridad judicial (Corte Constitucional, 2005).

2.4. En el campo de la vida cotidiana

Varias son las situaciones que en la vida ordinaria comprometen la intimidad, como quien es requisado por el guarda de seguridad al ingreso a un edificio, o quien ingresa a un espectáculo público, o al obrero que sale de su sitio de trabajo o al ciudadano que simplemente circula por las vías públicas.

2.4.1. Al visitante de un edificio

¿Está obligado a permitir que se le registre quien ingresa a un edificio? O, mejor: ¿Está autorizado el guarda de seguridad a realizar registro a quien ingresa a un edificio?

El Decreto Ley 356 de 1994, por el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada, en ninguna parte autoriza a los porteros o guardas de seguridad a realizar registros o cateos, y en cambio, en concepto expedido por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada se precisa que ello no es posible toda vez que no existe disposición alguna que faculte al personal operativo de las empresas y cooperativas de vigilancia para hacer requisas personales y exigir documentos a los ciudadanos, puesto que dicha facultad está atribuida a las autoridades de la República.

Por tanto, esta es otra práctica que habitualmente aceptamos pero que no hace parte de lo que el ciudadano está en la obligación de soportar, porque ese control correspondería hacerse por parte de las autoridades públicas pero, sobre todo, porque a las empresas de vigilancia y seguridad privada ninguna ley las autoriza para ejecutar dicho procedimiento.

A su turno, el párrafo 3° del artículo 159 de la Ley 1801 de 2016, en vigencia desde el 29 de julio de 2016, advierte:

PARÁGRAFO 3o. El registro de personas por parte de las empresas de servicios de vigilancia y seguridad privada no se realizará mediante contacto físico, salvo que se trate del registro de ingreso a espectáculos o eventos de conformidad con la reglamentación que para tal efecto establezca el Gobierno nacional, o salvo que el personal uniformado de la Policía Nacional lo solicite, en apoyo a su labor policial.

De dicha norma se sigue que un vigilante privado solo podrá registrar a un ciudadano mediante contacto físico, a la entrada de un espectáculo público en cumplimiento del reglamento que para el efecto se expida, o que el personal de la Policía Nacional solicite tal apoyo; lo cual también tendrá que reglamentarse y será ilegal mientras ello no suceda.

2.4.2. Al asistente a espectáculos públicos

El Código Nacional de Policía contenido en el Decreto 1355 de 1970 nada decía acerca de autorizar el registro de personas en ningún contexto y, por su lado la Constitución Política solo autoriza las invasiones ya mencionadas anteriormente. Más aún, el Código de Policía de Bogotá, Acuerdo 079 de 2003 en su artículo 149, por su parte se refiere al registro de la siguiente manera:

Registro de personas. Los miembros de la Policía Metropolitana de Bogotá D.C., podrán efectuar el registro de las personas y de sus pertenencias en los siguientes casos:

1. En desarrollo de un procedimiento de Policía legalmente autorizado;
2. Para establecer plenamente la identificación de una persona;
3. Para prevenir la comisión de una conducta punible o contraria a la convivencia;
4. Para cumplir un requisito de entrada a un espectáculo, y;
5. Para prevenir comportamientos contrarios a la convivencia en establecimientos o espectáculos públicos.

Dicho artículo nos merece los siguientes comentarios. En relación con el numeral primero tendría que advertirse que no existe ninguna ley con fundamento en la cual pudiera autorizarse tal procedimiento de registro, por lo que resulta inane su confección; más aún cuando una norma local no puede desarrollar una limitación a un derecho constitucionalmente reconocido, no autorizada por ninguna ley, para solo referirnos a la graduación de las normas jurídicas.

Frente al numeral segundo hay que señalar que no existe obligación alguna de portar documentos de identificación, y la persecución por dicha omisión ha sido otra de las prácticas que hemos venido tolerando sin advertir su falta de sustento legal. O, dicho de otra manera, ¿viola la ley quien circula por la vía pública sin documentos que lo identifiquen? Como si fuera más importante la formalidad documental que el derecho mismo a la libertad personal.

En relación con el registro de vehículos, el artículo 151 señalaba que:

Los miembros de la Policía Nacional, podrán efectuar registro de vehículos en los siguientes casos:

1. Para establecer plenamente la identificación y propiedad del vehículo, la identidad de sus ocupantes y la legalidad de su carga; y
2. En desarrollo de un procedimiento de policía o por mandato judicial.

2.4.3. Al operario que sale de su sitio de trabajo

¿A instancias del empleador se pueden establecer controles que impliquen registros personales a la salida de los sitios de trabajo? La respuesta es nuevamente de carácter negativo. En el concepto 328148 de 03-11-2010, expedido por el Ministerio de Protección Social se concluye claramente que el empleador no puede instalar este tipo de controles y, en cambio, se invita a que se implementen elementos tecnológicos que ausculten las posibles extracciones de elementos de trabajo o mercancías, pero que de manera unilateral no se pueden crear. No existe, pues, ninguna disposición legal que autorice las requisas de los trabajadores que salen de su sitio de labor.

2.4.4. Al transeúnte

Hipótesis: el derecho a la intimidad solo puede ser afectado por ley, razón por la cual, para que exista autorización a la policía de realizar el registro, una ley la debe autorizar, y mientras esta no exista, el registro es ilegal.

Está claro que es una limitación a la intimidad que debe estar autorizada por la ley, o por una norma con rango de ley, toda vez que la libertad y la arbitrariedad de la autoridad policiva puede fácilmente conducir al abuso y a la discriminación, en el entendido de que pueden libremente escoger el momento para realizar los registros y las personas a quienes se los practica. Lo que ubica el conflicto en la órbita de las preguntas del por qué y del para qué de la seguridad del Estado frente a la intimidad del ciudadano:

Si los derechos explican el por qué y el para qué del Estado, resulta claro que la actuación de este solo será aceptable en la medida en que satisfaga o, cuando menos, no viole los derechos que dotan de contenido a la noción compartida de justicia (Prieto Sanchís, 2003, p. 12).

Sobre el peligro de la arbitrariedad en que está la policía aclaró la Corte Constitucional en la Sentencia C-024 de 1994, precisamente al referirse a las posibilidades de la captura administrativa:

En un Estado social de derecho, el uso del poder de policía –tanto administrativa como judicialmente–, se encuentra limitado por los principios contenidos en la Constitución Política y por aquellos que derivan de la finalidad específica de la policía de mantener el orden público como condición para el libre ejercicio de las libertades democráticas. De ello se desprenden unos criterios que sirven de medida al uso de los poderes de policía. El ejercicio de la coacción de policía para fines distintos de los queridos por el ordenamiento jurídico puede constituir no solo un problema de desviación de poder sino incluso el delito de abuso de autoridad por parte del funcionario o la autoridad administrativa (Corte Constitucional, 1994).

Según lo explicitado más arriba, es posible percatarse de que el Código Nacional de Policía no dice nada sobre el tópico abordado. Veamos:

- En el artículo 56 se ocupa de la captura y el literal “b” se refiere a la situación de la flagrancia, pero no aporta nada distinto de lo señalado en las normas del procedimiento penal en relación con la forma en que se llega a ella en relación con delitos que no tengan formas de comisión externas, como por ejemplo aquellos cuya tenencia o transporte de elementos implican la comisión de una conducta punible, como alucinógenos, armas así como los relacionados con la defraudación de los derechos de autor.
- En relación con registros de domicilio, el artículo 82 autoriza a la policía a realizarlos en sitios abiertos al público con una serie de exigencias, dentro de las cuales se incluye la orden escrita de policía y el artículo 83 autoriza prescindir de dicha formalidad cuando se trate del registro de inmuebles por razones de urgencia expresa, como para socorrer a quien pide auxilio, extinguir un incendio o evitar una inundación, para cazar a un animal rabioso; proteger bienes de personas ausentes y cuando un extraño ha penetrado en el inmueble.

No obstante, no se dice nada de procedimientos rutinarios de registro de personas o de vehículos automotores. En este punto debemos, entonces, ser enfáticos al afirmar que, no existe ninguna disposición legal que autorice registro personal o vehicular al transeúnte.

De manera equivocada la Corte Constitucional avaló dichos registros suponiendo, sin confirmar, que existía dicho mandato legal. Así, en un *obiter dicta* expresado en la sentencia C-822 de 10 de agosto de 2005, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, al analizar la constitucionalidad del artículo 248 de la Ley 906 de 2004, esto es, el registro personal de quien es imputado, aclaró que los procedimientos realizados por los policiales en desarrollo de su labor preventiva, se encuentran regulados en las normas de policía, y en consecuencia no hacen parte de las dinámicas propias del proceso penal, por tanto, declaró inexecutable la expresión incluida en dicha norma “Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta

la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional”; toda vez que, resultaba inapropiada su ubicación en la legislación penal. No obstante, a renglón seguido advierte que la autorización para su práctica –de los registros preventivos– está contenida en la ley, y cual soberano, mandó que dichas prácticas seguirían practicándose, sin que la inexequibilidad mencionada las tornara ilegales; suponiendo, equivocadamente que existen normas de rango legal que autorizan o respaldan los cacheos personales y vehiculares.

Así se pronunció nuestro tribunal constitucional frente a dicho tópico:

En cuanto a los procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública, estos corresponden a las requisas o cacheos realizados en lugares públicos, que implican la inmovilización momentánea de la persona y una palpación superficial de su indumentaria para buscar armas o elementos prohibidos con el fin de prevenir la comisión de delitos, o para garantizar la seguridad de los lugares y de las personas, procedimientos que se encuentran regulados en las normas vigentes de policía. Estos procedimientos preventivos no forman parte de las investigaciones penales y, por tanto, su regulación no puede inscribirse dentro de una norma que se ocupa de diligencias encaminadas a obtener evidencias o elementos materiales probatorios, y que tienen, en este contexto, un significado y un alcance que rebasan la de los meros procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública. Por esta razón, la expresión “Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional”, contenida en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, será declarada inexequible. Tales procedimientos preventivos se encuentran previstos en las normas de policía sobre las cuales no emite pronunciamiento alguno en esta sentencia. Por tanto, dichas normas de policía continúan aplicándose sin que la inexequibilidad de la expresión señalada impida que la fuerza pública cumpla las funciones que le son propias de conformidad con las leyes vigentes. En caso de que en el desarrollo de dichos procedimientos preventivos se encuentren materiales que justifiquen la iniciación de una investigación penal, la autoridad competente presentará

la denuncia correspondiente y aportará tales elementos como sustento de la misma (Corte Constitucional, 2005).

De los registros administrativos de inmuebles con fines preventivos, la Corte en la C-024 de 1994, expresó claramente que debe existir ley que los regule:

Como los registros administrativos con funciones preventivas no habilitan para la obtención de pruebas en materia punitiva, en principio no podrá el ciudadano oponer la reserva judicial a los mismos, siempre y cuando la ley haya habilitado a ciertas autoridades administrativas a ordenar esos registros y estos se efectúen en protección de valores superiores como la vida o la dignidad humana, dentro del marco restringido y cuidadoso que se le debe dar al allanamiento como medio de policía (Corte Constitucional, 1994).

En la sentencia C-789 del 8 de marzo de 2006, con ponencia del magistrado Nilson Pinilla Pinilla, la Corte Constitucional acomete nuevamente en su actividad de legisladora, esto es, solucionadora de situaciones como si existiera legislación que respalde su manifestación.

El artículo que da origen al pronunciamiento es el 208 de la Ley 906 de 2004, que parte del supuesto de que existe alguna norma que autoriza a la policía a realizar registro personal, inspección corporal, registros de vehículos y otras diligencias similares; lo que es falso, toda vez que dicha regulación no existe. La norma demandada señala lo siguiente:

Artículo 208. Actividad de policía. Cuando en ejercicio de la actividad de policía los servidores de la Policía Nacional descubriesen elementos materiales probatorios y evidencia física como los mencionados en este código, en desarrollo de registro personal, inspección corporal, registro de vehículos y otras diligencias similares, los identificarán, recogerán y embalarán técnicamente. Sin demora alguna, comunicarán el hallazgo a la policía judicial, telefónicamente o por cualquier otro medio eficaz, y esta sin dilación se trasladará al lugar y recogerá los

elementos y el informe. Cuando esto no fuere posible, quien los hubiere embalado los hará llegar, con las seguridades del caso, a la policía judicial.

Dice la Corte en un primer aspecto, refiriéndose al mismo registro personal del que ya se había ocupado la sentencia acabada de comentar, que el mismo es parte de aquella función de policía, en todo caso autorizada por la ley y coloca al registro personal, realizado en el contexto del proceso penal en un nivel de limitación mayor, toda vez que lo vincula con los controles judiciales propios de la Ley 906 de 2004, y por tanto lo saca de dicho escenario policivo, en ese orden declara inconstitucional el precepto confutado, con el argumento, no de que sea contrario a la Carta, sino que por obedecer a escenarios normativos diferentes, no puede hacer parte de una norma del procedimiento penal.

Así, el registro callejero es preventivo y característico de la actividad policial, mientras que el *registro personal*, actividad investigativa propiamente dicha, tiene controles judiciales y por tanto son diferentes, pues uno es preventivo y otro investigativo; uno se practica al imputado y el otro al transeúnte, en otras palabras, a la comunidad en general, la fuente normativa de uno es el artículo 248 de la Ley 906 de 2004, mientras que el sustento legislativo del otro es inexistente. Este planteamiento de la Corte Constitucional, sin constatación de base normativa para el registro preventivo, lleva a la conclusión inaceptable de que solo tiene límite, control y fuente legal el registro que se hace al reducido número de imputados, mientras que el que se realiza a toda la ciudadanía está librado a la total liberalidad, discrecionalidad, y gusto de la Policía Nacional. Así lo indica la Corte Constitucional:

El registro de personas llevado a cabo en desarrollo de la actividad de policía difiere sustancialmente del registro que se dispone y practica dentro del proceso penal, ya que el primero responde al cumplimiento de un deber constitucional en cabeza de la Policía Nacional, institución a la cual compete el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, al paso que el segundo atiende la necesidad

de investigar y juzgar las conductas punibles que atentan contra bienes jurídicamente tutelados. De ahí que tratándose de registros preventivos realizados por la policía no sea menester contar con la previa autorización judicial, en tanto que en el segundo evento, esto es, el registro personal en el proceso penal sí necesite dicha autorización. También queda aclarado que el registro personal que se efectúa en desarrollo de la actividad preventiva de policía consiste simplemente en una exploración superficial de la persona, que como tal no compromete constataciones íntimas, y lo que lleve sobre sí, en su indumentaria o en otros aditamentos, con el fin, entre otros objetivos lícitos, de prevenir (no de investigar) la comisión de comportamientos que puedan llegar a generar alteraciones contra la seguridad de la comunidad. De tal manera, no conlleva este registro personal una afectación o restricción de derechos fundamentales que amerite la intervención judicial, a fin de determinar su racionalidad y proporción. Solamente habrá lugar a dicha intervención judicial cuando el registro trascienda del examen exterior de la persona y llegare a abarcar su reconocimiento físico interno, es decir, cuando acarree inspección corporal (2006).

Frente al registro de vehículos, la Corte Constitucional afirma, además:

Para esta corporación, la facultad de *registro personal* que regula el artículo 208 bajo examen no es contraria a la Constitución pues tal norma no gravita en torno a lo que ha de realizarse en el curso de una investigación penal, sino que se circunscribe a la actividad preventiva que por mandato constitucional le compete ejercer a la Policía Nacional a fin de mantener el orden público, en facultad previsoras que, para el caso, con métodos no invasivos, permite la revisión externa y superficial de la persona y lo que lleva consigo, con el fin de dar seguridad al entorno, por lo cual su práctica no necesita autorización judicial previa. Ciertamente, el registro de personas es una de las medidas que persigue la realización del fin constitucional de garantizar la convivencia pacífica, la seguridad y la tranquilidad ciudadanas, tarea asignada por mandato superior a la Policía Nacional, según ya se analizó (art. 218 Const.). Estos argumentos son

igualmente válidos para justificar la constitucionalidad del registro de vehículos que la policía realiza, establecido como está que tal procedimiento no tiene alcances de investigación penal ni de policía judicial con miras al esclarecimiento de delitos; solo son actos elementales de rutina, para identificar al conductor y a los pasajeros, constatar las características y la propiedad del vehículo, al igual que la naturaleza, procedencia y legalidad de los objetos transportados (Corte Constitucional, 2006).

2.5. Consecuencias de la carencia de autorización legal para la realización de registros personales y vehiculares callejeros

Es claro hasta aquí que, con lo analizado, no existe norma constitucional ni legal que autorice a la autoridad de policía de vigilancia la realización de registros personales o vehiculares, o que le indique los límites que tiene en tales procedimientos, ni tampoco la forma correcta de hacerlos, aún menos el momento oportuno para su práctica, ni las causas para decidir acudir a dicho proceder, así mismo, no se menciona nada sobre las personas indicadas para tal ejercicio, ni las formalidades que deberían respetarse; y por tanto, como en la creencia popular se piensa que es parte de aquello que la autoridad de policía puede realizar.

Para ahondar en la necesidad de norma que así lo indique merece la pena alegar la ilegalidad de los procedimientos de registro realizados por la Policía; por ello, la Corte Constitucional ha precisado los límites en los que se desarrolla la actividad de policía, el primero de ellos es el de la legalidad, tal como se lee en la sentencia C-825 de 2004:

En un Estado social de derecho, el uso del poder correspondiente al mantenimiento del orden público está limitado por los principios contenidos en la Constitución y por aquellos que derivan de la finalidad de mantener el orden público como con-

dición para el libre ejercicio de las libertades democráticas. De ello se desprenden unos criterios que sirven de medida al uso de los poderes de policía. Así, la sentencia C-024 de 1994, luego de analizar in extenso el concepto, las funciones y los límites del poder de policía en un Estado social de derecho (CP art. 1°), señaló unos principios constitucionales mínimos que gobiernan la policía en un Estado democrático, que (i) está sometido al principio de legalidad, que (ii) su actividad debe tender a asegurar el orden público, que (iii) su actuación y las medidas [que debe] adoptar se encuentran limitadas a la conservación y restablecimiento del orden público, que (iv) las medidas que tome deben ser proporcionales y razonables, y no pueden entonces traducirse en la supresión absoluta de las libertades o en su limitación desproporcionada, (v) que no pueden imponerse discriminaciones injustificadas a ciertos sectores, (vi) que la medida policiva debe recaer contra el perturbador del orden público, pero no contra quien ejerce legalmente sus libertades, y que (vii) obviamente se encuentra sometida a los correspondientes controles judiciales (Corte Constitucional, 2004)¹⁹.

Ahora bien, esa vinculación con el principio de legalidad, a su vez, está referida al cumplimiento de los estrictos límites fijados por el Congreso de la República para la limitación de los derechos fundamentales, so pena de la ilegalidad de los procedimientos. Así lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-825 de 2004:

Desde esta perspectiva, no es admisible que los derechos constitucionales puedan ser restringidos, por vía general, por autoridades distintas al poder legislativo, pues ello no solo equivaldría a desconocer los límites que el constitucionalismo democrático ha establecido para la garantía de los derechos fundamentales de la persona, sino además porque se estarían desconociendo mandatos claros de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, que hacen parte entonces del bloque de constitucionalidad (CP art. 93), para efectos de interpretar el alcance

19 Corte Constitucional, Sentencia C-825 (2004). M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

de los derechos previstos en la Carta (Corte Constitucional, 2004).

Ante la falta de controles para dichos procedimientos, estos se convierten en formas de discriminación. Es un hecho que ciertas comunidades, como la LGBTI, así como los afro-descendientes, se sienten perseguidas por procedimientos de requisas que realizan los miembros de la Policía Nacional. Precisamente un vídeo que muestra una intervención callejera desata un airado reclamo de un miembro de esta comunidad que protesta porque solo a él lo someten al cacheo cuando hay otras personas.

En todo caso, ha de estar claro que el ciudadano solamente está obligado a tolerar las limitaciones a los derechos en los términos y con las restricciones que precisan y describen las leyes en protección de la arbitrariedad del poder, como ataque a la esfera individual, de este modo: “Los derechos fundamentales y su especial garantía se proponen, a partir de la tradición y del desarrollo histórico alemán, [a] prevenir ataques del Estado a la esfera individual” (Hesse, 2001, p. 90).

Sin embargo; esa carencia de la obligación puede conducir a interrogantes como: ¿Qué pasa cuando una persona se opone al registro que la Policía le solicita?, ¿podría sancionársele por alguna falta cuando no existe norma que faculte dicha intromisión en su vida privada? Creemos que no porque lo que soporta la sanción es el incumplimiento al pacto escrito y estricto, el cual, al no existir específicamente en este punto, no puede generar ninguna consecuencia para el ciudadano cuya libertad extiende hasta el infinito, mientras que el poder razonable de la ley no lo limite. Pues se trata del contenido subjetivo y objetivo del derecho fundamental a la libertad:

El contenido de los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos no se agota en este significado común y generalmente aceptado. Al sentido negatorio o de defensa se añade una significación positiva, no menos importante se trata también de que la persona haga uso de esta libertad (Hesse, 2001, p. 91).

Cuando no hay una norma que regule las relaciones, rige la ley del más fuerte. Sin embargo, el 29 de julio de 2016, mediante la Ley 1801 promulgada en el Diario Oficial 49.949 se expidió un Código Nacional de Policía en el que de manera general se regularon los registros personales y vehiculares en los artículos 158, 159 y 160; hecho que nos permite formular la siguiente pregunta: ¿Si bien a partir del 29 de julio de 2016 se reguló la posibilidad de que la Policía Nacional realizara registros callejeros, tanto personales como vehiculares, se puede válidamente sostener que tales procedimientos realizados hasta ese día eran ilegales, y por tanto los hallazgos delictivos así obtenidos carecen de poder demostrativo judicialmente por tener origen en procedimientos ilegales?

2.6. El registro personal y vehicular en el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia

En efecto, la Ley 1801 del 29 de julio de 2016, publicada en el Diario Oficial No 49.949, mediante la cual se expidió la normativa con la que se actualizaría la legislación a las necesidades de la seguridad ciudadana y la convivencia, consagró los registros en los siguientes términos:

ARTÍCULO 158. REGISTRO. Acción que busca identificar o encontrar elementos, para prevenir o poner fin a un comportamiento contrario a norma de convivencia o en desarrollo de actividad de Policía, la cual se realiza sobre las personas y medios de transporte, sus pertenencias y bienes muebles e inmuebles, de conformidad con lo establecido en la ley.

ARTÍCULO 159. REGISTRO A PERSONA. El personal uniformado de la Policía Nacional podrá registrar personas y los bienes que posee, en los siguientes casos:

1. Para establecer la identidad de una persona cuando la persona se resista a aportar la documentación o cuando exista duda sobre la fiabilidad de la identidad.

2. Para establecer si la persona porta armas, municiones, explosivos, elementos cortantes, punzantes, contundentes o sus combinaciones, que amenacen o causen riesgo a la convivencia.
3. Para establecer si la persona tiene en su poder un bien hurtado o extraviado, o verificar que sea el propietario de un bien que posee, existiendo dudas al respecto.
4. Para establecer que la persona no lleve drogas o sustancias prohibidas, de carácter ilícito, contrarios a la ley.
5. Para prevenir la comisión de una conducta punible o un comportamiento contrario a la convivencia.
6. Para garantizar la seguridad de los asistentes a una actividad compleja o no compleja o la identidad de una persona que desea ingresar a un lugar.

PARÁGRAFO 1o. El registro de personas y sus bienes podrá realizarse en las vías públicas, en los espacios públicos, en establecimientos de comercio o de otra naturaleza abiertos al público, en espacios privados con acceso o con servicios al público, y en las zonas comunes de inmuebles de propiedad horizontal o similares, o dentro de domicilio privado si el propietario, poseedor o inquilino, así lo autoriza.

PARÁGRAFO 2o. El registro de personas y sus bienes podrá incluir el contacto físico de acuerdo a los protocolos que para tal fin establezca la Policía Nacional. El registro deberá ser realizado por persona del mismo sexo. Si la persona se resiste al registro o al contacto físico, podrá ser conducido a una unidad de Policía, donde se le realizará el registro, aunque oponga resistencia, cumpliendo las disposiciones señaladas para la conducción.

PARÁGRAFO 3o. El registro de personas por parte de las empresas de servicios de vigilancia y seguridad privada no se realizarán mediante contacto físico, salvo que se trate del registro de ingreso a espectáculos o eventos de conformidad con la reglamentación que para tal efecto establezca el Gobierno nacional, o salvo que el personal uniformado de la Policía Nacional lo solicite, en apoyo a su labor policial.

PARÁGRAFO 4o. El personal uniformado de la Policía Nacional y el personal de las empresas de vigilancia y seguridad privada, podrán utilizar medios técnicos o tecnológicos para el registro de personas y bienes tales como detector de metales, escáner de cuerpo entero, sensores especiales y caninos entrenados para tal fin. El Gobierno nacional reglamentará el uso de ese tipo de medios y sus protocolos.

ARTÍCULO 160. Registro a medios de transporte. El personal uniformado de la Policía Nacional podrá efectuar el registro de medios de transporte públicos o privados, terrestres, aéreos, marítimos y fluviales, y de los paraderos, estaciones, terminales de transporte terrestre, aeropuertos, puertos y marinas, de conformidad con las disposiciones que rigen la materia, y en los siguientes casos, para garantizar la convivencia y la seguridad:

Para establecer la identidad de los ocupantes y adelantar el registro de las personas que ocupan el medio y sus bienes, de conformidad con este Código.

Para establecer la titularidad del derecho de dominio del medio de transporte y verificar la procedencia y la legalidad del medio de transporte, y de los bienes y objetos transportados.

Para constatar características o sistemas de identificación del medio de transporte.

Cuando se tenga conocimiento o indicio de que el medio de transporte está siendo utilizado o sería utilizado, para la comisión de un comportamiento contrario a la convivencia o una conducta punible.

En desarrollo de una operación policial ordenada por la institución policial o por mandamiento judicial, en cuyo caso se atenderán los procedimientos establecidos.

PARÁGRAFO 1o. Se entiende por medio de transporte todo medio que permita la movilización o el desplazamiento de una persona o grupo de personas, de un lugar a otro, independientemente de sus características o tipo de tracción utilizada.

PARÁGRAFO 2o. Si en el desarrollo del registro se encuentran elementos que justifiquen el inicio de una acción penal, el personal uniformado de la Policía Nacional deberá iniciar los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Penal.

PARÁGRAFO 3o. Se exceptúan del registro señalado los medios de transporte que gozan de inmunidad diplomática, salvo que existan indicios de una suplantación, para lo cual deberá contar con autorización de la misión diplomática.

PARÁGRAFO 4o. En las aguas jurisdiccionales colombianas la actividad de Policía será ejercida por el cuerpo de guardacostas de la Armada Nacional; excepcionalmente podrá hacerlo la Policía Nacional, previa coordinación con la Armada Nacional. En la interfase buque-puerto ejercerán concurrentemente las diferentes autoridades de acuerdo a sus competencias.

Pese esta normatización, persiste la inquietud que hemos venido formulando desde el inicio de este trabajo, relacionada con la falta de una limitación constitucional a la intimidad que autorice registros personales o vehiculares callejeros, y por tanto dicha reglamentación, al no estar autorizada por la Constitución, es contraria a sus disposiciones, y por lo tanto atenta de manera sensible a los propósitos del Estado de Derecho, en su versión más fuerte como Estado Constitucional, puesto que:

el Estado Constitucional representa una fórmula del Estado de Derecho, acaso su más cabal realización pues si la esencia del Estado de Derecho es el sometimiento del poder al Derecho, solo cuando existe una verdadera Constitución ese sometimiento comprende también al legislativo (Prieto Sanchís, 2003, p. 113).

Dicho en otras palabras, si bien el registro personal puede ser legal a partir de la entrada en vigencia del Código Nacional de Policía contenido en la Ley 1801 de 2016, continua sin existir una autorización constitucional para dicho procedimiento.

Por otra parte, y mientras la autorización constitucional se produce, bien vale la pena recordar que cuando la Corte Constitucional analizó la posibilidad que tenía la Policía Nacional para realizar capturas administrativas, en el anterior Código de Policía, estableció como estándar para la limitación de la arbitrariedad y la discrecionalidad el concepto de los motivos fundados (Taborda Zuluaga, 2015), que bien tienen plena aplicación también en los registros al transeúnte y vehiculares.

Y más aún, todos los actos de investigación deben estar soportados en motivos fundados los cuales deben probarse ante el juez de control de garantías, o bien para autorizarlos previamente o ya para hacer el control posterior de legalidad.

De otra manera, la autorización legal apuntaría a concluir que un funcionario de policía, o un policía podría realizar registros a discreción, sin ningún límite o control, lo que contradice el principio constitucional de los pesos y contrapesos, según el cual toda autoridad tiene control, y es una limitación que debe surgir de la jurisprudencia o de la doctrina pero debe existir una talanquera que proteja al ciudadano de dicho poder omnímodo que entrega la ley a la autoridad de policía.

2.7. Conclusiones

Las únicas autorizaciones constitucionales de intervención a la intimidad son la interceptación de comunicaciones y el allanamiento de morada, no así el registro personal o a medio de transporte.

Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 1801 de 2016 se creía, equivocadamente, que existían normas legales que autorizaban ese tipo de registros y por tanto, bajo ese supuesto de existencia legislativa, se presumían legales los registros callejeros realizados por la Policía Nacional, específicamente en labores de vigilancia.

Sin embargo, al no haber norma legal ni constitucional que autorizara dichos procedimientos, tanto las diligencias de cacheo como sus hallazgos no podrían ser utilizados judicialmente por tratarse de ilegales.

A partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia, si bien se autorizan los registros personales

y a medios de transporte, dichas intervenciones a la intimidad continúan sin autorización constitucional para su realización.

En consonancia con todo lo dicho, es necesaria una respuesta sistemática a dicha problemática con el objetivo de poder resolver de manera equitativa la tensión entre seguridad pública e intimidad personal.

2.8. Anexos

2.8.1. Anexo 1


SuperVigilancia
Entidad de Vigilancia y Seguridad Privada


BICENTENARIO
1819-2019

7200

12.01.2011
01384

Señor
MIGUEL OSWALDO PORRAS VILLAMIL
Carrera 12 No. 15 - 95 Oficina 407
Bogotá D.C.

Ref. Respuesta Consulta
Rad. 735 de 12 de enero de 2011

Respetado señor Porras:

Acusamos recibo de su consulta presentada ante esta Entidad, en donde solicita saber si existe norma legal que autorice a los vigilantes de un servicio de de vigilancia y seguridad privada, hacer requisas personales y exigir documentos a los ciudadanos.

Sobre el particular esta Dependencia de manera atenta y respetuosa le informa que no existe dentro de la normatividad que regula el sector de la vigilancia y la seguridad privada, disposición alguna que autorice al personal operativo de las empresas y cooperativas autorizadas, hacer requisas personales y exigir documentos a los ciudadanos, puesto que tal facultad está atribuida a las Autoridades de la República.

En el marco de los principios, deberes y obligaciones que rigen la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada, los cuales se encuentran regulados en el artículo 74 del Decreto Ley 356 de 1994, se dispuso lo siguiente:

"(...) ARTICULO 74.- Principios, deberes y obligaciones que rigen la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada. Los servicios de vigilancia y seguridad privada deberán desarrollar sus funciones teniendo en cuenta los siguientes principios.

- 1. Acatar la Constitución, la Ley y la ética profesional.*
- 2. Respetar los derechos fundamentales y libertades de la comunidad, absteniéndose de asumir conductas reservadas a la fuerza pública.*
- 3. Actuar de manera que se fortalezca la confianza pública en los servicios que prestan. (...)"*

Es importante señalar que la Corte Constitucional en Sentencia C- 789 de 2006 señaló sobre las requisas personales dentro de la actividad de Policía; así:

(...) "Entre las medidas que pueden ser aplicadas en desarrollo de la actividad de policía está el registro de personas y de vehículos. Se trata de procedimientos de rutina autorizados por la ley y los

Carrera 10 No. 36 - 71 Int. 106, 3, 3 y 4 piso / PBX: (57) 327 40 00 / FAX: (57) 327 40 22
www.supervigilancia.gov.co
Bogotá D.C., Colombia



2.8.2. Anexo 2

Ministerio de la Protección Social

Concepto 328148

03-11-2010

Asunto: Radicado 310550 del 15 de Octubre de 2010

Respetado señor Forero:

En atención a la comunicación del asunto, en la cual comenta que la empresa que representa se dedica a actividades de minería y consulta sobre la posibilidad de adelantar requisas e inspecciones a los trabajadores al momento de salir del sitio de trabajo, “si es permitida la inspección ocular al cuerpo humano de los trabajadores” si el trabajador puede autorizar a que se le adelanten dichas requisas, esta Oficina se permite manifestar:

La intimidad es el espacio exclusivo de cada uno, es aquella órbita reservada para cada persona y de que toda persona debe gozar, que busca el aislamiento o inmunidad del individuo frente a la necesaria injerencia de los demás, dada la sociabilidad natural del ser humano. Es el área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediante orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley (Corte Constitucional, sentencia T 696 de 1996, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz).

Así las cosas, es de entender que dependiendo del lugar donde nos encontremos, ese espacio exclusivo y reservado para cada persona, varía, sin que ello pueda implicar una trasgresión al derecho fundamental de la intimidad.

El numeral 9° del artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo, prohíbe a los empleadores, “Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su

dignidad”. Si bien es cierto que al empleador le asiste el derecho de implementar las medidas preventivas necesarias para ejercer controles tendientes a evitar la pérdida de los elementos de trabajo, no resulta ser menos cierto, que aquello deberán estar en armonía con el respeto a la dignidad humana y si se requiere de tan exhaustivo examen, debería contar con los medios tecnológicos idóneos, pues de la literalidad con que lo manifiesta, dicha situación podría encontrarse limitando en el borde de vulneración al derecho fundamental de la dignidad humana, pues no existe ninguna norma laboral que permita o faculte al empleador a llegar a estos extremos.

Por su parte, el numeral 4° del artículo 22 del Decreto 2974 de 1997, por medio del cual se reglamentaron los servicios especiales de y los servicios comunitarios de vigilancia y seguridad privada, dispuso:

Prohibiciones:

Queda prohibido a los servicios especiales de vigilancia y seguridad privada y a los servicios comunitarios de vigilancia y seguridad privada:

...

1. Realizar seguimientos, requisas, allanamientos, interceptaciones, o cualquier otra actividad ilícita o atentatoria contra los derechos a la intimidad, al domicilio y a la libre locomoción de las personas

El diccionario de la Real Academia, define requisas como: “Revista o inspección de las personas o de las dependencias de un establecimiento”. Ni en la Constitución ni en la Ley, se ha facultado a un particular para que adelante requisas personales, precisamente porque este tema resulta ser absolutamente sensible al punto, que sobre el mismo se ha pronunciado la H. Corte Constitucional, como en sentencia C 789 de 2006, mediante la cual, limitó los alcances de la inspección corporal que podía adelantar la Policía Nacional, en los siguientes términos:

“Distinta conclusión recae sobre la inspección corporal también mencionada en el artículo 208 de la Ley 906 de 2004 en el ámbito de actividad de la policía administrativa, porque en tal procedimiento no se efectúa un simple cacheo sino una verdadera intervención sobre el

cuerpo de las personas, con riesgo de tocamientos indignantes y hasta exploración sobre la piel desnuda y espacios naturales como el ano, la vagina, la uretra, la boca, los oídos, las fosas nasales y el interior del cuerpo, séase no mediante la introducción de instrumental médico, sondas, etc. (sentencia C-822 de 2005). En este caso, es evidente que se presenta una grave invasión sobre los derechos de las personas sometidas a este procedimiento, por lo cual es indispensable contar con la previa autorización judicial, exigencia que se echa de menos en la expresión acusada del artículo 208 de la Ley 906 de 2004, en cuanto habilitaría a los servidores de la Policía Nacional para realizar inspecciones corporales en desarrollo de su acción administrativa. De tal manera resulta contrario a la Constitución que la Policía Nacional, en ejercicio de su función preventiva, realice inspección corporal de tales alcances, constitutivos de vulneración de la intimidad, la dignidad y otros derechos fundamentales, que ciertamente requieren previa autorización judicial como garantía de legalidad, procedencia, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Si aún dentro de una investigación penal en desarrollo existen limitaciones para la inspección corporal, como lo explicó la Corte en la comentada sentencia C-822 de 2005, tales como orden judicial previa y procedimiento en caso de la negativa de/imputado, tampoco puede darse esa delicada actuación en la órbita preventiva de la policía, que no puede afectar así como así el derecho a la intimidad, garantizado en el artículo 15 de la Carta y, por ello, demanda el control judicial. Recuérdese que “la inspección corporal solamente puede ser practicada cuando cuente con el previo aval del juez, en virtud del principio constitucional de reserva judicial que opera en cuanto sean restringidos los derechos fundamentales” (C-789-06, Corte constitucional de la República de Colombia).

No obstante, lo anterior y para el caso en particular, el empleador se encuentra facultado para implementar los mecanismos que considere convenientes y necesarios para proteger sus intereses, siempre y cuando ninguno de estos mecanismos, vaya en detrimento de los derechos fundamentales del trabajador, y respecto del consentimiento que estos puedan otorgar, podría ser que no fuera fruto de su libertad de decisión, sino que se sintiera presionado para efectuarlo.

El presente concepto tiene el alcance que determina el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordial saludo,

NELLY PATRICIA RAMOS HERNANDEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo

Apartes de la sentencia c-822 de 2005

2.9. Referencias

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons.
- Cordero, I. (2014). Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI. En F. G. Antonio, *Los Derechos a la Intimidad y a la Privacidad en el siglo XXI* (pp. 19-60). Madrid: Dykinson.
- Cortina, A. (2010). *Justicia Cordial*. Madrid: Trotta.
- Defensoría del Pueblo (2001). *Red de promotores de Derechos Humanos. Estado social y democrático de derecho y derechos humanos*. Bogotá.
- Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo veintiuno.
- Fernández Carrasquilla, J. (2002). *Derecho penal liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Hamilton, A. (2015). *El federalista*. Madrid: Akal.
- Hesse, C. (2001). Significado de los derechos fundamentales. En *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

- Hirsch Von, A. (2012). *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier.
- Husak, D. (2013). *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Taborda Zuluaga, J. E. (2015). De los motivos “fundados” para la afectación de derechos fundamentales en el proceso penal colombiano. *Gaceta Penal y Procesal* 68(68), 309-342. Recuperado de https://www.academia.edu/10987312/_De_los_motivos_fundados_para_la_afectaci%C3%B3n_de_derechos_fundamentales_en_el_proceso_penal_colombiano_en_Gaceta_Penal_68_2015_pp._309-342

2.9.1. Normas citadas

- Código de Policía de Bogotá (20 de enero de 2003). *Acuerdo 079 de 2003*. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6671>
- Código de Procedimiento Penal Colombiano (2016). Bogotá: Leyer.
- Código Nacional de Policía y Convivencia (29 de julio de 2016). Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=21&p_numero=1801&p_consec=45806
- Constitución Política de Colombia (2016). Bogotá: Leyer.
- Ministerio de Protección Social (03 de noviembre de 2010). Concepto 328148. Recuperado de <http://actualicese.com/normatividad/2010/11/03/concepto-328148-de-03-11-2010/>
- Senado de la República (2014). *Ley 1709 de 2014*. Recuperado de http://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Ley_1709_2014.pdf

2.9.2. Jurisprudencia

- Corte Constitucional (23 de septiembre de 1992). *Sentencia T - 530 de 1992*. Bogotá, Colombia. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (27 de enero de 1994). *Sentencia C-024 de 1994*. Bogotá, Colombia. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (31 de agosto de 2004). *Sentencia C-825 de 2004*. Bogotá, Colombia. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

Corte Constitucional (10 de agosto de 2005). *Sentencia C-822 de 2005*. Bogotá, Colombia. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional (16 de agosto de 2005). *Sentencia T-848 de 2005*. Bogotá, Colombia. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional (8 de marzo de 2006). *Sentencia C-789 de 2006*. Bogotá, Colombia. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

3. Límites constitucionales a la libertad de expresión en redes sociales²⁰

JAIME CUBIDES CÁRDENAS²¹

ANGÉLICA GRANDAS FERRAND²²

RODOLFO TORREGROSA JIMÉNEZ²³

-
- 20 Este capítulo es una producción en colaboración académica entre el proyecto “Desafíos contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios” (que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, vinculado al Centro de Investigaciones Sociojurídicas CISJUC, adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia) y el proyecto “Procesos Transicionales en Colombia” (del grupo de investigación Derecho Sociedad y Estudios Internacionales de la Universidad Libre Sede Bogotá).
- 21 Abogado y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia (Bogotá). Especialista, Magíster en Docencia e Investigación con énfasis en Ciencias jurídicas y Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá). Doctorando en Derecho en la línea de investigación en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires). Docente Investigador y líder del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia de la Universidad Católica de Colombia.
- 22 Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia (Bogotá). Auxiliar de investigación del grupo Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia e integrante del semillero de investigación Observatorio de Justicia Constitucional de Derechos Humanos (vinculado al Centro de Investigaciones Sociojurídicas CISJUC, adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia).
23. Doctor en Sociología Jurídica de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). Magíster en Ciencia Política de la Universidad de los Andes (Bogotá). Miembro del grupo de investigación Derecho, Sociedad y Estudios Internacionales. Proyecto de investigación: “Procesos Transicionales en Colombia” (Universidad Libre Sede Bogotá).

“Mi libertad se termina donde empieza la de los demás”.

Jean Paul Sartre

3.1. Introducción

Esta investigación tiene como finalidad vislumbrar los límites constitucionales que por medio de la jurisprudencia constitucional colombiana se han impuesto al derecho fundamental de la libertad de expresión en todo lo referente al ámbito de las redes sociales. Tal problemática debe ser analizada en razón de la importancia que tanto para un Estado de Derecho como para un Estado Social de Derecho implican dichas garantías en una sociedad como la nuestra. De este modo, la libertad de expresión se constituye como un bastión para los derechos de carácter fundamental, en especial por las difíciles etapas históricas que tuvieron que ser superadas para permitir en la actualidad la existencia de una protección jurídica de esencia multinivel a estos derechos. De acuerdo con lo anterior, la libertad de expresión es, principalmente, un garante que materializa en una nación el principio de participación, por tanto, este debe ser estudiado como fenómeno jurídico para poder comprender su alcance, a causa de que el mencionado principio de participación establece la construcción de un país con fundamento en el trabajo mancomunado de cada uno de los actores que integran la comunidad. De esta forma, lo que implica la presencia de mecanismos adecuados e idóneos con los que estos actores puedan manifestar sus pensamientos e ideas, asimismo estos mecanismos son protegidos por el mencionado derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, si se tiene en cuenta que toda actuación realizada por el hombre afecta diferentes esferas jurídicas a las de él, surge, acorde a ello, un enfrentamiento de derechos semejantes; evento en el cual debe ser una autoridad competente la que determine cuál derecho debe ser protegido prioritariamente, estos eventos son excepcionales por lo que deben ser claramente reglados y fundamentados,

pues limitarían alguno de los derechos en consideración, caso particular que se presenta en materia de expresión y que en la actualidad surge en un nuevo escenario como son las redes sociales.

En este orden de ideas, este tipo de libertad es contemplada en el ordenamiento jurídico colombiano como un derecho fundamental, al mismo tiempo que como una garantía que el Estado debe velar por proteger. La expresión por medios digitales resulta fundamental para el desarrollo de las relaciones sociales y para la construcción de una sociedad democrática, puesto que permite, pero en especial, protege a cada persona que quiera expresar sus ideas. No obstante, a lo largo de las últimas décadas, este tipo de libertad encuentra su mayor desarrollo en medio de un entorno globalizado por medio de servicios como la web, en las que aplicaciones como las redes sociales crean espacios amplios de participación. Si se destacan las consecuencias que cualquier actuación del hombre genera en ámbitos fuera de él, esta libertad, como cualquier otro derecho, no puede ser ejercido de manera absoluta e ilimitada bajo la premisa del Estado Social de Derecho. A su vez, este debe ser protegido y regulado por el Estado, lo que hace que cualquiera se cuestione sobre cuáles son los límites jurados que el ordenamiento constitucional colombiano impone a la libertad de expresión dentro del contexto de las redes sociales. Para resolver los anteriores interrogantes, este capítulo se servirá en primer lugar de una contextualización histórica y normativa de la libertad de expresión; en segundo lugar, se hará alusión a las redes sociales y al impacto que estas plataformas han tenido en la sociedad del siglo XXI; en tercer lugar, se realizará un análisis de las convenciones internacionales que en su articulado han impuesto límites a este derecho; en cuarto lugar, se analizarán sentencias relevantes en la materia en la que se trataron casos paradigmáticos en relación a esta temática las cuales fueron proferidas por la Corte Constitucional, acerca de situaciones en las que se ha evidenciado una coalición entre el derecho a la libertad de expresión y otros derechos fundamentales en los que se imponen ciertos límites para el ejercicio del primero.

3.2. Antecedentes históricos

Desde la antigüedad griega²⁴ varios filósofos mencionaron la libertad de expresión como una forma trascendental de mediar y participar en el entorno social, tal es el caso de Demóstenes quien afirmaba que no podía caer sobre un pueblo peor desgracia que la privación de la libertad de palabra. Posteriormente, en el Renacimiento, Nicolás Maquiavelo también se pronunció acerca de esta premisa refiriendo que “el hombre tiene derecho a pensar todas las cosas, decir todas las cosas y escribir todas las cosas”. Años después, en 1644, el ensayista y poeta, John Milton manifestó “dadme la libertad de conocer, de expresarme y de razonar libremente según mi conciencia, por encima de todas las libertades” (Darbishire, 1994, p. 86). Los anteriores ejemplos demuestran cómo en diferentes momentos de la historia se han tenido nociones acerca del derecho a la libertad de expresión y a la importancia de la voz propia como medio de ejercer plena conciencia dentro de los diversos ámbitos de la participación democrática. No obstante, afirmaba Maquiavelo que el hombre tiene derecho a pensar todas las cosas, decir todas las cosas y escribir todas las cosas aunque este derecho implícito no fue reconocido mediante ninguna ley o convención expresa fue hasta la época de la Ilustración, con la célebre frase de Voltaire: “No estoy de acuerdo con lo que usted dice, pero defenderé hasta la muerte su derecho a decirlo”, que se empezó a reflexionar sobre la importancia de una voz propia que fuera, del mismo modo, punto de partida para establecer divergencia frente a todo valor de homogeneidad y, así también, de exclusión de la individualidad. De esta forma, en el año de 1789, año célebre en el que inició la Revolución Francesa se puede identificar el reconocimiento del derecho a la libertad de expresión, derivado de una de las consignas

24 En la Grecia clásica, como en todas las sociedades, existió el fenómeno de la expresión humana. Sin embargo, esta parte del trabajo no se ocupará de realizar el estéril esfuerzo de demostrar este dato. Lo que en cambio se pretende es estudiar hasta qué punto la expresión pública fue libre en el mundo griego. Así como cuál era el valor que se atribuía a la realización de la libre expresión, cuál fue la actitud de las instancias oficiales frente a este fenómeno y cuáles fueron los motivos o justificaciones que se utilizaron para una eventual restricción de la libre expresión, [así como también] cuáles las distintas reacciones (Ansuátegui, 1992, p. 121).

que acompañaron este momento insigne de la historia occidental, las premisas *libertad*, *igualdad* y *fraternidad*, se materializaron, entonces, en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), que en su artículo 1 reconoce la libertad en sentido amplio.

Artículo 1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

Asimismo, en el artículo 10 se contempla expresamente la protección al derecho fundamental de libre expresión, evidenciándose el primer límite histórico al ejercicio de este, en relación a la tesis principal de éste artículo de investigación.

Artículo 10. Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, a condición de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley.

3.3. Noción

No hay ninguna libertad que competa más al hombre que la libertad de expresión. Sin ella, ningún ser humano podrá sentirse verdaderamente libre (Pericay, 2006, p. 67)²⁵. Este tipo de libertad es considerado uno de los principales barómetros del nivel de democracia de un país, ya que puede medirse grado de democracia según el número y el grado de las limitaciones que aceptamos a la libertad de expresión (Carrillo, 2015, p. 209). En otras palabras, este derecho consiste en la facultad de expresar lo que se quiera por medio de impresos, primero, luego por otros medios de comunicación, sin censura previa (De Mateo, 2014, p. 1019)²⁶.

25 Es este un derecho inalienable de todos los ciudadanos sin excepción alguna. Por supuesto que en mi oficio exijo y ejerzo libertad de expresión. Pero ni exigencia ni ejercicio los hago como periodista privilegiado, sino como un ciudadano más de este país. La libertad de expresión es para todos o no es para nadie. Legislar garantías con dedicatoria es ofensivo y peligroso para el garantizado. Al menos a mí me ofende que me protejan privilegiadamente más allá de la protección a mis vecinos (Díaz, 2009).

26 Sobre la libertad de opinión y de palabra se ha construido, en buena medida, el modelo de democracia occidental. La relación entre libertad de expresión y democracia es tan estrecha y simbiótica que puede decirse que toda reflexión

3.4. Normatividad internacional y regional

Por otro lado, uno de los eventos históricos más importantes que influyó en el reconocimiento como derecho fundamental de libertad de expresión fue la Segunda Guerra Mundial²⁷, debido a que el dominio de los medios de información por parte del gobierno nazi, tuvo incidencia en la propaganda belicista y racista que fue un rasgo característico del genocidio (Darbishire, 1994, p. 19)²⁸, y que a su vez, generó en los países aliados la necesidad de regular y proteger la libre expresión como un derecho esencial en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948:

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias [...] (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

sobre la libertad de expresión y sus límites es una reflexión sobre la democracia (Carrillo, 2015, p. 209).

27 La libertad de expresión y de discusión solo podía engendrar gérmenes de duda en la mentalidad de las masas a las que Hitler desdeñaba en realidad. El natural instinto de estas, creía, era seguir los dictámenes de su líder, quien manifestaría sus verdaderos deseos. La democracia distorsionaba todo esto, obstaculizando la actualización de los deseos y destruyendo la unidad de acción. Por contrario, todo lo que conducía a la fuerza, la unidad y la acción, era bueno y, en la práctica, Hitler tomó como modelo la organización militar tradicional. De aquí, el desarrollo de su Führerprinzip, o “principio de liderazgo”, que fue aplicado por primera vez a la organización del Partido y, después de 1933, al gobierno del Estado. La función del Führer en el Partido, resulta clara de las propias palabras de Hitler: “El funcionario en el cargo [...] escucha las distintas expresiones de opinión, y luego, por su parte, otorga su decisión. No cabe decisión posible en la que un hombre no asuma responsabilidad. Este es el principio que guía nuestro movimiento” (Thornton, 1985, p. 12).

28 Se permitiría la libertad de prensa y el cristianismo, dentro de un contexto de bien común y adecuación al sentido moral de la raza alemana. Los extranjeros gozarían de pocos derechos y los judíos, en particular, volverían a ser discriminados. Se preveía la formación de un ejército nacional (Thornton, 1985, p. 29).

La libertad de expresión también es reconocida taxativamente en el artículo 19 de la misma declaración, la cual dispone lo siguiente:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión (Declaración Universal de Los Derechos Humanos, 1948, Art. 19).

De igual manera, en distintas instancias internacionales, la libertad de expresión tiene una protección y reconocimiento sumamente importante como derecho fundamental del individuo, entre ellos, el artículo 4 de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre* (1948)²⁹, el artículo 19 del Pacto Internacional de *Derechos Civiles y Políticos* (1966)³⁰, el artículo 13 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José, 1969)³¹, el artículo 9 de *La Carta Africana sobre Derechos Huma-*

29 “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio” (1948. IX Conferencia Internacional Americana).

30 “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la Ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Lista de los Estados que han ratificado el pacto).

31 “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente

nos y de los pueblos (1981).

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos la Corte Interamericana de Derechos (Corte IDH) y la Comisión interamericana de Derechos Humanos (CIDH), han dado contenido teórico relevante al concepto de la libertad de expresión, es así que, la Corte IDH manifestó la existencia de dos dimensiones de este derecho, entendiendo a la primera dimensión como aquella que abarca:

El derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir opiniones, ideas e información y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la *expresión* y la difusión son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente (Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248, Párrafo 138).

Teniendo igualmente una segunda dimensión consistente en un aspecto social en el que la Corte IDH ha señalado que la *libertad de expresión* implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia (Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, párr.

fijadas por la Ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la Ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la Ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional” (Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos).

148, y Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 110).

Por su parte, la comisión considera que concurren varios derechos condensados en la denominación de la libertad de expresión como es el caso del derecho a la información, el cual tiene un carácter facilitador del ejercicio de otros derechos humanos, es decir, el acceso a la información es, en muchos casos, imprescindible para que las personas puedan hacer efectivos otros derechos (CIDH, El derecho de acceso a la información en el marco jurídico Interamericano, Segunda Edición, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 7 de marzo de 2011, párr. 4)³². En este orden de ideas, este tipo de libertad tiene un grado de complejidad en razón del alcance que puede tener, debido a que la Comisión y la Corte Interamericana han reiterado sistemáticamente la importancia del derecho a la libertad de expresión para garantizar el derecho a la igualdad de las minorías y de los miembros de grupos que han sufrido discriminación histórica (CIDH. Informe Anual 2009. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo II (Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión). OEA/Ser. L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009, párrs. 1-4). Exclusivamente, la relatoría para la libertad de expresión de la CIDH se ha pronunciado con referencia al objeto de esta investigación, aclarando que:

En la medida en que el entorno digital ofrece el espacio para promover el intercambio de información y opiniones, su configuración y arquitectura resultan relevantes. Internet se ha desarrollado a partir de determinados principios de diseño, cuya aplicación ha propiciado y permitido que el ambiente en línea sea un espacio descentralizado, abierto y neutral. Es importante que cualquier regulación que se produzca sea como resultado del diálogo de todos los actores y mantenga las características

32 Ver igualmente CIDH, Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, 22 de noviembre de (2011), párr. 1, 26, 31. En el marco del Sistema de Naciones Unidas, ver, por ejemplo: Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, 4 de septiembre de (2013), U.N. Doc. A/68/362, párr. 19.

básicas del entorno original, potenciando su capacidad democratizadora e impulsando el acceso universal y sin discriminación (CIDH, Libertad de expresión e internet, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 31 diciembre 2013 Original: español, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión).

3.5. Normas constitucionales en la materia

Con respecto a Colombia, la libertad de expresión será analizada a partir de las dos últimas constituciones. En primer lugar, el artículo 42 de la Constitución de 1886, era el que más se asimilaba a la protección de este derecho y disponía lo siguiente:

Artículo 42.- La prensa es libre en tiempo de paz; pero responsable, con arreglo a las Leyes, cuando atente a la honra de las personas, al orden social o a la tranquilidad pública. Ninguna empresa editorial de periódicos podrá, sin permiso del Gobierno, recibir subvención de otros Gobiernos ni de compañías extranjeras (Constitución Política de Colombia, 1886).

Lo anterior demuestra que la libertad de expresión privilegiaba a un medio de comunicación en especial, la prensa; proscribiendo cualquier tipo de protección individual a las personas que tuvieran acceso a este derecho y, asimismo, dejaba a un lado los principios emanados del Estado alemán, como aquellos del Estado Social de Derecho, en los que se destaca la dignidad humana y, por consiguiente, la garantía de los derechos fundamentales de los individuos.

Al realizarse la Asamblea Nacional Constituyente como un mecanismo para reformar la Constitución anterior, se realizó un debate sobre el articulado de todo el texto constitucional. Posteriormente, en 1991 con respecto al derecho que se trae a colación, se expresa que inicialmente se había “consagrado la libertad de expresión, pensamiento y opinión como un derecho de todas las personas, pero luego se aprobó que estas libertades debían transformarse en garantías y por ende, en deberes del Estado” (Nota del Compilador, Constitución Política de 1991). Finalmente, en el texto constitucional se incorporó éste derecho

como una garantía fundamental y se expresa de la siguiente manera:

Art. 20.- Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura (Constitución Política de Colombia, 1991).

3.6. Panorama normativo en Colombia sobre la libertad de expresión

A pesar de estar ampliamente consagrado de forma constitucional, este derecho fundamental ha tenido poca regulación legislativa y ejecutiva, pues se profieren y sancionan leyes y decretos que tratan temas particulares sobre la libertad de expresión sin realizar un tratamiento integral del mismo, tal es esta circunstancia que se solo encuentran leyes como la Ley 15 de 1990, por medio de la cual se aprueba el “Convenio Constitutivo de Acción de Sistemas Informativos Nacionales, ASIN” firmado en Cartagena de Indias, el 1o. de octubre de 1983; asimismo, se encuentra Ley 14 de 1991, “por la cual se dictan normas sobre el servicio de televisión y radiodifusión oficial”, que a pesar de estar derogada muestra el poco tratamiento que dentro del órgano legislativo colombiano se ha dado a la materia. Ya llegados a este punto, es preciso recordar la Ley 586 del 2000 por la cual se instituye el día 13 de agosto de cada año como el Día de la Libertad de Expresión. No obstante, existe una Ley, que a pesar de la minuciosidad de su ámbito de aplicación, tiene mayor pertenencia con el derecho en mención, tal es la Ley 1712 del 2014 por la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones, permaneciendo aún la inexistencia de regulación integral a este derecho en especial su protección particular por mandato de la ley. Lo anterior deja solamente a las normas constitucionales como fundamento jurídico de su protección.

3.7. Desarrollo pretoriano de la libertad de expresión en la Corte Constitucional

Con respecto a la definición que la jurisdicción constitucional colombiana le ha otorgado a este derecho, se puede rescatar la expresada a continuación:

La facultad que tienen todas las personas de comunicar sus concepciones e ideas sin temor a ser constreñidos por ello en manera alguna. Esta libertad constitucional no solo es un derecho de cada persona sino que también debe ser entendida como un valor y principio *sine qua non* para la consolidación de la opinión pública libre, estrechamente ligada al pluralismo político característico de un Estado social y democrático de derecho (Corte Constitucional, SU-1723 de 2000).

En la sentencia T-391 del 2007, la Corte Constitucional afirmó la magnitud del derecho a la libertad de expresión y “le reconoció un estatus jurídico especial, así como un grado de inmunidad significativo frente a regulaciones estatales” (Cubides y González, 2015). Lo que conlleva determinar que es un derecho fundamental inherente al ser humano, ligado a la libertad en sentido amplio y categorizado en la misma índole que el derecho a la vida, pues la libertad de expresión le permite al ser humano la interacción y la construcción de relaciones sociales. Asimismo, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, expresa que la libertad de expresión es un barómetro del progreso de las sociedades.

3.8. Redes Sociales y su impacto

El origen de las redes sociales se sitúa según Ponce (2014) en el 1971 cuando, por medio de una serie de códigos y algoritmos, un computador recibe un correo electrónico de otro. Luego en 1995, se empiezan a crear diferentes plataformas sociales que con el tiempo evolucionaron y fueron sujetas a modificaciones hasta lo que conocemos hoy día

como las más populares³³, entre ellas *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, etc. En otras palabras, las redes sociales se definen como una “herramienta de comunicación básica en la sociedad global en la que nos encontramos, para prolongar las relaciones sociales de los individuos” (García *et al.*, 2013, p. 97).

Lo que confirma el concepto de Valenzuela: “se llama red social no solo al grupo de personas, sino al sistema que las aloja y les brinda los servicios necesarios” (García *et al.*, 2013, p. 6).

Es evidente que en el último siglo las redes sociales han tenido un protagonismo que ha transformado las relaciones humanas, brindando ventajas en cuanto a que este es un medio que favorece la comunicación entre personas que se encuentren a una distancia considerable; a su vez, también se pueden considerar los aspectos desfavorables que estas plataformas ofrecen al permitir la publicación masiva de información en las que algunos derechos como “la intimidad, al buen nombre, a la imagen y a la honra, se encuentran en mayor riesgo de ser vulnerados” (Corte Constitucional, Sentencia T-050-2016). En consecuencia, los profesores Cubides y González (2015) advierten que es urgente garantizar la protección de los riesgos que surgen a propósito del uso de las nuevas tecnologías (p. 24).

3.9. Límites convencionales a la libertad de expresión

Ahora bien, antes de pronunciarse acerca de los límites jurisprudenciales que expone la Corte Constitucional es necesario hacer énfasis en los límites que están consagrados en las diferentes Convenciones que protegen a la libertad de expresión como derecho fundamental.

33 Un fenómeno de reciente actualidad, especialmente entre los más jóvenes, es la proliferación de las llamadas redes sociales, como Facebook, MySpace o Tuenti (España). En este tipo de redes, los usuarios “invitan” a sus amigos a unirse. Estos, a su vez, “invitan” a más amigos, creando así grupos cada vez más numerosos. Cada miembro de una red cuenta con su propia página, que personifica con contenido que varía, desde fotos y vídeos propios, a comentarios, enlaces a otros lugares en la Internet, etc. La mayoría de nuestros estudiantes usan estas redes y se comunican a través de ellas a diario (Munday, 2009, p. 531)

Para comenzar, el primer límite mencionado en un tratado se encuentra en sus mismos antecedentes con antelación en el artículo 10 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

Artículo 10.- Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, a condición de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también hace alusión a dicha restricción en su artículo 19³⁴:

[...]. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, *puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la Ley y ser necesarias para:* a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)³⁵.

En este sentido, faculta al legislador de restringir el ejercicio a la libertad de expresión siempre y cuando sea necesario garantizar las dos condiciones contempladas en la Convención. Por último, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), contempla la condición del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y adiciona dos límites más:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

[...]. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la Ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la Ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan

34 Véase completo el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

35 Las cursivas son nuestras.

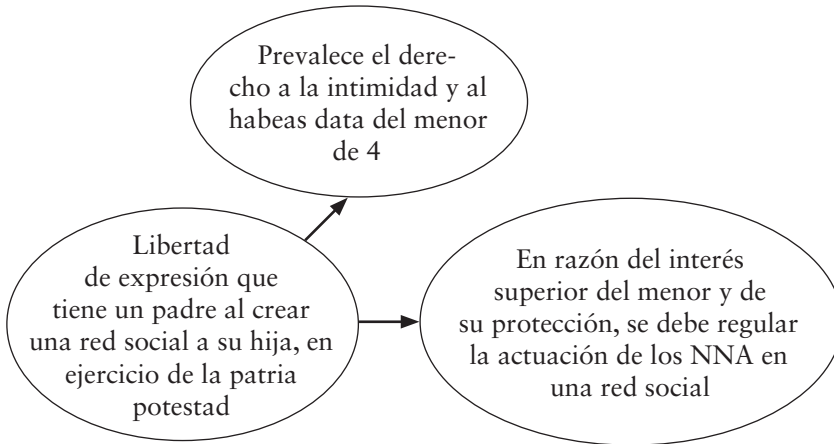
incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969).

3.10. Límites jurisprudenciales a la libertad de expresión

El derecho a la libre expresión comprende otros derechos tales como, el derecho a saber, el acceso a la información y la libertad de prensa, en consonancia a lo anterior, se puede decir que la protección a este “garantiza el Estado de Derecho y una vida democrática plena, así como el desarrollo de un país” (Cubides y González, 2015). A continuación, se realizará un estudio de casos concretos acerca de las limitaciones de la libertad de expresión por medio de sentencias proferidas por la Corte Constitucional colombiana.

3.10.1. Sentencia T 260/12. M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Figura 1. Sentencia T 260/12



Fuente: Elaboración propia teniendo en cuenta la *Sentencia T 260/12*. (2012)

El esquema demuestra la ponderación de derechos entre la libertad de expresión y la intimidad con el interés superior del menor, en este prevalecen los dos últimos.

Los hechos de la sentencia consisten en que el padre de una menor creó un perfil en la red social de *Facebook*, con las fotos de la niña, que tan solo tiene 4 años, con una fecha de nacimiento diferente a la verdadera y con la finalidad de crear un álbum virtual de la menor. La madre de la niña, quien actuó como su representante interpuso acción de tutela para que se protegieran los derechos fundamentales de la intimidad, el buen nombre y el libre desarrollo de la personalidad a su hija.

El Tribunal constitucional, entonces, comenzó a pronunciarse acerca del riesgo de las redes sociales y determinó **que su uso** inicia a partir del momento en el que el usuario se registra en la plataforma y que, de igual manera, puede generarse su respectiva afectación de distintas maneras, ya sean estas a través de publicación de contenidos

e información en la red, estos oscilan desde fotos, videos, mensaje, estados, comentarios a publicaciones de amigos, etc.

La Corte en la parte motiva de la sentencia, se pronunció acerca del derecho fundamental al *habeas data* relacionado directamente con la intimidad, el buen nombre, el honor y la honra, derecho que contempla la protección inmediata de los datos de carácter personal; posición que tiene alcance en relación a los niños, niñas y adolescentes (NNA), debido al interés superior del menor que debe gozar de una protección especial con la obligación de regular cualquier actuación en la que estos participen, la anterior medida es una iniciativa que busca promover su desarrollo integral en la sociedad.

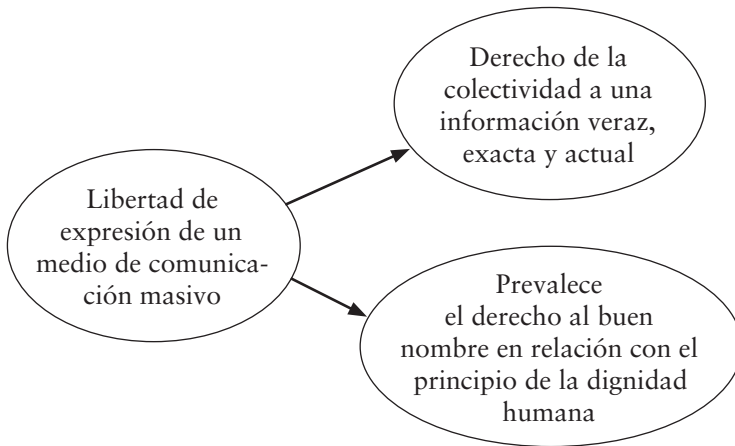
De esta forma, el límite que se impone en relación a la libertad de expresión en este caso, está relacionado con el ejercicio de este derecho por parte del padre y bajo la patria potestad que ejerce sobre su hija. Dice la Corte que:

Si bien es cierto, él ejerce la patria potestad sobre su hija, pero no puede tomar decisiones que pongan en riesgo los derechos fundamentales de la menor (la creación de una red social), en este caso, [pone en riesgo] la intimidad, el *habeas data*, la honra, el buen nombre y el honor, que se vieron vulnerados al publicar aspectos de la vida familiar [e íntima de la hija].

Al realizar el test de proporcionalidad entre el derecho a la libre expresión del padre de la menor y los derechos fundamentales como el interés superior del menor y el *habeas data* relacionado con la intimidad, se aprecia que prevalecen los derechos de la niña de cuatro años. No obstante, no se niega el derecho al acceso a las redes sociales por parte de los NNA, siempre y cuando sea acorde con la madurez y al desarrollo psicológico de cada uno de ellos y con el acompañamiento de una persona encargada de su cuidado (Corte Constitucional, *Sentencia T-260/2012*).

3.10.1.1. Sentencia T- 277 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa

Figura 2. Sentencia T – 277 del 2015



Fuente: elaboración propia teniendo en cuenta la *Sentencia T – 277/ 15* (2015).

El anterior esquema demuestra la coalición de derechos entre la libertad de expresión y el derecho al buen nombre y a la información.

Asimismo, en el año 2000, la señora Gloria dedicada a la venta de tiquetes aéreos en una agencia de viajes, empezó a ser investigada por la Fiscalía General de la Nación debido a que vendía tiquetes aéreos a un comprador que hacía parte de una red dedicada a la trata de personas. Dicha situación fue comunicada al público mediante una nota periodística de un medio de comunicación masivo como el periódico El Tiempo, disponible en la red, sin tener en cuenta que la señora Gloria resultó exonerada de responsabilidad debido a la prescripción de la acción penal. De esta manera, por calumnia, la mujer tuteló los derechos fundamentales al buen nombre, a la intimidad, al debido proceso y a la petición.

De este modo, la Corte plantea un problema jurídico alrededor de la libertad de expresión de la Casa Editorial El Tiempo y a la información divulgada a toda la sociedad, igualmente cuestiona

el lugar que cobran los derechos a la honra y al buen nombre de la presunta implicada. Para resolver este caso se realizó un estudio sobre el derecho al *habeas data* y se relacionó directamente con el derecho a la información, el resultado determinó la prerrogativa de que este canal de comunicación debe proporcionar una información veraz, imparcial y actual, que además resulte indispensable para la protección de la honra e integridad de las personas que, como la señora Gloria, se perjudican por la difusión masiva de noticias mal fundamentadas.

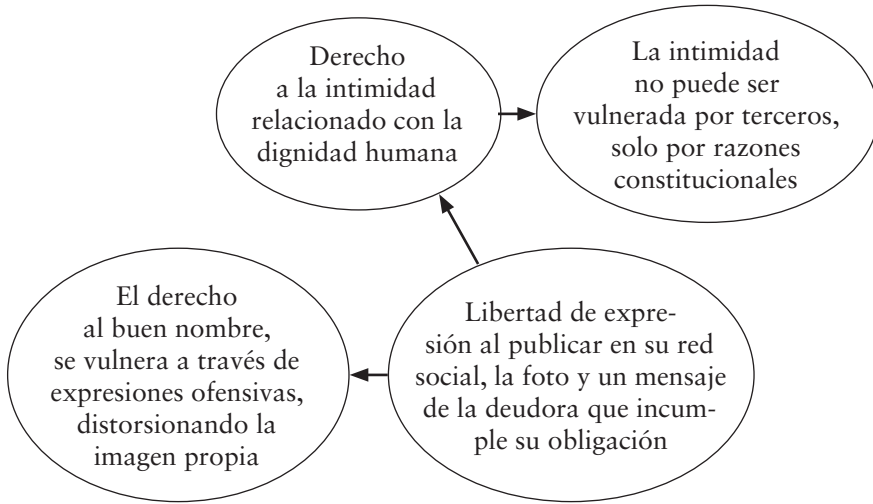
Por lo anterior, la Corte define tres límites fundamentales de la libre expresión en medios de comunicación masivos, el primero de ellos es la rectificación que consiste en verificar la información que se quiere dar a conocer mediante el ejercicio de la libertad de expresión, ya que esta debe ser veraz y exacta. En segundo lugar, se exige que al realizar una prueba de proporcionalidad entre la libre expresión y otros derechos fundamentales, prevalezca aquel que proteja los derechos de la honra, buen nombre y la dignidad humana. Por último, se debe realizar un estudio acerca de la necesidad de las medidas que se adoptan para la protección de estos derechos fundamentales, en las que se escogen las más idóneas para el ejercicio de la libertad de expresión por parte de la Casa Editorial El Tiempo. Lo anterior resulta una prerrogativa directamente dada para el juez que resuelva un conflicto de esta magnitud.

Finalmente, la Corte Constitucional resolvió amparar los derechos fundamentales de la accionante y le impuso la obligación a la Casa Editorial El Tiempo de que mediante una herramienta técnica pueda limitar el acceso a la noticia.

3.10.2. Sentencia T-050/16.

M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Figura 3. Sentencia T – 050 del 2016



Fuente: Elaboración propia teniendo en cuenta la *Sentencia T 050/16* (2016)³⁶.

Los hechos de la sentencia citada se relatarán a continuación: en el 2013, entre la señora Esther (acreedora) y Lucía (deudora) contrajeron una obligación pecuniaria por tres millones de pesos. Hasta el 12 de Diciembre de 2014 Lucía no había pagado la obligación, por lo que Esther decidió publicar en su perfil de Facebook, junto con la foto de Lucia, un mensaje en el que expresaba que existía un préstamo entre ellas y que recurrió a ese mecanismo para que Lucia al fin le pagara la suma adeudada. Lucía interpuso una acción de tutela por la vulneración a sus derechos a la intimidad, al buen nombre y a la propia imagen; de este modo, la Corte mediante revisión de las providencias proferidas por juez de primera y segunda instancia se pronunció de la siguiente manera:

³⁶ El esquema hace referencia a la prevalencia del derecho a la intimidad, al buen nombre y a la imagen propia sobre la libertad de expresión.

En primer lugar, reconoce la preferencia que este derecho tiene sobre los demás a partir de algunas presunciones constitucionales, la que más interesa en el presente análisis es aquella que expresa que “en los eventos de colisión del derecho a la libertad de expresión con otros derechos fundamentales, en principio, aquel prevalece sobre los demás” (Corte Constitucional, Sentencia T-050/2016)³⁷.

En otras palabras, ante una ponderación de derechos, se prefiere la libertad de expresión. Ahora bien, en el caso que presentamos, se evidencia la coalición que existe entre el derecho a libre expresión del cual gozaría la señora Esther y los derechos fundamentales como la intimidad, la honra, el buen nombre y la propia imagen, que le son vulnerados a Lucía. En consecuencia, la Corte se pronunció así:

Con respecto al derecho a la intimidad³⁸ encuentra una relación estrecha con el principio fundante del Estado Social de Derecho, la dignidad humana, y señala que esta “no puede ser alterada por terceros sin el consentimiento libre del titular del derecho, exista una orden emitida por la autoridad competente conforme a la Constitución y la Ley, y que puede ser restringida solo en razones sustentadas constitucionalmente” (Corte Constitucional Sentencia T-050/2016).

Al hacer alusión al derecho al buen nombre, menciona que este se ve lesionado cuando se utilizan expresiones ofensivas que derivan

37 La libertad de expresión en el ordenamiento superior, emanan las siguientes presunciones: (i) que toda expresión está amparada *prima facie* por el derecho a la libertad de expresión; (ii) que en los eventos de colisión del derecho a la libertad de expresión con otros derechos fundamentales, en principio, aquel prevalece sobre los demás; (iii) que cualquier limitación de una autoridad pública al derecho a la libertad de expresión se presume inconstitucional, y por tanto, debe ser sometida a un control constitucional estricto; (iv) que cualquier acto de censura previa, por parte de las autoridades es una violación del derecho a la libertad de expresión, sin que ello admita prueba en contrario (*Sentencia T-050* del 2016).

38 La intimidad comprende la garantía a la privacidad de la vida personal y familiar del sujeto, implicando una abstención por parte del Estado o de terceros de intervenir injustificada o arbitrariamente en dicho ámbito, pero también la protección respecto a publicaciones o divulgaciones que deben tener una autorización por tratarse de asuntos relacionados con la esfera privada de la persona (Corte Constitucional, *Sentencia T-634* de 2013).

a que la reputación que se tiene de la persona se distorsione y se vea afectada su dignidad humana (Corte Constitucional, *Sentencia T-634* de 2013).

Por último, la Corte se pronunció sobre el derecho a la honra mediante la sentencia T-015 del 2015 y diferenció esta sentencia con el derecho al buen nombre de esta manera “la estimación o deferencia con la que, en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan”.

En lo que corresponde al caso concreto, la Corte resolvió amparar los derechos tutelados de Lucia, imponiéndole unos límites y deberes determinados a la libre expresión en las redes sociales. El primero de ellos es que la manifestación de esta garantía debe ir acorde con el respeto, la convivencia pacífica y los derechos de los demás, inadmitiéndose de esta manera “*expresiones con un fin difamatorio, grosero, desproporcionado, injustificado, parcial, incompleto, e independientemente de su veracidad, se observe un contenido impropio, de vejámenes, ofensas y agravios injustificados, por cualquier medio de comunicación*”, es decir, en todo lo que se evidencie una grave afectación a la dignidad humana de un individuo, el derecho a la libertad de expresión debe ceder.

3.11. Conclusiones

Como se evidencia en la Constitución Política de Colombia de 1886, el artículo solo protegía el derecho fundamental a la prensa, mas no concebía este derecho como inherente a la persona humana. En la Constitución de 1991, el concepto de libertad de expresión es sujeto a una transformación en consonancia con los principios del Estado Social de Derecho y la dignidad humana, garantizando a todos los individuos la libertad de expresarse e imponiéndole un deber al Estado de protegerlo como se evidencio en el debate de la Asamblea Constituyente de 1991.

Al hacer la compilación de los límites convencionales de la libertad de expresión, es indiscutible el término de que “estos estarán fijados por la Ley”. No obstante, dentro del ordenamiento normativo

colombiano, aquellos límites no se regulan por la Ley colombiana, *ergo* la jurisprudencia en los últimos años, mediante precedente judicial, ha sido la encarga de llenar el vacío normativo, teniendo en cuenta que es una fuente auxiliar del derecho. Además, respecto al tema estudiado en el presente artículo acerca de las redes sociales, se confirma la teoría de que el derecho debe ser cambiante y estar acorde con contexto de modo, tiempo y lugar de cada una de las sociedades. Por lo cual, es necesaria la enunciación taxativa de los límites de la libertad de expresión alrededor de las redes sociales, dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Según lo analizado en el presente artículo, los tres límites constitucionales a la libre expresión se basan en tres casos: el primero de ellos se relaciona a situaciones en las que participe un menor. En esta instancia la Corte Constitucional manifiesta que los padres pueden manejar las redes sociales de sus hijos, siempre y cuando con su actuación, no pongan en riesgo derechos fundamentales como el interés superior del menor, el *habeas data*, la intimidad, al buen nombre y al honor del menor.

En segundo lugar, frente al caso entre la señora Gloria y la Casa Editorial El Tiempo, aunque no es una red social, se incluye en el presente estudio para demostrar que, por medio de medios masivos de comunicación en línea, también se pueden imponer límites al ejercicio de la libre expresión. La información brindada por esos mecanismos tiene, por tanto, que ser sujeta a una rectificación que a su vez debe ser veraz, actual e imparcial, protegiendo también un derecho a la colectividad, en otras palabras, el libre acceso a la información que debe cumplir con las características anteriormente enunciadas.

En tercer lugar, se restringe toda clase de expresión en redes sociales que sea de orden difamatorio, grosero, injurioso y que afecte la reputación de los demás; inmediatamente se ven afectados derechos a la intimidad, al buen nombre, a la imagen propia, al honor y a la honra, fundamentales de la dignidad humana.

Se concluye también que no existe un derecho fundamental absoluto, todos tendrán sus respectivos límites de acuerdo a la prueba de proporcionalidad y juicio de ponderación que se realice frente a otros derechos. Así queda demostrado con la libertad de expresión

frente a los límites jurisprudenciales, pues en los tres casos estudiados, fue claro que la libre expresión tuvo que ceder ante otros derechos fundamentales que afectaban la dignidad humana de su titular, siendo la regla o condición esencial para ejercer el derecho fundamental consagrado en el artículo 20 de la Carta Política. Lo anterior, evidencia la materialización de la frase que se plantea al inicio del texto del filósofo Jean Paul Sartre, la libertad propia, en este caso, la de expresión, puede ser usada hasta que se vean afectadas las libertades del otro, es decir, todos los derechos fundamentales en torno a la dignidad humana.

3.12. Referencias

- Aguilar, D. y Said, E. (2010). Identidad y subjetividad en las redes sociales virtuales: caso de Facebook. *Revista del Instituto de Estudios en Educación*, 12, 190-207. Recuperado de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/zona/article/view/1145>
- Ansuátegui Roig, F. J. (1992). *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Carrillo, J. A. C. (2015). Libertad de expresión y “discurso del odio” religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular. *Revista de Fomento Social* (278), 205-243.
- Cubides, J. A. y González, J. M. (2015). *Los nuevos paradigmas de la libertad de expresión y de prensa: Parámetros Constitucionales y Convencionales en perspectiva comparada. Debates, alcances y nueva agenda*. Asunción: Arandura.
- Cueto, J. Corzo, J. y Vila, J. (2009). Las redes sociales. *Boletín electrónico de la Unidad de Virtualización Académica - UVA Universidad de San Martín de Porres*, 1, 1-15. Recuperado de http://mc142.uib.es:8080/rid%3D1HY8TVCBB-15599LW-1S6Z/redes_sociales.pdf
- Darbishire, H. (1994). Libertad de expresión, libertad primordial. *El correo de la UNESCO*, 18-22. Recuperado de <http://perio.unlp.edu.ar/sites/default/files/darbishire.pdf>
- De Mateo Pérez, R. (2015). Libertad de pensamiento, libertad de expresión, libertad de prensa: trinomio a debate. *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 21(2), 1017-1030.

- Díaz, F. (2009). *Desaforemos los fueros*. México: Editorial Sol.
- García, M. C., Del Hoyo, M. y Seco, J. A. (2013). La participación de los jóvenes en las redes sociales: finalidad, oportunidades y gratificaciones. *Análisis Monográfico*, 95-110. Recuperado de https://ddd.uab.cat/pub/analisi/analisi_a2013m9n48/analisi_a2013m9n48p95.pdf
- Mansilla, P. (s.f.). *Derecho a la libertad de expresión e información. La bidimensionalidad del derecho y sus condiciones de ejercicio*. Tesis de Pregrado. Córdoba: Universidad de Córdoba.
- Munday, P. (2009). Redes sociales y unas innovaciones en la comunicación global. *Hispania*, 92 (3), 531-534.
- Pericay, X. (2006). La libertad de expresión amenazada: ¿de qué estamos hablando? *Cuadernos de Pensamiento Político* (12), 67-71.
- Ponce, I. (2012). Redes Sociales. Historia de las redes sociales. *Observatorio tecnológico. Gobierno de España. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte*. Recuperado de <http://recursostic.educacion.es/observatorio/web/es/internet/web-20/1043-redes-sociales?start=2>
- Roa, M. (2013). *Facebook frente al derecho a la vida privada y la protección de datos personales*. Tesis de Pregrado. Santiago de Chile: Universidad de Chile. Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113249>
- Valenzuela, R. (2013). Las redes sociales y su aplicación en la educación. *Revista Digital Universitaria*, 14, (4), 2-14. Recuperado de <http://www.revista.unam.mx/vol.14/num4/art36/art36.pdf>
- Villegas, S. (2012). ¿Se da cumplimiento a los principios constitucionales para proteger a las víctimas de los delitos que se cometen desde las salas de café *Internet en Colombia?* Tesis de Pregrado. Manizales: Universidad de Manizales. Recuperado de http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/1008/SILVIO_VILLEGAS.pdf?sequence=1

3.12.1. Jurisprudencia

- CIDH (2 de julio de 2004). *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 148, y *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas [párr. 110].

- CIDH (30 de diciembre de 2009). Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión [Capítulo II]. *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión* [OEA/Ser.L/V/II]. Doc. 51 (párrs. 1-4).
- CIDH (7 de marzo de 2011). El derecho de acceso a la información en el marco jurídico Interamericano [Segunda Edición]. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión* (párr. 4).
- CIDH (3 de septiembre de 2012). Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Serie C No. 248 [Párrafo 138], Normatividad.
- CIDH (31 de diciembre de 2013). Libertad de expresión e Internet [OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF] (Original: español). *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*.
- Corte Constitucional (12 de diciembre de 2000). Sentencia SU-1727. [M.P. FABIO MORON DIAZ].
- Corte Constitucional (22 de mayo de 2007). Sentencia T- 391. [M.P. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA].
- Corte Constitucional (29 de marzo de 2012). Sentencia T-260. [M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO].
- Corte Constitucional (7 de marzo de 2013). Sentencia T-634. [M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA].
- Corte Constitucional (12 de mayo de 2015). Sentencia T-277. [M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA].
- Corte Constitucional (10 de febrero de 2016). Sentencia T-050. [M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO].
- Constitución Política de Colombia (1886). Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>
- Constitución Política de Colombia (1991). Bogotá: Legis.
- Congreso de la República (1 de octubre de 1983). *Ley 15 de 1990*, por medio de la cual se aprueba el Convenio Constitutivo de Acción de Sistemas Informativos Nacionales, ASIN.
- Congreso de la República (29 de enero de 1991). *Ley 14 de 1991*, por la cual se dictan normas sobre el servicio de televisión y radiodifusión oficial.

- Congreso de la República (30 de junio de 2000). *Ley 586 del 2000*, por la cual se instituye el día 13 de agosto de cada año como Día de la Libertad de Expresión.
- Congreso de la República (6 de marzo 2014). *Ley 1712 del 2014*, por la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones.
- Gobierno de España (1970, 01). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos *legislacionespanola.leyderecho.org* Retrieved 11, 2017. Recuperado de <http://legislacionespanola.leyderecho.org/>
- Organización de las Naciones Unidas (1948a). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, *ohchr.org*. Recuperado de http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Organización de las Naciones Unidas (1948b). *Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 (III)*, Francia.
- Organización de los Estados Americanos (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, comentada (Coords. Steiner, C. y Uribe, P.). México: Fundación Konrad Adenauer.

4. Análisis de los medios de comunicación en el ejercicio del derecho a la paz³⁹

MARIELA INÉS SÁNCHEZ CARDONA⁴⁰

CESAR AUGUSTO SEPÚLVEDA ORTIZ⁴¹

39 Este capítulo es una producción en cohesión académica al interior del Grupo de Investigación SocioHumanística del Derecho GISHD (línea de investigación Derecho y paz) con el proyecto de investigación “La educación para la paz en la formación jurídica: concepto, estado actual y posible impacto”, realizado con el apoyo estructural y financiero de la Universidad Santo Tomás.

40 Doctora en Estudios de paz, conflicto y desarrollo de la Universidad Jaime I (Castellón de la Plana). Profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Miembro del Grupo de Investigación SocioHumanística del Derecho GISHD (línea de investigación Derecho y paz).

41 Abogado de la Universidad La Gran Colombia (Bogotá). Doctorando en Derecho de la Universidad Santo Tomás (Bogotá). Magíster en Derecho de la Universidad de Manizales (Manizales). Especialista en contratación estatal, Secretario general y docente de la Universidad de Manizales. Miembro del Grupo de Investigación SocioHumanística del Derecho GISHD (línea de investigación Derecho y paz).

4.1. Introducción

La violencia en Colombia tiene múltiples orígenes y se desarrolla a partir de diversos escenarios, desde la violencia generada por las grandes organizaciones criminales, como las de narcotraficantes, la subversiva y la paramilitar, así como la de pequeñas estructuras de contrabando y crimen organizado, etc.; el margen se extiende, incluso, hasta la violencia cotidiana que tiene como protagonista al ciudadano común. Por una disposición de la Constitución Política Colombiana, todo colombiano goza del derecho a la paz y es obligación del Estado velar por su preservación. Algunos estudios señalan que los contenidos de los medios de comunicación pueden influir en comportamientos y en la instauración de pautas culturales, así, la violencia expuesta por los medios masivos de comunicación puede tener incidencia en los niveles de violencia de una sociedad, de ser cierta esta hipótesis, el Estado estará en la obligación de atender los contenidos que son emitidos por dichos medios.

El presente artículo pretende, inicialmente, hacer un esbozo de la paz como derecho y como deber y, asimismo, recalcar la obligatoriedad estatal para su preservación y promoción. Posteriormente, se analizarán algunas investigaciones que dan cuenta que los contenidos audiovisuales tienen incidencia en las pautas de comportamiento de una sociedad. Para concluir, se argumentará que, de ser ciertos los dos primeros elementos, existiría una responsabilidad por parte del Estado sobre la información transmitida en los medios de comunicación y la posibilidad que de estos emane una construcción verdadera de la paz como derecho y como deber.

La construcción del presente artículo se fundamenta en la metodología del análisis crítico argumentativo, en él, se correlaciona las diferentes ideas, pensamientos y teorías del objeto de estudio de los medios de comunicación y de la paz desde un enfoque sociocultural. El análisis que se presentará a continuación es de tipo cualitativo y permitió abarcar diferentes percepciones, abstracciones y conclusiones a la luz de la recolección y análisis argumentativos y multicausales. En este sentido, dicha metodología fue útil para dilucidar una interpretación de la realidad del fenómeno del aprendizaje de paz y/o

violencia en el contexto colombiano.

4.2. La paz como derecho

La reflexión que determina la paz como derecho fundamental es relativamente reciente, la versión original de *La declaración de los derechos humanos* de la Naciones Unidas de 1948, incluye específicamente dos referencias directas a la paz: el preámbulo, en su primer considerando, y el artículo 26 numeral 2°. Dicha declaración, sobre la que están fundadas buena parte de las cartas de derechos de muchas naciones democráticas, contiene lo que se conoce como derechos Individuales y Económicos, Sociales y Culturales, estos son, los derechos que buscan promover la libertad (o derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la honra, etc.), en el caso de los primeros; y los relacionados con los derechos a la igualdad, a la propiedad, a la seguridad económica, en el caso de los segundos. De igual forma, existen también los derechos trasindividuales, mal llamados “derechos de tercera generación”, entre los que figuran el derecho a la paz, al desarrollo, al medio ambiente, al patrimonio común de la humanidad y a la asistencia humanitaria.

Las razones de la aparición en el escenario político de esta clasificación de derechos son diversas. Según Gómez Isa y Ruiz Vieyetz en *El derecho al desarrollo en el ámbito jurídico internacional* (1998, p. 8), citados por Alemany (2006), uno de los factores es:

La revolución que supuso en la sociedad internacional y en su ordenamiento jurídico el proceso descolonizador de los años 60. La teoría de los derechos humanos a partir de entonces va a orientarse progresivamente hacia los problemas y necesidades concretas de los países emergentes. Si las revoluciones burguesa y socialista dieron lugar a la primera y segunda generación de derechos humanos, la revolución anticolonialista estaría en el origen de los derechos humanos de la tercera generación (2006, p.26).

Así, dicho proceso de descolonización supuso la necesidad de considerar los derechos de aquellos países no “*desarrollados*” y re-

cientemente liberados del yugo colonial, como el derecho a la autodeterminación. La violencia generada en dicho proceso, a su vez, condujo a que se entendiera la paz –tanto de las naciones como de las personas que las habitan–, como un valor fundamental.

A todo lo anterior se suma el hecho de que el fin de la Segunda Guerra Mundial no haya traído consigo unas condiciones de convivencia pacífica, ni a nivel internacional ni a nivel local, en consecuencia, la necesidad de alcanzar una realidad en la que se respetara la noción de la paz obligó a la reflexión política y social sobre los derechos transindividuales. Al mismo tiempo, la instauración de los derechos Individuales, Económicos, Sociales y Culturales no fue garantía para proveer a los ciudadanos de las naciones democráticas que adoptaron dichos derechos, en otras palabras, las condiciones necesarias para una vida digna y satisfactoria se hallaban lejos de ser satisfechas. Ahora bien, los derechos transindividuales son conocidos como “derechos de los pueblos”, porque buscan, fundamentalmente, regular la relación entre los Estados y promover las acciones necesarias para que ciertos principios, como la dignidad, la felicidad, entre otros, sean un propósito de toda la humanidad.

Producto de infinidad de situaciones fácticas, de discusiones epistemológicas y ontológicas, algunos doctrinantes, entre ellos Sotillo (2015) define los derechos transindividuales como colectivos y difusos, y son de reciente incorporación dentro del constitucionalismo; mediante ellos se reconoce que las colectividades tienen derechos inherentes a su naturaleza. Se refiere a los derechos de los pueblos indígenas, destacándose el derecho a la libre determinación de estos, reconociendo sus propios procedimientos e instituciones. Son difusos porque, si bien su naturaleza es colectiva, su legitimación no está específicamente determinada en un grupo social en especial. Por ejemplo, el derecho al medio ambiente y todos aquellos aspectos relacionados a este, cuya titularidad es de toda la sociedad. Tanto para los derechos colectivos como para los difusos existe una tutela colectiva, generando así una justiciabilidad indivisible de los mismos (Sotillo, 2015, p. 179).

Sin embargo, la puesta en marcha de esta serie de derechos solamente es posible si los mismos países considerados como *Estados So-*

ciales de Derecho los incorporan dentro de su Constitución Política, al igual que los mecanismos para su protección y promoción.

Dada la naturaleza comunitaria de los derechos transindividuales, los esfuerzos estatales deben estar dirigidos, primero, a instaurarlos dentro del catálogo de derechos de los que gozan los ciudadanos; segundo, establecer los mecanismos para su protección, como en el caso de los demás derechos; y tercero, crear estrategias para estimular en los mismos ciudadanos la incorporación del respeto a dichos derechos dentro de sus pautas de comportamiento y dentro de sus imaginarios sociales. Por ejemplo, en caso de que un Estado de Derecho haya decidido incluir el derecho a la paz como uno de los derechos de sus ciudadanos, estará obligado a crear los mecanismos para resguardarlo y además deberá promover en los mismos ciudadanos la idea de la importancia de la conservación de dicho derecho.

Tras la instauración en Colombia de la *Constitución Política* de 1991 y el tránsito de Estado de Derecho a Estado Social de Derecho, fueron incluidos en la carta una serie de cánones los cuales pueden ser catalogados como derechos transindividuales. Es el caso del derecho a la paz, consagrado en el *título 22 De los derechos, las garantías y los deberes*, capítulo 1 *De los derechos fundamentales*, artículo 22: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”. Al respecto, Sánchez (2015) señala que “este artículo hace de la carta política un pacto de paz y para el logro de la paz y el ordenamiento jurídico que permite la vigencia de los Derechos Humanos, la soberanía y la República Democrática” (Sánchez, 2015, p. 1).

Sin embargo, el derecho a la paz consagrado en la *Constitución Política Colombiana* no se limita al establecimiento de un derecho explícito, sino que está implícito en la carta magna misma. Se entiende, por ejemplo, que no es posible gozar de la paz individual o social si no hay una protección idónea de los demás derechos fundamentales y, si no se cuenta con las condiciones necesarias para desarrollarse libremente como persona.

En el mismo sentido, Ricardo Sánchez Ángel en su texto *Cinco tesis sobre el Derecho a la Paz en Colombia*, citando a Carlos Gaviña Díaz (2011), complementa: Si uno estudia la Constitución colombiana de 1991, encuentra en ella dos características sobresalientes.

Primera: es una Constitución pródiga en derechos, ambiciosa en derechos como ningún otra; en segundo lugar, contiene una disposición insólita, un tanto extraña, el *artículo 22*, que, para los autores, no está consignado en ninguna otra Carta, es decir, en ninguna Constitución del mundo: “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento” (2011, p. 1).

Además, la paz no es solo un derecho fundamental del que gozan los colombianos, sino que es un deber en sí mismo. La Carta Magna en su *capítulo 5, título 2, artículo 95* establece como deber y obligación del ciudadano colombiano: “propender al logro y mantenimiento de la paz” (Constitución Política de Colombia, 1991). En las últimas décadas las coincidencias entre paz y Derechos Humanos ha sido cada vez mayor, por esta razón los estudios al respecto apuntan a denominarla como el “Derecho Humano a la Paz”, el cual, de manera paradójica, se encuentra bajo los derechos de tercera generación.

La inclusión de este deber tiene implicaciones muy importantes, pues la paz, entonces, no es solamente una responsabilidad estatal, sino que dicha responsabilidad recae también en todos los miembros de la sociedad colombiana. Todo ciudadano tiene dentro de sus deberes el mantenimiento de la paz, al mismo tiempo que goza de la paz como derecho. La Corte Constitucional en *sentencia C-370* de 2006 advierte que:

De igual manera, la Corte se ha referido a este aspecto subjetivo de la paz, señalando que “el mínimo a la paz constituye así un derecho fundamental ya que de su garantía depende la efectividad de los demás derechos civiles y políticos de la persona”. Y como deber jurídico de cada ciudadano, debe recordarse que el *artículo 95* superior, al enumerar los deberes de la persona y del ciudadano, incluye en su numeral sexto el de “Propender al logro y mantenimiento de la paz”. Sobre esta norma la Corte ha indicado que la paz no es algo que concierna privativamente a los organismos y funcionarios del Estado, sino que atañe a todos los colombianos, como lo declara el *artículo 22* de la Constitución, a cuyo tenor es un derecho de todos y un deber de obligatorio cumplimiento (Corte Constitucional, *sentencia C-370* de 2006).

De acuerdo con lo anterior, es posible cuestionar ¿cómo lograr que los colombianos seamos conscientes de que la paz además de ser un derecho es un deber al que estamos obligados? Existen varios dispositivos que servirían para tal fin, entre ellos la educación y los medios de comunicación; para tal cometido se hará hincapié en los próximos apartados, como reflexión crítica, sobre el papel que juegan los medios de comunicación –especialmente la televisión– como sujetos generadores de cultura, sea esta de paz o de violencia.

La pazóloga Mariela Sánchez Cardona (2015), desde la teoría del aprendizaje basada en modelos, advierte que la violencia es aprendida no solamente en situaciones experienciales de contacto directo con la misma, sino que puede ser aprendida/aprehendida en distintos contextos sociales como la escuela o el barrio, e igualmente puede cultivarse a través de dispositivos de información masiva como los medios de comunicación, especialmente la televisión. Al respecto anota:

En la última década, los programas de televisión dirigidos a los niños, tienen cada vez más un contenido más violento, donde se aprende que usando la violencia los buenos vencen a los malos y en ocasiones los que la utilizan para resolver situaciones de la vida cotidiana no solo no reciben castigo, sino que son aplaudidos y alabados mayoritariamente, por tanto, la violencia se convierte en el modelo por seguir o imitar (2015, p. 4).

En suma, la Paz es un derecho y un deber pues el pueblo a través de su poder soberano así lo ha determinado en la Constitución Política de 1991, no solamente porque así lo exprese en *el artículo 22*, sino porque nuestra Carta Magna es un tratado de Paz, basta con leer el preámbulo para darnos cuenta que esta Constitución surgió con:

El fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo (Constitución Política de Colombia, 2011).

Por tanto, ¿qué decir del artículo primero que establece que nuestro Estado social de derecho está fundado en la dignidad humana y no se entendería una vida digna si no se vive en condiciones de paz social?

4.3. Violencia y medios audiovisuales

Los medios audiovisuales –sobre todo la televisión–, se han insertado directamente en el corazón de la cultura occidental, posicionándose como un instrumento de transmisión de información, así como la forma más usada de divertimento, y un medio con el que se pretende educar a una población.

El caso colombiano no es diferente. Según estudios del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), en el 2014 el 94,5% de la población mayor de 12 años veía televisión con regularidad (DANE, 2014). Así, el contacto con la televisión hace parte de la cotidianidad de la inmensa mayoría de los colombianos, esta tendencia, que no difiere mucho de la presentada por otros países del hemisferio occidental, ha obligado a estudiar las propensiones en preferencias televisivas como la influencia que tiene este medio sobre el comportamiento de la sociedad. Según Sandoval (2006):

La televisión se ha convertido gradualmente en el medio de comunicación más influyente en el desarrollo de diferentes patrones de comportamiento de las audiencias; los niños y adolescentes del mundo entero han crecido conjuntamente con la evolución del mercado televisivo (p. 206).

Si bien no hay acuerdo general entre quienes se han dedicado a estudiar este hecho, sobre todo acerca del nivel de influencia de la televisión, y las razones de dicha influencia, sí parece haber un consenso según el cual, buena parte de las ideas acerca del mundo y de nuestras pautas de comportamiento, las debemos, en mayor o menor medida, a los contenidos que nos llegan por medio de la televisión y en general los medios masivos de comunicación.

La razón del desacuerdo radica en la dificultad para establecer un nexo causal entre contenidos televisivos y la diversidad de comportamientos, o entre dichos contenidos y las emociones que pueden suscitar en los espectadores. Atendiendo a esto, se han establecido cinco grandes paradigmas (Cabrero, 1997) sobre los que descansan las investigaciones de dicha relación. Aunque el propósito de este trabajo no va dirigido a considerar específicamente este aspecto, vale la pena mencionar someramente estos paradigmas, ya que dicha información sirve como premisa para desarrollar la reflexión acerca del papel que juegan los medios televisivos en el funcionamiento de la paz como derecho y como deber.

La teoría hipodérmica (Cabrero, 1997), con fuertes bases en psicología conductista, sostiene que los medios son estímulos que provocan cierto tipo de reacciones en los espectadores. De esta manera, los medios ejercen una influencia directa sobre los individuos, sin que factores externos medien entre ellos.

La teoría de la persuasión (Cabrero, 1997) se diferencia de la teoría hipodérmica en el sentido que sostiene que, más que un efecto directo producido por los contenidos televisivos en los receptores de dichos contenidos, lo que hay es una serie de factores que determinan los efectos reales de estos efectos. Por esta razón, los efectos pueden ser distintos de individuo a individuo gracias diferentes variables socioculturales.

La teoría del efecto limitado (Cabrero, 1997) sugiere que los medios audiovisuales no son los únicos factores que influyen el comportamiento de los espectadores, sino que son un elemento más de todo un entramado social más complejo. Además, en sí mismos, los medios están influenciados por dicho entramado. Sin embargo, el efecto de los medios es importante en la medida en que refuerzan y potencian –gracias a su enorme exposición y al hecho de que llega a la gran mayoría de los ciudadanos– las pautas de comportamiento de una sociedad.

Por su parte, la teoría funcionalista (Cabrero, 1997) se basa en la idea de que los medios de comunicación son un fenómeno cultural en sí mismo. De tal manera que la relación sociedad-medios no es unidireccional. Los medios se nutren de los imaginarios culturales

y los reproducen, pero ellos, igualmente, participan en la creación y en el establecimiento de nuevos imaginarios culturales. Los medios, en síntesis, son influenciados por la sociedad, al mismo tiempo que influyen en ella.

Por último, la teoría del cultivo (Cabrero, 1997) se propone analizar los efectos de los medios de comunicación de masas. Según esta teoría, la exposición progresiva de una sociedad a sus medios de comunicación logra modificar lo que dicha sociedad entiende por realidad. Es decir, los medios cultivan en el espectador la forma en la que este se enfrenta y entiende la realidad. La televisión, en este caso, dado su alto nivel de exposición, se considera, entonces, como uno de los principales factores de construcción de imaginarios sociales. Son dichos medios quienes indican cómo debemos entender al mundo que nos rodea.

Lo que se puede inferir de estos cinco paradigmas es que la influencia de los medios de comunicación en la cultura es indudable. Todas coinciden en otorgarle una enorme responsabilidad a los medios de comunicación y, así, una enorme afectación a sus espectadores, por supuesto, establecer cuál de las teorías citadas proporciona una mejor explicación sobre este fenómeno es un trabajo que excede las pretensiones de este texto. Sin embargo, nos otorga una guía interesante en la medida en que se evidencia que existe una estrecha relación entre los contenidos de los medios de comunicación y sus efectos en sus consumidores.

Colombia un país flagelado históricamente por la violencia directa, simbólica, cultural y estructural no escapa al análisis de cómo los medios de comunicación, entre ellos la televisión, pueden influir en los comportamientos pacíficos o violentos de sus televidentes y lo más importante, no escapa del interrogante de cómo lograr que los medios de comunicación funjan como dispositivos o instrumentos para la paz y no para la violencia, y cómo lograr que dichos medios sean conscientes del deber de ser gestores de una cultura de paz y no de una cultura de violencia.

4.4. Violencia en Colombia y medios de comunicación

Entre las características culturales más evidentes de Colombia se encuentran sus altos índices de violencia. Estudios del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2015) arrojan que, si bien ha habido una disminución en el índice de homicidios, el país sigue presentando altos índices de violencia común en relación con otros países.

Según el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2015), América Latina es hoy en día la región más insegura del mundo, al igual que la más desigual a nivel socioeconómico, teoría estudiada profundamente por el investigador Johan Galgung (1981), el cual la ha nombrado *violencia estructural*. Por este motivo, la inequidad y la exclusión se traducen en altos niveles de violencia que afectan principalmente a mujeres, jóvenes, niños y poblaciones indígenas. El ejercicio de esa violencia es multicausal y multidimensional. La violencia es producto del impacto psicológico y pérdida del tejido social causados por los diversos conflictos armados vividos en la región, de la debilidad institucional y de la ausencia de políticas públicas incluyentes y equitativas, la proliferación de armas de fuego y el fácil acceso a estas exacerban la conflictividad e incrementan la letalidad (Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forense, 2015, p. 95). Por otro lado, el Instituto describe que el acto homicida como modo de violencia aumento considerablemente, destacando que las acciones que más preocupan son las que tiene que ver con las relaciones interpersonales:

[...] la violencia homicida se incrementó en Colombia en las dos últimas décadas del siglo pasado, llegó a superar cualquier otra forma de violencia y generó impactos negativos en todos los niveles de la vida en sociedad. En la sinergia entre las desigualdades sociales, económicas, políticas y culturales, la intolerancia y la impunidad se ha tratado de encontrar el origen y la explicación de la violencia homicida en el país (2015, pp. 95-96)

En el caso de Latinoamérica, según índice de muertes violentas, se establecieron cuatro grupos:

- **Países** con baja tasa de homicidios, entre los que se agruparon Argentina, Uruguay, Cuba y Chile.
- **Países** con tasa media de homicidios, donde se encuentran Bolivia, Perú, Costa Rica, Paraguay, Ecuador y Nicaragua.
- **Países** con alta tasa de homicidios, en los que se sitúan Brasil, México y Panamá.
- **Y países** con tasas de homicidios muy alta, entre los que se ubican Colombia, El Salvador, Venezuela, Honduras y Guatemala (Instituto de Medicina legal, 2015, p. 96).

En Colombia, para el año 2014 se registraron 12.626 homicidios, obteniendo así una tasa de 26,49 por cada 100.000 habitantes, la más baja en los últimos diez años, pero aún alta en relación con los países de la región. Podría pensarse que el conflicto interno colombiano aporta un porcentaje importante del índice de homicidios en el país, sin embargo, el citado estudio del Instituto de Medicina Legal, señala que el factor más determinante de asesinatos corresponde a violencia interpersonal. En el 2014, por ejemplo, este factor representó en 47,71% de los homicidios cometidos en el país, mientras que la violencia sociopolítica aportó un 14,40% de homicidios en el mismo año (Instituto de Medicina legal, 2015, p. 98).

Estas cifras permiten inferir que la violencia en Colombia no es exclusivamente el resultado del accionar bélico de los grupos al margen de la ley, sino que está presente en la vida cotidiana y se ha convertido en una forma común de resolución de conflictos. Ahora bien, ¿Cuál es la posible influencia de los medios de comunicación en el fenómeno de la violencia en países como Colombia?

Según Sáez (2015), las investigaciones sobre los contenidos y las formas de violencia en los medios de comunicación en Latinoamérica han estado dirigidas en dos sentidos. El primero se refiere a los estudios que han indagado acerca de la frecuencia con la que se presentan episodios de violencia en los medios; y la segunda que estudia los tipos de violencia que se exhiben en dichos medios.

En el terreno de las actuales investigaciones latinoamericanas sobre los contenidos y formas de la violencia en los medios de comunicación, se podrían distinguir de manera genérica dos grandes líneas. La

primera, agrupa un conjunto de estudios que se ocupan de mostrar la frecuencia con la que la violencia aparece en los discursos mediáticos, y la segunda aquellos trabajos que se dedican a identificar y analizar las formas de la violencia que se hace presente en ellos (Sáez, 2015, p. 139).

En cuanto a la frecuencia de contenidos violentos presentes en la televisión latinoamericana, Sáez señala que distintas investigaciones arrojan como resultado que la violencia hace parte de la parrilla programática de los medios, independientemente del género. Al respecto, Sáenz (2015) destaca los estudios realizados por el Consejo Nacional de Televisión de Chile (1998 y 2002), Herrera (1998), y López y Cerda (2001).

Según estos y otros estudios, en promedio, en la programación televisiva latinoamericana, se presenta una imagen violenta cada quince minutos, el mayor aportante de dichas imágenes son los programas noticiosos. En la búsqueda por acaparar audiencia, los noticieros hacen énfasis en hechos violentos, con el fin de generar impacto en el espectador, por esta razón, no es suficiente con presentar la información acerca de eventos en los que está involucrada la violencia, sino que esta información debe ir acompañada con imágenes que provoquen en el consumidor una sensación más cercana al hecho violento. Dice Arraiga al respecto que “no importa informar sino impactar. Los relatos de la nota roja buscan la elocuencia en su mejor expresión, aun cuando a causa de ella se termine borrando el episodio real que da origen a la nota” (2002, p. 8).

De la misma manera, los contenidos de ficción parecen tener una mayor recepción cuando presenta episodios de violencia. En el caso colombiano, los contenidos informativos han ido mutando desde los años noventa hasta nuestros días, a finales del siglo pasado y comienzos de este siglo, los noticieros transmitían asiduamente imágenes del conflicto armado interno. Era frecuente, entonces, presentar al televidente enfrentamientos armados con grupos ilegales, tomas armadas a municipios, etc. La disminución paulatina del conflicto en los últimos tres años provocó que los medios informativos giraran su mirada a episodios violentos de corte urbano.

Desde hace ya mucho tiempo, buena parte del contenido noticioso consiste en exponer a los televidentes imágenes de violencia

urbana y rural: tomas guerrilleras, enfrentamientos entre ciudadanos, robos, asesinatos, etc., captados por cámaras de seguridad o por dispositivos móviles; situación que ha generado protestas de vieja data por parte de la ciudadanía y de distintos gremios. En una columna del periódico el Tiempo el escritor Gustavo Castro Caicedo expone:

El debate sobre los excesos de los contenidos de violencia, sexo y conductas antisociales en la televisión llegó a su punto más alto. Bien podría decirse que se generó una protesta nacional. En noviembre de 1988, cuatro meses después de salir *El libro rojo, televisión, crimen y violencia*, las programadoras de TV redactaron un Código de Autorregulación que no pasó de ser letra muerta cuando la polémica creada por el libro amainó (1993).

Hoy los colombianos de todas las edades y condiciones sociales, pueden ver, en el Canal Caracol una serie monumento a la violencia “*Alias jj*”, una representación audiovisual basada en la historia de uno de los más grandes sicarios de este país, pues no en vano él mismo reconoce haber asesinado a más de 300 personas y haber participado en más de 3,000 homicidios, eso, sin desconocer las bombas, secuestros, actividades relacionadas con el narcotráfico y demás, con las que se le asociaba. Ante tal panorama, los colombianos *deberíamos* sentirnos indignados al ver la espectacularidad promocional de la nueva serie que seguramente tendrá un magnífico índice de audiencia, pero *deberíamos* preguntarnos si este tipo de producciones son un buen ejemplo para las futuras generaciones. Sobre todo, *deberíamos* interpellarnos por cuál es el aporte, la participación y la influencia de los medios de comunicación en la construcción de una cultura de Paz. Desafortunadamente el morbo que genera la violencia, cuando es ajena, nos convierte en admiradores de este tipo de programas, sobre todo si nos presentan a los violentos como una nueva clase de héroes.

Ahora bien, ¿existe una relación entre el nivel de escenas violentas presentadas en los medios televisivos y los índices de violencia en un país como Colombia? Por supuesto, establecer con fidelidad la relación causal entre un evento y otro es bastante complicado. Sin em-

bargo, un amplio número de estudios, desde los años sesenta, parecen indicar que dicha relación es verdadera y que la televisión encuentra en la sociedad los elementos que replicará en la vida cotidiana, lo que termina convirtiéndose en un círculo vicioso que solo podría romperse con la educación y con una televisión de calidad, al servicio de la paz y no de la violencia. Buena parte de estas investigaciones se han centrado en determinar el efecto de los contenidos violentos sobre niños y adolescentes.

Es preciso, entonces, realizar un estudio más detallado que evidencie si existe un nexo causal y en qué grado la violencia es determinada en la sociedad a través de los medios de comunicación; al respecto, Castaño (2002) asegura que:

Los investigadores sobre el tema de violencia y salud pública han considerado que los medios masivos de comunicación como la televisión pueden jugar un papel importante como determinantes de violencia. Siendo más específicos, son más de 1000 los estudios que sostienen que hay una relación causal entre la exposición a violencia en un medio como la televisión y comportamiento agresivo en algunos niños (p. 43).

Es claro que la violencia es anterior a la aparición de los medios de comunicación y, específicamente a la televisión. Además, con absoluta seguridad no podemos hacerla responsable de los altos índices de violencia en la sociedad, pero es necesario descubrir si las manifestaciones de violencia presentadas en su programación surten efectos en los televidentes; Jaime Robert, profesor de psicología de la Universidad de Costa Rica, sostiene que:

La evidencia empírica obtenida apoya el argumento de que existe una relación positiva entre exposición televisiva de contenidos agresivos y conductas afines en el niño [...]. Entre las principales conclusiones se ha establecido que la televisión estimula la agresividad mediante modelos de comportamiento agresivo que el espectador puede imitar. La observación de agresividad en la televisión, facilita su emergencia al romper inhibiciones contra su manifestación. El comportamiento agre-

sivo puede presentarse debido al cambio en las actitudes originales del espectador sobre la violencia al ver justificados los métodos agresivos para alcanzar ciertos objetivos (1994, p. 72).

De ser ciertos los resultados presentados por estos estudios, los altos contenidos violentos a los que se exponen los ciudadanos colombianos afectan la forma en que estos entienden e interpretan la realidad. La televisión es, en este sentido, una descripción del mundo, de sus normas y convenciones sociales. Entre los elementos culturales que transmite a sus espectadores, según Castaño (2002), hay un alto grado de impunidad en la mayoría de los casos en los que la violencia se ejerce sobre otros y no es frecuente que los medios establezcan las consecuencias negativas de su ejercicio.

Bajo ese panorama, gran parte de los contenidos televisivos son un factor importante en la problemática de la reproducción de la violencia social. Por supuesto, la responsabilidad de los altos índices de violencia no puede recaer enteramente en los medios de comunicación, ya que existen otros factores socioculturales que contribuyen a que este fenómeno sea parte de un problema estructural en el país, ya mencionado anteriormente en la teoría de Galtung. Es aquí donde la educación juega un papel importante, por ejemplo; en el seno de la familia se debe hacer constantemente análisis críticos de los contenidos televisivos y tal como lo expresa Sindo Froufe (1998) al hablar de la relación de la familia-medios de comunicación:

Familia y Medios de Comunicación forman un tándem indisoluble y permanente. Se ofrece en esta colaboración una visión desde una perspectiva relacional, donde ambas realidades deben ayudarse para la construcción de una pedagogía de los medios. Una buena mediación parental produce grandes beneficios en los hijos, ya que la relación que se produce entre familia y los medios de comunicación –principalmente la televisión– entra de lleno en el paradigma de la complejidad, que nos lleva a su vez a la construcción de un nuevo modelo comunicativo: la adquisición de competencias sociales, nuevas fórmulas de aprendizaje social y la construcción de una Pedagogía de Medios (Froufe, 1998, p. 21).

En tal panorama, es posible encontrar aportes de la comunidad académica, educativa e investigativa, por ejemplo, la pazóloga Mariela Sánchez Cardona (2015,2016) propone, desde un enfoque interdisciplinar, la importancia de hacer énfasis en la educación como una virtud dialogadora y principal potenciadora de la cultura de paz en Colombia:

[...] ya que aún falta una crítica constructiva con la población joven, frente a la cantidad y calidad de información que transmiten los programas de televisión, en los cuales se sobredimensionan símbolos e imágenes de guerra, fortaleciendo más la trasmisión, reproducción y legitimación de expresiones de sentimientos del individuo, con emblemas de violencia y no de paz (Sánchez Cardona, 2015, p. 534)

En este sentido, el Estado colombiano deberá crear estrategias que permitan hacer una modificación en la relación causa-efecto, entre los contenidos violentos de la televisión y el comportamiento violento de sus ciudadanos, con miras a disminuir los altos índices de violencia con los que conviven los ciudadanos. Clemente Penalva asevera que no solamente estamos expuestos a la violencia directa, sino que existen otras formas de violencia menos visibles, como la violencia estructural y la cultural, y que cuando se habla de violencia cultural se hace referencia a aspectos simbólicos de la cultura en sus formas “no materiales” como, por ejemplo, el lenguaje y la comunicación (Penalva, 2002). En palabras de Johan Galtung, por violencia cultural queremos referirnos a aquellos aspectos de la cultura, el ámbito simbólico de nuestra existencia (materializado en religión e ideología, lengua y arte, ciencias empíricas y ciencias formales –lógica y matemáticas–) que pueden utilizarse para justificar o legitimar violencia directa o estructural (Galtung, 2003).

En consonancia con los argumentos descritos, es factible asegurar que los medios de comunicación y la televisión, específicamente, tienen la obligación de acatar la Constitución Política y las leyes, pero lo más importante es que deben ser consecuentes con la responsabilidad que el Estado Social de Derecho les impone, en consecuencia, la

Corte Constitucional en su *sentencia T-048* de 1993 expresa que: “La responsabilidad social de los ‘medios’, se orienta en primer término al compromiso con los ideales democráticos, adquiriendo un sentido la libertad transmitida en ellos, no de prevalencia de intereses personales o de grupo sino, principalmente colectiva [...]” (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-048* de 1993).

No obstante, así mismo, como deber de obligatorio cumplimiento los ciudadanos deben entender que sobre sus hombros recae la responsabilidad de preservar el derecho a la paz en beneficio de la sociedad en su totalidad, pues los medios de comunicación, manejados por ciudadanos colombianos, no están exentos de dicha responsabilidad. De tal manera, ellos mismos se encuentran impelidos a regular los contenidos que puedan ser generadores de violencia.

No obstante, es necesario empoderar proyectos que permitan ahondar más allá del simple cumplimiento de un precepto normativo; la apuesta a la paz como derecho y deber debería convocarnos a los colombianos a la creación o celebración de un contrato o pacto social en el que el Estado, los dueños de los medios de comunicación y la Sociedad Civil le apuesten a una cultura de paz y no de violencia en la televisión, es decir, concertar la paz en los medios de comunicación. En ese sentido, el artículo surca los rumbos de los planteamientos de Sánchez Cardona (2015), en cuanto a limitar la trasmisión de dosis altas en los programas de narco-novelas, en grupos de niños y juventudes en Colombia.

4.5. Conclusiones

La constitución política colombiana de 1991 estableció la paz como derecho fundamental, atendiendo a la tendencia global sobre los derechos transindividuales. Además, dicha constitución, le otorgó a la paz, el estatus de deber de obligatorio cumplimiento. De esta manera, por una parte, al ser el Estado colombiano un *Estado social de derecho*, se encuentra en la obligación de velar por la preservación de este derecho, estableciendo los mecanismos que sean necesarios y creando las estrategias que persuadan a los ciudadanos a que cumplan con el deber constitucional que se les impone. Por otra parte, está en manos

de los mismos ciudadanos colombianos la obligación de actuar en función del mantenimiento de la paz.

Los altos índices de violencia en Colombia, permiten suponer que ni el Estado colombiano ha logrado crear los mecanismos que le permitan velar por el derecho a la paz del que gozan sus ciudadanos, ni los ciudadanos se han empoderado de la responsabilidad que recae sobre ellos como mandato constitucional.

Estudios realizados desde los años sesenta, parecen indicar que hay una relación directa entre los contenidos televisivos y el comportamiento de sus espectadores. Los receptores de los mensajes televisivos establecen dicho mensaje como una reproducción de la realidad, con los valores e imaginarios sociales que conlleva. En el hemisferio occidental, la televisión goza de un estatus privilegiado, dado que cuenta con un muy alto nivel de exposición. La mayoría de las personas que habitan este lado del mundo pasan buena parte de su tiempo en contacto con dichos contenidos, lo que hace que su influencia sea aún mayor. Así mismo, en países como Colombia, la televisión expone un alto número de escenas violentas en diferentes géneros. Si esta cadena causal es correcta, las imágenes violentas tan frecuentes en la televisión colombiana producen, en los espectadores actitudes igualmente violentas, siendo este, entonces, un claro generador de violencia.

Dado que, por mandato constitucional el Estado Colombiano se ve llamado a defender los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluyendo el derecho a la paz, y los medios televisivos son un generador de violencia, el Estado colombiano está en la obligación de crear estrategias que rompan con la cadena causal de contenidos televisivos-violencia social.

4.6. Referencias

Alemany, J. (1998). La paz, ¿un derecho humano? Recuperado de <http://www.seipaz.org/documentos/AlemanyDHPaz.pdf>

Cabrero, J. (1997). Investigaciones sobre el consumo de televisión. En: *La otra mirada a la tele*. Sevilla: Junta de Andalucía.

- Castaño, R. (2002). Televisión, Violencia y Salud Pública. En: *Revista médica de Risaralda*, 8 (2).
- Castro Caicedo, G. (Marzo 14 de 1993). Reclamo Nacional a la TV. *El Tiempo*. Bogotá. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-72565>
- Consejo nacional de televisión de Chile (1998). *Los Padres y la regulación televisiva*. Santiago de Chile: Consejo Nacional de Televisión de Chile.
- Consejo nacional de televisión de Chile (2002a). *Barómetro de violencia No. 1: Películas y dibujos animados*. Santiago de Chile: Consejo Nacional de Televisión de Chile. Recuperado de <http://www.cntv.cl/link.cgi/Publicaciones/2002>
- Corte Constitucional (18 de mayo de 2006). Sentencia C-370. [M.P Humberto Antonio Sierra Porto].
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (2014). *Encuesta de consumo cultural*. Recuperado de http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/eccultural/presentacion_ecc_2014.pdf.
- Enalva, V, C. (2002). El tratamiento de la violencia en los medios de comunicación. *Alternativas: cuadernos de trabajo social* (10), 95-412.
- Froufe, Q, S. (1998). Familia y medios de comunicación, en *Revista Comunicar* (10), 21-26.
- Galtung, J. (1981). Contribución específica de la irenología al estudio de la violencia y su tipología”, en Jean-Marie Domenach *et al.*, La violencia y sus causas. París: UNESCO, pp. 91-106.
- Galtung, J. (2003). *Violencia cultural*. Bizkaia: Gernika-Gogoratz.
- Gaviria, D, C. (2011). *Revista Nueva Época*, 17 (36). Bogotá: Universidad Libre Facultad de Derecho.
- Herrera, A. (1988). Influencia de la guerra civil en El Salvador en el desarrollo de la prensa nacional (1980-1992). *Revista Latina de Comunicación Social, La Laguna* (1). Recuperado de <http://www.ull.es/publicaciones/>
- Instituto de medicina legal y ciencias forenses (2015). *Revista Forensis: Datos para la vida*.
- López, R. y Cerda, A. (2001). Violencia en la televisión mexicana: un aná-

lisis del contenido de los treinta programas con mayor audiencia. Hiper-textos, Monterrey, 2. Recuperado de www.mty.itesm.mx/dcic/hiper-textos

- Pabón, Parra, P, A. (2011). *Constitución Política de Colombia esquemática: edición conmemorativa 20 años de la carta política 1991-2011*. Bogotá: Grupo Editorial Lecce.
- Robert, J. (1994). Televisión: violencia y socialización. *Reflexiones* 1 (19).
- Sáez, V. (2015). Una mirada a la investigación sobre medios, violencia y escuela. En: *Entramado*, 1 (11), 136-155. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.18041/entramado.2015v11n1.21117>
- Sánchez, C, M. (2015). El papel de la Universidad en la Deconstrucción de la Violencia Cultural: aportes desde las Ciencias Jurídicas. En Marquardt, Bernd (ed). *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio*. Anuario IV del grupo de Investigación CC Constitucionalismo comparado. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 525-545.
- Sánchez, C, M. (2016). *Educación para la paz una aproximación psicopegógica*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Sánchez, R. (s.f.). *Cinco tesis sobre el derecho a la paz en Colombia*. Recuperado de <https://www.ceiba.org.co/site/images/PDF/EIV/CINCOTESISSOBREELDERECHOALAPAZENCOLOMBIARICARDOSANCHEZANGEL.pdf>
- Sandoval, M. (2006). Los efectos de la televisión sobre el comportamiento de las audiencias jóvenes desde la perspectiva de la convergencia y de las prácticas culturales. En: *Universitas Psychologica*, 5 (2), 205-222.
- Sotillo, A. R. (2015). La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Ciencia y Cultura*, 19 (35), 163-183.

5. Metaderechos, dignidad humana y reconocimiento: una perspectiva más allá de la titularidad de los derechos

DIEGO FERNANDO PEÑA PEÑA⁴²

MARCOS SÁNCHEZ⁴³

⁴² Candidato a Magíster en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás y la Universidad de Konstanz (Konstanz). Línea de investigación: Derecho de TIC, e-evidence y protección de datos de la Universidad Sergio Arboleda. Abogado, docente e investigador del Centro de investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás (Bogotá).

⁴³ Doctor en Derecho y tecnologías de la información y la comunicación de la Universidad de Valencia (Valencia). Magíster en Ciberdefensa y ciberseguridad de la Escuela Superior de Guerra del Ministerio de Defensa de Colombia (Bogotá). Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

5.1. Introducción

En principio, este artículo quiere dar a conocer la propuesta de los Metaderechos, argumentada por el filósofo y economista Amartya Sen. Este autor encontró un vacío en la ejecución de los derechos, en la garantía y desarrollo de los mismos desde las políticas de los derechos; y a su vez que los titulares de los derechos no logran un pleno goce y ejercicio de los mismos, existiendo, así, una ineficacia en el goce de los derechos por temas de pobreza y desigualdad material

Por consiguiente, la propuesta de los Metaderechos puede surgir como una nueva forma de comprender, el horizonte del pensamiento iusfilosófico, en la medida en que se plantean nuevas directrices de reflexión; en torno a cómo deben ser los derechos y sus políticas de ejecución; debido a que si hay una forma de que los seres humanos, que son los titulares de esos derechos, puedan gozar en mayor medida la plenitud y eficacia de aquellos; puede generarse una repercusión, en lo que respecta al reconocimiento desde la esfera subjetiva, intersubjetiva y estatal, como lo puede plantear Hegel y autores de la escuela de Frankfurt, y por otro lado resignificar el concepto de Dignidad de la persona humana.

En consecuencia, el presente texto pretende irradiar su desarrollo a partir de la siguiente pregunta problema: ¿Cómo la propuesta de los metaderechos puede ser más eficaz que la mera titularidad de derechos en el hombre, permitiendo una resignificación del concepto de reconocimiento y de dignidad humana desde el pensamiento iusfilosófico? De lo anterior, el presente artículo desarrollará, en primer lugar, las definiciones de derecho fundamental y humano, el concepto propio de derechos y sus posibles problemas; en segundo lugar presentará la perspectiva de los metaderechos desde la perspectiva del autor Amartya Sen; y en tercer lugar, mostrará lo que se ha venido comprendiendo por *dignidad humana* y sus relaciones propias con el reconocimiento desde las diferentes esferas del ser humano para que, con ello, al ser los metaderechos parte exógena del ser humano, pueda existir una plena reciprocidad con el fortalecimiento de la dignidad humana y el reconocimiento.

5.2. Derechos Humanos y Derechos Fundamentales (los derechos)

Para comenzar este acápite, es menester preguntar sobre la naturaleza conceptual de lo que se denomina como un derecho, bien sea del orden humano o fundamental. Sin embargo, surge aún la pregunta de por qué estos derechos y no otros; pues bien, resulta esencial dirimir los derechos humanos y los fundamentales porque son el eje central en donde recae todo el quehacer del Estado Social de Derecho, es también los modos por los cuales los seres humanos por su condición misma de persona se le adjudicaron ciertos principios, que deben ser respetados, protegidos y desarrollados por el sistema y estructura política. Además porque son máximas de una razón que deriva de una moral y de un sistema de derecho; los cuales al ser positivizados en una ley fundamental, como lo llama Kelsen, deben ser de tal cuidado por su orden ontológico y deontológico, que es pertinente recaer sobre la reflexión de estos dos derechos, es decir, los humanos y los fundamentales.

Pues bien, se puede definir un derecho fundamental como “derechos consagrados en derecho positivo, que representan el resultado de transformar derechos humanos en Derecho; son además, derechos individuales, derechos que se poseen frente al Estado, derechos abstractos y derechos substancialmente básicos [...] prioridad dentro del sistema jurídico” (Borowski, 2015, p. 393). Sin embargo, la Corte Constitucional en dos de sus sentencias hito, como lo son la T-406 de 1992 y la T-760 de 2008, escenifican el panorama conceptual por lo que se debe entender como derecho fundamental.

Así pues, en orden cronológico la Sentencia T-406 de 1992 argumenta el derecho fundamental como aquel precepto que contiene por sí mismo un contenido plenamente esencial, este contenido es anterior a una positivización del derecho, lo que quiere decir, que un derecho es derecho; por simple definición anterior a su escritura, o sea, se origina desde la posición de un “iusnaturalismo racional” lo que llama la atención, es su criterio de naturalidad. Ese contenido esencial, trae como cualidad, la titularidad, las obligaciones y su limi-

tación conceptual.

De igual forma, lo fundamental de un derecho es «la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona» (Sentencia T-760, 2008). Pero aun en criterios de la Corte Constitucional, los derechos fundamentales no pueden ser solamente aquellos que el Estado o la Carta política positivice en su capítulo de derechos fundamentales; sino que debe responder a lo inherente de la persona humana, reconociendo que el término, persona, puede entenderse como aquél que ostenta un reconocimiento jurídico con capacidad de goce y ejercicio; o en otras palabras:

Cada uno de los miembros de la raza humana es, en razón de su dignidad intrínseca, el fundamento y fin de lo jurídico, porque quien habla de persona habla de un ser que por exigencia de su propia naturaleza se constituye en titular de derechos, en destinatario de deberes, en autor de conductas sometidas a responsabilidades y en centro de una esfera jurídica que necesariamente le pertenece (Madrid y Garizábal, 2004, p. 29).

Por otro lado, los derechos humanos, en su esencia definitoria son “un conjunto de exigencias éticas que preceden a todo orden legal de cualquier país, un horizonte de valores humanos, universalizable por encima de creencias, religiones y filosofías [...] para construir un mundo mejor, una utopía razonable” (Díaz Pedroche, s.f.). Asimismo, existen otras definiciones que integran los derechos humanos con el criterio de la fundamentalidad; llegando al punto de que se defina un derecho humano como “los derechos más fundamentales de una persona” (Nowak, 2005, p. 1).

Este autor Nowak, establece que los derechos humanos limitan el poder de los Estados, éstas instituciones políticas, deben positivizar las condiciones de garantía de los derechos humanos. Por otro lado, Madrid y Gariázabal toman el derecho humano como “los derechos que toda persona tiene por el solo hecho de constituir la realización individual y concreta de la naturaleza humana” (2004, p. 31), o sea los derechos de ésta categoría, responden a una jerarquía ontológica del

ser humano y al derivarse como atributo del ser humano, por sí solos se definen y se predicán del hombre, cualquiera que sea. Al respecto; la unión de un derecho humano y uno fundamental da como resultado un “derecho humano transformado” (Borowski, 2015, p. 394).

Es así que al poner de presente la categoría de derechos, se adquiere una condición metafísica u ontológica, es decir, todo aquello que responde a la esencia o sustancia del hombre o del ser mismo, y a su vez de una dimensión jurídica que relaciona ese ámbito filosófico-teórico, con la praxis jurídica, pues en esta dimensión, es donde los derechos se convierten en bienes, cuya titularidad y exigibilidad están en la persona humana y son bienes de lo suyo, de su propiedad, de su patrimonio moral o abstracto, es decir, de “la juridicidad insertada en la estructura óntica de todo miembro de la especie humana” (Madrid y Garizábal, 2004, p. 31):

Robert Alexy [...] ha señalado que las disposiciones que consagran derechos fundamentales contienen normas que poseen el rango más alto en el ordenamiento jurídico porque usualmente están contenidas en el texto constitucional (norma jerárquicamente superior); tienen la máxima fuerza jurídica, de tal manera que son verdaderas normas jurídicas justiciables ante los tribunales y no meras aspiraciones políticas, y regulan los objetos de la mayor importancia en una comunidad política, toda vez que se trata de aquellos aspectos que constituyen la estructura básica de la sociedad (Suárez-Rodríguez, 2016).

De esta manera, al definir los derechos fundamentales y los derechos humanos, se puede inferir, a partir de Laporta San Miguel, que los derechos propiamente dichos son “algo que está antes que las acciones, pretensiones o exigencias, antes que los poderes normativos, antes que las libertades normativas y antes que las inmunidades de status” (1987, p. 27). Lo anterior se arguye en qué, cuando se usa la noción de derecho, se apela (Laporta San Miguel, 1987; Raz, 1984) al uso de la razón, mas no a normas primarias o secundarias de un sistema normativo absoluto, o como la norma de competencia que dirige Hart, en la filosofía del derecho.

Desde otra perspectiva, los derechos han tenido varias formas

de afirmarse, desde los preceptos lógicos, según Wenar: “A tiene derecho A phi ‘y’ A tiene un derecho que B phi” (2004, p. 225). Esa proposición lógica de afirmación de los derechos esta dirimida por cuatro formas que son los privilegios, la reivindicación, el poder y la inmunidad, esos criterios anteriores; son los postulados Hohfeldianos. Esos cuatro criterios, pueden generar una forma de derechos moleculares que al unísono confluyen los incidentes atómicos, haciendo que las diferentes formas de afirmar derechos tengan presente los criterios antes mencionados.

Sin embargo, Laporta, establece que esas formas de afirmación pueden ser un equívoco de comprensión; respecto a la confusión entre derechos propiamente dichos y la técnica de protección de los derechos. Empero, este autor pone de presente su propia noción de derechos que corresponde a los derechos núcleo que son constituidos por el sistema normativo; esa estructura de derechos estriba en lo siguiente:

- a. La adscripción a todos y cada uno de los miembros individuales de una clase de ...
- b. ... una posición, situación, aspecto, estados de cosas etc ...
- c. ... que se considera por el sistema normativo un bien tal que constituye una razón fuerte...
- d. .. para articular una protección normativa en su favor a través de la imposición de deberes y obligaciones, la atribución de poderes e inmunidades, la puesta a disposición de técnicas reclamatorias, etc... (Laporta San Miguel, 1987, p. 31).

De igual forma al plantear el método inductivo, desde la calificación de los derechos, hasta el concepto mismo de derecho, se puede decir que hay otras características que se aúnan entre sí; haciendo que los derechos tanto del orbe fundamental como humanos, sean en su jerarquía más que otros derechos. En este punto, entonces, tenemos lo que han venido sosteniendo varios autores, que son dos características: la universalidad y lo absoluto, siendo éstas dos criticadas por Laporta San Miguel (1987), Contreras (2012), Prieto Sanchis (1994), Weiss Angel y Forero Muñoz (2000).

Pero, además de esas características antes mencionadas, se es-

quematiza que los derechos en tanto son fundamentales y humanos, desde el criterio unívoco de la fundamentalidad, son inviolables, reconocidos e inalienables. Por tanto, se da lugar a la revisión de los problemas que tiene el Estado en la debida protección, ejecución y garantía plena de los derechos. Pues bien, la inviolabilidad para Weiss Angel y Forero Muñoz (2000), se da; cuando el Estado no los protege de manera idónea, más no es la protección el mero escrito del derecho en la ley fundamental, el reconocimiento, es dado del predicado de la existencia del hombre, a lo que se refiere es precisamente; a que el Estado no los crea, sino que ya preexisten en el orbe del ciudadano y por último la inalienabilidad que es “la imposibilidad de despojar al ser humano de este derecho, pues esto equivaldría a negar sus inclinaciones naturales como la sociabilidad [...]” (2000, p. 39).

Ahora bien, ya cubierto el tema de las nociones de los derechos y sus relaciones por significantes, es menester considerar el otro punto sobre ¿cómo se materializan esos derechos? ¿Cómo logran su efectividad? y a su vez ¿cómo pueden ser los criterios de observación de la praxis de los derechos? Entonces, la doctrina ha venido discutiendo los alcances de los derechos en sus generalidades. Lo anterior conlleva a decir que, si existen ciertos alcances, éstos pueden diferirse como límites de los derechos, pero lo que saldría a cuestionarse, es precisamente que los derechos al ser axiomas, valores o principios del orbe moral, racional y jurídico; a su vez, deben gozar los derechos el pleno reconocimiento, más no de creación, ¿cómo pueden limitarse los derechos?

Los límites de los derechos implican analizar el problema sobre la fuerza vinculante de los enunciados constitucionales, pues como lo afirma Aguiar de Luque “en qué medida es admisible introducir limitaciones en posiciones subjetivas que han sido proclamadas al máximo nivel normativo [...] tales derechos condensan los supremos valores de la comunidad” (1993, p. 11). De modo análogo, las limitaciones implican otro problema y es el de la función pragmática de los derechos, pues si bien es cierto, los derechos tienen como fundamentación, no solo, lo que el ordenamiento jurídico prevé, desde las normas que los desarrollan, sino por ser principios o máximas; su fundamentación es filosófica también. Por ello, “para emprender la

praxis de los derechos, es decir, busca emprender la fundamentación filosófica de los derechos como punto de partida para llevar éstos a la práctica” (Rincón Murcia, 2008, p. 112). Pero el lector se preguntará por qué desde la filosofía, la respuesta es clara, desde la autora Rincón, pues la filosofía por su esencia conceptual logra permitir un alcance dentro de los debates suscitados por la ciencia del pensar; conllevando a que al ser objeto de reflexión los derechos, se puedan reconsiderar y actualizar a las necesidades vigentes del hoy, permitiendo después una aplicación de los derechos más adecuada a los titulares de los mismos.

El límite de un derecho es la frontera entre lo que algo es y lo que no es. El límite es parte de la estructura del derecho y considera todos los demás derechos y bienes constitucionalmente protegidos. El límite de un derecho presupone la existencia de un contenido constitucionalmente protegido prefijado dentro del cual conlleva un límite como contorno o frontera.

Los límites o fronteras de los derechos consideran los demás bienes y derechos constitucionalmente protegidos por el ordenamiento jurídico, constituyendo un sistema integrado y armónico (Nogueira Alcalá, 2005).

Sin embargo a la propuesta de fundamentar los derechos de manera filosófica, Norberto Bobbio (1982) ha esclarecido que la constante argumentación de los derechos; va degenerar en el leviatán hobbesiano, es decir, en la creación de absolutos. Sin embargo, vale aclarar que los absolutos como argumentos totalitarios, universales y sistemáticos han sido producto mismo de la modernidad, pero lo que pudo hacer el posmodernismo, fue quebrar los sistemas de los absolutos, generando una diversidad en los discursos y llevando; pues al caso de los derechos; a una relativización de los mismos. Per se que no implica la relativización que sigan discutiéndose los derechos, pues el entorno social al ser cambiante, dinámico y dialectico, debe reconceptualizarse cada uno de los derechos que le son intrínsecos al hombre mismo; si no es así, el derecho a la salud que proclama la sentencia T-760 de 2008 y que se materializa en la ley estatutaria 1571 de 2015, no sería derecho fundamental; por el contrario, sería siendo un derecho económico y social. Porque al juicio crítico, los derechos

serían significantes vacíos, emulando lo que argumenta el filósofo argentino Ernesto Laclau.

Borowski, establece que la limitación de los derechos es necesaria, en la medida en que convergen un binomio del derecho “prima facie” y restricción. Por lo que atañe a la existencia dialéctica de un derecho sin limitación, con la restricción, es decir, la reunión de una oposición con una afirmación, que no se conjugaría el principio de no contradicción, porque por su esencia los derechos *prima facie*, no son limitados en su naturaleza, verbi gracia, que el resultado de la afirmación de ese derecho prima facie, va ser con una restricción. Lo anterior reafirma las cualidades de los derechos, ya que:

Según la teoría de los derechos no limitables, o teoría interna de los derechos, existe desde un inicio el derecho con su contenido determinado. Una posición jurídica que exceda dicho derecho predeterminado no existe. Hay un objeto normativo, un derecho con sus límites concretos. Según un uso lingüístico generalizado, los límites del derecho son «inmanentes». En el caso de los derechos no limitables, ese límite no puede denominarse restricción [...]. Si el derecho, en su acepción de derecho no limitable, tiene su alcance definido de antemano, su restricción se torna innecesaria e imposible (Borowski, 2000, pp. 32-33)

Lopera de Mesa, establece que los derechos al ser mandatos de optimización se muestran prima facie, solo si “alcanzan a ser mandatos definitivos, una vez que, consideradas todas las circunstancias, se establece la medida ordenada de su satisfacción en cada caso” (2004, p. 217). Entonces, los derechos desde su descripción general permiten dirimir otra de sus cualidades, el ser prima facie, que deben ser esquematizados dentro de unos límites en su aplicabilidad, pero que en abstracto estos mandatos no gozan de límites en su contenido y alcance.

Retomando el problema de la argumentación de los derechos, es menester agregar que los derechos determinan sus alcances, pero ¿quién determina el contenido del derecho? Al pensar, se dirá que es el hombre que por su facultad de razón genera vínculos éticos, políticos y morales respecto al alcance de los derechos. Por ello se seguiría

desvirtuando el concepto de Norberto Bobbio, respecto a la creación de absolutos, puesto que:

Para delimitar el contenido del derecho [...] dos elementos: el identificar el ámbito de la realidad al que se alude y fijar lo que se entiende por éste; y el tratamiento jurídico contenido en el precepto que reconoce el derecho, fijando su contenido y el alcance [...] (Nogueria Alcalá, 2005).

Por otra postura, Robert Alexy, intuye a los derechos como principios determinantes de un mandato de optimización, a lo sumo estos son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy, 1997, p. 86). Sin embargo esos mandatos de optimización solo son realizables en la medida en que (Lopera Mesa, 2004) por grado estén las condiciones tanto jurídicas como fácticas. Además, Lopera enuncia que la optimización debe generar una satisfacción, pero siempre la medida de ésta, debe ser la más alta. Es importante recalcar que esos mandatos de optimización que se configuran en derechos, son deontológicos, es decir, que los derechos al ser principios incorporan un “deber ser ideal”. La idealidad se configurará desde la praxis misma de aplicación de los derechos. Pero la autora Lopera de Mesa, esboza que lo ideal está, precisamente en que no se toman las condiciones de facticidad; ni de concreción real, deformándose, entonces, en una utopía de principios.

Por consiguiente, se ha realizado una presentación de las cualidades de los derechos fundamentales y humanos, respecto a sus máximas de valoración y los fines ontológicos de los alcances de estos derechos. A su vez, se ha indagado en la estructura de los derechos como las máximas de la razón, que están, in situ, en la persona humana y más aún; se ha presentado el problema respecto de los alcances de los derechos, y si falla el contenido; muchas veces la aplicación del mismo en el titular del derecho.

Por otro lado, sea permitido argumentar la postura de Alexy, respecto a los mandatos de optimización, en la medida en que hace una escisión de lo que debe ser, con el orden pragmático. Sin em-

bargo, se considera aún, un choque dialéctico, entre lo que debe ser y lo que es, puesto que el derecho por sí mismo, debe ser el que es, en cualquier presentación, sea abstracto o concreto. Por lo anterior, está precisamente una de las propuestas de seguir fundamentando los derechos con la filosofía, o con la propuesta de los Metaderechos y reestructurar la relación iusfilosófica para lograr una mejor y adecuada teoría-praxis de los derechos, sean humanos o fundamentales, o cualquiera que sea su naturaleza.

Conjuntamente, en el discurso internacional de los Derechos Humanos (DDHH), se pueden observar, al menos, dos figuras que ha desarrollado el bloque regional Europeo, con su Corte de Derechos Humanos, respecto a “The margine of appreciation” y el “pilot judgement”, los cuales pueden ser otros medios del cumplimiento de los derechos fundamentales y se pueden estatuir como medios de cumplimiento de esos mandatos de optimización que instaura un Estado en su carta de derechos o en su norma fundamental en las palabras de Kelsen. En este sentido, el margine of appreciation es una teoría basada en que las sociedades tienen derecho a cierta libertad para resolver determinados conflictos que surjan entre los derechos individuales y los intereses nacionales, o las convicciones morales; que impliquen los derechos fundamentales o humanos.

Esencialmente, ese límite de la libertad, formulado desde el desarrollo de los derechos, en una sociedad, es viable (Tumay, 2008) en cuanto pueda generarse una oportunidad de concebir un equilibrio que propenda al bien común. Entonces, sí los derechos humanos y/o fundamentales, propenden al bien común, no puede negarse la implicación del reconocimiento intersubjetivo de la titularidad de los derechos; en los sujetos que conforman una sociedad determinada. Ese bien común por definición de género, estará integrado por la suma de bienes privados que constituyen un conglomerado de beneficios que son los auspiciadores del desarrollo social, garantizados por un órgano político que cuida y vigila esos bienes.

Por consiguiente, en la medida en que los Estados posibiliten el desarrollo del margen de apreciación; implica una perspectiva idónea de materializar esos derechos fundamentales de manera competente, pero como todo, no es absoluto, será pues una materialización relati-

va de los mismos. Lo anterior implica que antes de llegar al metaderecho pueden ejecutarse estas medidas análogas del bloque regional europeo de los DDHH para optimizar la eficacia de los derechos.

Tumay afirma que la teoría del margen de apreciación es “[...] Basically, the term ‘margin of appreciation’ refers to the discretion given to a government when it evaluates factual situations and applies the provisions enumerated in the Convention” (2008, p. 232). Asimismo, para Arai-Takahashi (2001), esta teoría es una forma en que los Estados al tener como instrumento de *hard law*, una convención, les permitió aplicar esas normas con unas determinadas circunstancias particulares de las naciones o de los Estados parte.

En otro punto, el “*pilot judgment*” es un modo de monitorear situaciones iteradas, con criterio factual similar en los casos dirimidos por la corte Europea; es decir que este plan de manejo presenta (European Court of Human Rights, 2009) a los Estados determinadas indicaciones sobre las normas jurídicas que fundamentan la violación y también afirma ciertas indicaciones para que los Estados puedan eliminar la disfunción. Lo que implica establecer que tanto el margen de apreciación y el *pilot judgment* son garantes de que los derechos humanos que se tornan como fundamentales, sean garantizados y satisfechos de manera idónea y pertinente; desde el instrumento de *Hard Law* que son las convenciones y la jurisprudencia de la Corte judicial de los derechos humanos, independiente del bloque regional donde se encuentren los derechos.

Si bien es cierto, los derechos son universales, asimismo deben ser sus garantías en la medida en que son principios axiológicos inherentes al bien común, que desarrolla el ser humano en sus relaciones con el Estado y sus pares. Sin embargo, los Estados en un concepto universal; deben garantizar la plenitud de los derechos de sus ciudadanos. Empero, implica establecer instrumentos idóneos que permitan la plena satisfacción de los derechos, como es el caso de las políticas públicas en los metaderechos, objeto del siguiente acápite.

5.3. Metaderechos

Rodolfo Arango en la presentación del texto “el derecho a no tener

hambre” de Amartya Sen, pone de presente la relevancia de la propuesta del economista y filósofo hindú, sobre los metaderechos. Arango enuncia que lo prominente del enfoque de revisar los derechos desde sus problemas, sea desde los metaderechos, fundados ellos desde la teoría general de los derechos, permite ese análisis; porque genera una posibilidad de “diseñar mecanismos innovadores para controlar la exigibilidad, tanto en el ámbito jurídico-político como en el moral” (Sen, 2002, p. 7). Es decir, que esta propuesta quiere volver a reestructurar los lazos intrínsecos de la política, el derecho y la filosofía; pues bien, los derechos vinculan los elementos de una buena política de aplicación que genera un mandato o norma que los desarrolla; a partir de un contenido o alcance; de acuerdo al devenir o al cambio de las estructuras sociales y de las realidades.

Es menester considerar que aunque Amrtya Sen haya postulado su teoría para el derecho a no tener hambre, no se puede considerar un argumento de exclusión que impida subyacer la teoría general de los metaderechos; desde otros derechos que deben ser pensados a la luz de la propuesta del hindú. Para ello, Sen trazo su investigación desde los diversos derechos como “de trasfondo, institucionales, abstractos, concretos” (Sen, 2002, p. 7). De igual forma la perspectiva de discusión pretende sobrepasar las discusiones del positivismo jurídico, por ejemplo, con respecto a los derechos fundamentales, y, al iusnaturalismo radical, donde pueden estar los derechos humanos, por su naturaleza.

Por ende, la *conditio sine quanon* de Sen, está por la pregunta de la legitimidad del orden jurídico, porque si los derechos tienen limitaciones, entonces ¿cuáles pueden llegar a ser los límites de las acciones políticas, en aplicación de los derechos? Siendo pues un asunto de gran envergadura, debido a que si los derechos pertenecen a todos los hombres por su condición misma de ser humano, de dignidad y de reconocimiento recíproco, pueden estos limitarse con base en argumentos de distribución, o retribución y para la situación real del mundo, por temas económicos y fenómenos de globalización, per se, que los Estados no podrían depreciar ni minusvalorar los derechos in situ de cada ciudadano, o mejor, de cada persona humana por los problemas de distribución. Lo que quiere decir que los derechos en todos

los hombres manejan criterios de equidad, igualdad y universalidad en su proporción y contenido. Por si fuera poco, un hombre X no puede tener mayor contenido en un derecho A que su par Y, porque el derecho A al ser una máxima de la razón, filosóficamente hablando; tiene un alcance igual, ni mayor ni menor. Per se, que en la práctica se denota que ciertos derechos si son restringidos, no por su alcance; sino por situaciones fácticas desiguales; en unos ordenamientos jurídicos que propenden una igualdad, abstracta no concreta.

Los metaderechos son una propuesta cimentada en la desigualdad, en la pobreza y en la marginación (Aristizábal Botero, 2008; Corredor Martínez, 2008). Además, el epicentro de reflexión es la “seguridad social” (Sen, 2002, p. 8). En consonancia, la seguridad social tiene como objetivo buscar o propender la cobertura de las contingencias del ser humano en el transcurrir de su vida como lo asocia Beveridge, es decir, que el derecho a no tener hambre, ha sido producto de encontrar o hallar la sostenibilidad de un mínimo vital (Corredor Martínez, 2008), es decir, que a los derechos mismos se les agrega la condición de sostenibilidad en el transcurrir de la vida, pues sin ciertos mínimos vitales sería imposible la subsistencia del hombre en la sociedad:

la pobreza en la perspectiva de derechos, lleva a poner el acento en las libertades positivas o derechos positivos, los cuales están ausentes en la visión clásica de la Economía del Bienestar, por estar centrado en el individualismo y restringir la acción del Estado a no intervenir en el ejercicio de las libertades individuales (Corredor Martínez, 2008, p. 4).

Rodolfo Arango permite escenificar el nacimiento de la noción de metaderecho, a partir de las relaciones entre política y moral por lo que no es observable a simple vista, y a su vez del choque o el impacto por “la diferencia entre derechos abstractos y derechos concretos sugerida por Ronald Dworkin” (Sen, 2002, p. 8). Además, las funciones que viene a traer este nuevo concepto, son básicamente tres:

1. De función categorial: acerca del discurso de los objetivos políticos y el discurso de los derechos, 2. De control político:

ofrece una propuesta para exigir la política necesaria para hacer posible la realización de derechos positivos y 3. De responsabilidad política: conecta la responsabilidad política del legislador y su control público [...] frente a la toma de medidas necesarias para la realización de los derechos positivos (Sen, 2002, p. 9).

Entre tanto Charlotte Garden establece que la noción propia del metaderecho, implica una serie de debates que corren en dos sentidos (2014): el primero como una titulación individual, la segunda como una noción que implica un ir más allá del derecho mismo, es decir, el metaderecho como extensión del derecho. Se trata de un debate, que desde lo dirimido por Sen el metaderecho implica una metafísica y una deontología que proyecte una eficacia mayor al axioma o mandato de optimización no satisfecho por el Estado al titular de ese bien jurídico.

De lo anterior se arguye que los metaderechos desde el criterio funcional; aplican el método deductivo, pues parten de categorías asociadas a los contenidos, por ello refiere a un discurso, luego a la existencia de una política pública, adecuada, necesaria, idónea y pertinente por el representante del cuerpo político de los ciudadanos, es decir, por el constituyente primario, el legislador. Pues este último es quién va determinar; con los criterios de Alexy, respecto a facticidad y posibilidad jurídica de realización, la aplicación tangible o inmanente de la norma.

Es concluyente decir, que la propuesta de los metaderechos implica la superación de los absolutos. Entonces la postura de Sen también se contrapone a lo dispuesto en el acápite primero, cuando se mencionó a Bobbio y su concepción de la permanencia de absolutos. Es así que al superar un pensamiento absoluto, incluye desde la teoría de Robert Alexy (1997), una aplicación “gradualista” (Sen, 2002, p. 9). Empero lo gradual, está en poder enfrentar; tanto en tiempo y en lugar, la coyuntura de miseria de las sociedades en las que se desee intervenir. Además, el otro argumento para decir, que no se basa en absolutos los metaderechos, es “la función transformadora de las categorías permite compatibilizar los objetivos sociales [...] con los derechos como condición de cumplimiento” (Sen , 2002, p. 9).

Esto quiere decir, que desde lo que puede entenderse como reforma, revolución o transformación, tendiendo los precedentes de Marx, Rosa Luxemburgo y Enrique Dusell, la transformación; implica una desestructuración, pero no necesariamente una destrucción; sino una deconstrucción, como lo denomina Jacques Derrida, en términos del significado categorial respecto al devenir histórico, actual y futuro de una sociedad X cualquiera.

Ahora bien, para Sen los derechos son bienes que son objeto de titulaciones; esto implica un problema esencial; cuando se cae en la miseria o en la excesiva desigualdad distribucional. El problema es:

mediante complejos procesos de producción e intercambio, las dotaciones de una persona son transformadas en titulaciones. Dichos procesos están gobernados por el sistema de derechos prevaleciente en la sociedad y de éste último depende [...] la fortuna o la miseria de las personas” (Sen, 2002, p. 10).

De igual forma los metaderechos, constituyen un algo más que un derecho propiamente dicho, es así que si es algo más, Sen permitió escenificar la relación de derecho y moral en la forma en que determinados derechos pueden convertirse en éstos por cierto sistema jurídico. Por esta razón Rodolfo Arango en la presentación del libro de Sen establece:

Un excelente ejemplo de la incorporación de exigencias morales relativas a lo necesario para la subsistencia y su transformación en derechos jurídicos –en este caso en derechos constitucionales fundamentales– es el derecho al mínimo vital reconocido jurisprudencialmente por la Corte Constitucional colombiana en 1992 (Sen, 2002, p. 11).

La definición más exacta de lo que es un metaderecho, lo explica el filósofo y economista hindú, para el cual « un metaderecho a algo x puede ser definido como el derecho a tener políticas P(X) que persigan genuinamente el objetivo de hacer realizable el derecho a x» siendo esta la definición, es valioso encontrar en el autor elementos indispensables como: i. derecho y políticas públicas, ii. Realización

plena del derecho.

Lo anterior esquematiza que en los metaderechos están inmersos los derechos, como si se hiciera una relación lógica entre categoría y especie. Sin embargo, lo que sí cambiaría sería la forma en cómo se proyecta la política de ese derecho en vías de desarrollarse. Es así que Sen al plasmar su experiencia hindú, establece que en la constitución de la India el Estado dirigió sus políticas de aseguramiento a unos medios adecuados de subsistencia. Entonces el quid de los metaderechos estaría esencialmente en políticas pertinentes que desarrollen los derechos en un metaderecho.

Es necesario aclarar que la política del metaderecho, no es solamente una adecuación de la norma y del contenido de protección; sino es permitir que esa política logre desarrollar el quehacer del derecho y que al titular le sea plenamente exigible a la realización del metaderecho, aún sino es plenamente garantizado en su inmediatez, es decir, la política debe albergar en la exigibilidad una condición de posibilidad en la ejecución del futuro.

¿por qué necesitamos una categoría de metaderechos distinta, dada la muy débil forma de derechos capturada por el concepto de Dworkin de derechos abstractos y de trasfondo? [...] Un metaderecho a x [...] se concentra no en la realización de este derecho, que actualmente puede ser inalcanzable; sino en la búsqueda de políticas que ayuden a lograr x en el futuro. La justificación de una enmienda, rebelión, derrocamiento, etc, puede producirse más bien debido a la ausencia de tales políticas $p(x)$, que es el foco de atención del metaderecho.

Asimismo, Aristizábal (2008) y Carreño (2006) ponen de presente que los metaderechos tienen una política pública cuya teleología es que ésta tienda a garantizar progresivamente un derecho determinado. Por consiguiente, al unísono de las autoras, es claro que en la teoría tradicional del derecho lo que se brinda en el sistema político y normativo es el reconocimiento del derecho X ; pero no de forma efectiva la satisfacción del mismo; esa satisfacción es pues otra de las condiciones claves de los metaderechos.

Los derechos positivos, en tanto derechos, son universales, y, como ya se dijo, comprometen la “obligación de prestación”, pero dicha obligación no siempre puede cumplirse de inmediato, ya sea por las restricciones derivadas de la capacidad institucional y de gestión, por la disponibilidad de recursos, por las dificultades técnicas para llegar a quienes están en peores condiciones. Todo ello hace que el restablecimiento de los derechos no pueda hacerse de inmediato, como sería deseable, pero lo que sí exige es contar con Políticas Públicas que progresivamente hagan viable su titularidad, es decir con *metaderechos* (Corredor Martínez, 2008, p. 4).

De igual modo, esa satisfacción puede revisarse conforme a una realidad inmanente en donde sean los propios titulares de los derechos que midan la satisfacción de este con las políticas vigentes, respecto a la gestión del Estado; a lo sumo ello será pues una vertiente esquematizadora para poder intervenir con la perspectiva de Sen. Un ejemplo claro de intervención fue el que dio la autora Aristizábal en la ciudad de Manizales, es decir, concreto el horizonte de comprensión de Sen y lo que se ha venido trabajando respecto a la progresividad, o sea, si un derecho no se puede realizar de manera inmediata, será aquella política P(X) la que pueda satisfacer ese derecho en *metaderecho* en un futuro.

Consuelo Corredor (2008), afirma la importancia de las políticas públicas, pues al prever las necesidades, cobran la importancia en cada miembro que tiene de suyo un derecho en su titulación. Desde luego que las necesidades que alberga la política cuando se satisfacen; dejan de ser necesidades, pero cuando se diálogo con antelación, los derechos, nunca dejan de ser satisfechos porque los derechos generan un vínculo obligacional y prestacional, es decir, su satisfacción es particular y privada, nunca es absoluta en la condición o *modus vivendi* del ser social en su entorno.

Por tanto, la autora establece que el garante de esas obligaciones y prestaciones es el Estado mismo, a consideración las relaciones político-iusfilosóficas son aquellas que hacen, que algo sea obligatorio y a su vez que no sea vulnerado ni menospreciado. En consonancia lo que hay siempre es un choque dialéctico, porque si bien existe

un derecho, si la política no está enfocada a su plena satisfacción, no produce efecto alguno y a su vez, sí el Estado como garante de la titulación de derechos no permite una resignificación fáctica y circunstancial de sus políticas; nunca se logrará la plena satisfacción de un derecho a la subsistencia; recubierto de un metaderecho. Por último, “Los metaderechos pueden ser categorizados de la misma forma que los derechos, *v.gr.* abstractos o concretos, de trasfondo o institucional, ya que los metaderechos a x no son más que derechos a $p(X)$ ” (Sen, 2002, p. 32) y lo anterior converge en que se pueda generar una cláusula de igualdad tanto material como formal idónea para cuando ese derecho que es inocuo se convierta en metaderecho por la necesidad imperante de satisfacción al ciudadano o ciudadanos que solicitan su cumplimiento.

5.4. Dignidad humana y reconocimiento en los derechos

En principio la dignidad humana y el reconocimiento han sido lineamientos tanto del orden filosófico como del jurídico, que se convierten en dos categorías de análisis cuando de derechos se puede hablar. Es así que la dignidad humana según la sentencia T-881 de 2002 de la Corte Constitucional, asume en su sabiduría, dos orígenes o naturaleza del principio, el primero desde el objeto concreto de protección y el segundo desde su funcionalidad normativa. Para ello, el cuerpo colegiado de la Corte, ha establecido que al ser principio y ser objeto de protección a lo que se debe apuntar es a una garantía de un plan de vida, especificando las siguientes características:

La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones) (Sentencia T-881, 2002).

En cuanto es vista, de su funcionalidad, la dignidad humana (Sentencia T-881, 2002) prevé tres funciones, la primera es que sobre este principio se fundamenta el ordenamiento jurídico, segundo, es de reconocimiento constitucional y tercero, es derecho fundamental autónomo. Esas tres cualidades hacen pensar que la Dignidad humana es la directriz general del ordenamiento moral y jurídico. Es la dignidad, el epicentro de las condiciones materiales y morales del ser humano; y a su vez, es la integradora del ordenamiento; lo cual hace que, de manera implícita, se pueda generar el reconocimiento, que para Fichte, Hegel y demás; puede empezar desde el orden subjetivo, estatal e intersubjetivo, tal cual puede referenciarse desde la dialéctica del amo y del esclavo en la filosofía del derecho de Hegel y así por ejemplo lo retomó la Corte:

[...] la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida). Estos tres ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre “dignidad”.

Desde otro ángulo, ¿qué se entiende por Dignidad humana? Desde la filosofía la Dignidad se puede comprender como un algo que no pesa, ni es sentida y su existencia se asocia a la construcción de axiomas sociales. Principalmente, una de las raíces que se adopta como origen del concepto dignidad humana es desde la filosofía existencialista de Heidegger. Por lo anterior, a juicio de Torres Bardales; conlleva el existencialismo a que “se abra la existencialidad de la existencia [...] aceptar su existencia, es aceptar el inicio del perfeccionamiento humano, que empieza con el respeto a sí mismo y luego se extiende hacia los demás” (2015, p. 68). Por tanto, el respeto es en la dignidad la esencia de universidad. Lo que quiere decir Torres

Bardales, es precisamente que la Dignidad está en el ser mismo, es el ser ahí, el que se perfecciona día a día, el ser determina la existencia. Entonces como el ser está en el hombre, por su esencia al estar en el mundo, en el ahí, existe; y en cuanto existe la dignidad humana se reconceptualiza, como lo dirime Heidegger en *Ser y Tiempo*:

Debe buscarse en la analítica existencial del “ser ahí”. El “ser ahí” tiene, en suma, una múltiple preeminencia sobre todos los demás entes. La primera preeminencia es óptica: este ente es, en su ser, determinado por la existencia. La segunda preeminencia es ontológica: en razón de su ser determinado por la existencia, es el “ser ahí” en sí mismo ontológico (Heidegger, 1974, p. 64).

El concepto de dignidad hace una serie de interrelaciones con valores propios como la vida, la paz, la justicia, la libertad y el honor. Además, que si determina la existencia; entonces la dignidad humana hace un argumento de exclusión en sí misma, pues implica una distinción (Marín Castán, 2007) de lo humano y de lo no humano. La dignidad surgió en cabeza del hombre como (García González, 2015) ser racional y ético; puesto que es capaz de pensar en máximas; que son producto de su raciocinio, como lo determinó Kant y (Marín Castán, 2007), porque en sí, el hombre es un fin y no un medio, es decir, para Kant la dignidad es pureza, ya que “la dignidad pone al hombre más arriba y a distancia de otros seres de la creación, pues el ser humano, como autónomo, dominador y responsable no tiene [...] ni valor de uno ni valor de cambio” (Madrid y Garizábal, 2004, p. 34).

Así pues, la dignidad humana al estatuirse como valor supremo irradia otros principios, debido a que desde la modernidad, especialmente (Marín Castán, 2014) después de la II Guerra Mundial, la dignidad ha sido un concepto cuya pretensión ha venido siendo la de (García González, 2015) humanizar a la persona como sujeto individual y al conglomerado social. Por consiguiente; aplicando el concepto del eterno retorno, la Dignidad humana se configura como el punto de partida y punto de llegada siendo el vértice de unión lo que pueda considerarse como justo.

La aparición del concepto de dignidad con los derechos se dio a partir de que el hombre como valor supremo era digno, era menester

reconocerle los derechos que por su condición natural de humano tenía bajo su titulación, es decir “los derechos humanos [...] surgen de la dignidad de la persona” (Madrid y Garizábal, 2004, p. 33). Además, Torres Bardales (2015) establece que la vinculación de la dignidad y los derechos se internalizan en la conciencia de los gobernantes y gobernados; haciendo que al ser un valor acumulado; implique una moderación pero también, una acción en cuanto a las cualidades esenciales como “sagrado, universal, fundado en el patrimonio racional común, y es inspiradora de los derechos humanos, valor fuente de todos los derechos sociales fundamento último del orden jurídico [...]” (Torres Bardales, 2015, p. 69).

La dignidad como fundamento de los derechos se ha convertido en un lugar común, al punto que instrumentos internacionales como tratados, convenciones o pactos; han registrado estos valores, o bien, de forma expresa o tácita, desde el pleno reconocimiento de la naturaleza humana y la racionalidad del hombre; esquematizado en un cuerpo o institución político-jurídica. Autores como Marín Castán han establecido que pensar en la dignidad es algo irrelevante, pero Torres Bardales difiere en la medida en que el pensar siempre implica poner en contexto una idea, generar un filosofar permite estar relacionando a los sujetos racionales con su contexto.

La formalidad de la dignidad humana es incuestionable porque es inherente a una realidad observable, cuya existencia está relacionada con la persona como la universalidad humana, que cotidianamente suma valores sociales para sentir y experimentar su dignidad como cúspide cultural y característica universal, de no ser así, la depredación humana es predominante y constante.

De allí se parte entonces que la dignidad como concepto no solo se emula de una praxis; sino que tiene una formalidad de la cual es importante seguir desarrollando, pues de la formalidad previene la razón y de ésta la contingencia de los derechos en el plasmar de una institución o un órgano jurídico-político esos derechos o metaderechos. Además, que no solo el derecho internacional se ha preocupado por la dignidad en sus normas; sino también los instrumentos de los Estados Nación, como la carta fundamental y todas aquellas normas que tienden al desarrollo de cada derecho y en su preocupación actual

de las políticas de los metaderechos. Por tanto, la dignidad es el pilar, es la *conditio sine qua non* de la contingencia de los derechos, es aquél valor supra; por el cual los órganos institucionales le reconocen al sujeto una igualdad, un respeto y una libertad a partir de los derechos o metaderechos que le son in situ como humano y que están en políticas idóneas para la satisfacción de los derechos en la sociedad; haciendo una armonía entre el hombre y su esfera espiritual, el hombre y su círculo social y el hombre con su estamento político.

Por otro lado, el reconocimiento se ha generado no solo desde una perspectiva de identificación de grupos sociales o de minorías; sino que el reconocimiento abarca el desarrollo de una libertad y de una autonomía; que muchas veces son negadas a los mismos grupos o a sujetos individuales y que se les prescinde de esa connotación empezando que son otro igual; al poner un contraste entre un sujeto reconocido y uno por reconocer.

Es así que se puede ver el concepto desde Fichte el cual en su obra del *Fundamento del derecho Natural*, dice Arrrese Igor que la filosofía por primera vez tomo este concepto y pues por ende este filósofo alemán lo maneja dentro de su obra “El Fundamento del derecho natural de Fichte es una obra de suma importancia para comprender el concepto de reconocimiento, porque allí fue tematizado por primera vez en la historia de la filosofía” (Arrese, 2007, p. 117).

Al tener en cuenta al otro sujeto dentro de su conocimiento del mundo sensible, desde el concepto de la “libre eficacia”, esta llega a ser conocida desde el otro para que sea desarrollada por el sujeto desde sí mismo y cuando implica al otro; está reconociendo una relación intersubjetiva. Por lo tanto, la labor intersubjetiva siempre partirá del otro, pero para que de algún modo despierte al sujeto que lo está viendo en su libre eficacia; puesto que lo que hace el otro al despertarlo es generar esa autoconciencia de que es capaz de conocer un objeto del mundo y de pensar una acción para que la pueda llevar a cabo y en ese proceso es que el sujeto que ve al “otro” reinterpreta la acción y se auto determina. Así mismo se explica la exhortación como cualidad del otro sujeto como:

[...] la acción de la exhortación tiene una estructura tal, que tiene ciertos presupuestos pragmáticos que deben ser compartidos por el destinatario de esta, si es que la acción debe tener lugar. Si el otro sujeto exhorta al primero a la acción libre y autodeterminada, está diciéndole que, en el concepto del fin de la acción que se ha propuesto, está contenido el concepto del destinatario como un ser racional, esto es, volente y cognoscente. Podemos decir que el sujeto de la exhortación “reconoce” al otro sujeto como un ser racional (Arrese, 2007, p. 121).

Hegel orienta el reconocimiento desde un ámbito ético, producto de una lucha, del mismo espíritu, de la autoconciencia, de la voluntad general etc. En principio; para Hegel el reconocimiento se va a desarrollar de dos formas, la primera es desde la relación intersubjetiva, es decir la interacción de más hombres y mujeres y la segunda como un modelo del espíritu que tiende a la libertad y la implica. Es así que Hegel plantea que el reconocimiento se da cuando “el ser humano se realiza como sujeto, cuando aprende a relacionarse negativamente con su particularidad natural, sus inclinaciones, deseos e instintos” (De la Maza, 2009).

Indudablemente Hegel también establece el reconocimiento en la medida en que de la comunidad Natural de deriva la relación jurídico-contractual en el hecho de establecer propietarios. Sin embargo, el sujeto para Hegel está determinado por la propiedad. Y asimismo, sostiene que: “El reconocimiento no implica solamente una interacción positiva entre individuos que se aceptan mutuamente, sino que conlleva también el conflicto y la lucha por la posesión de cosas y por el honor asociado a la posesión” (De la Maza, 2009). Por tanto, lo que se puede seguir plasmando es la forma en que el hombre por medio de la lucha busca su dignidad en sus bienes, y vale aclararse que los derechos son bienes morales y jurídicos que le son de propiedad de cada ser humano, entonces se ve el vínculo entre la dignidad, el reconocimiento y los derechos.

Todo ese proceso de la lucha se da dentro de un contexto de comunidad y, por ende, debe entrar en contraste con más personas y por tanto ese hecho de interactuar con más individuos no hace que se pier-

da un sujeto en la conformación consigo mismo. El reconocimiento a partir de la dialéctica del amo y del esclavo en primera medida esta mediada por una “lucha asimétrica” y de subyugación al amo, estableciendo que se genera una relación anterior al Estado. Sin embargo, esa disputa debe estar mediada a partir del “reconocimiento simétrico” en donde se da una connotación de iguales por medio del Estado.

Asimismo, establece que debe haber una diferencia entre el Estado y la sociedad civil, pues toma al Estado como un principio de universalidad, mientras que en la sociedad civil ahonda el principio de particularidad y de universalidad. La lucha simétrica es la búsqueda de que se estatuya la dignidad como régimen de igualdad y justicia con pretensión de un sistema absoluto en Hegel.

Por todo esto es que si no hay una dignidad humana, que implique procesos de reconocimiento individual, intersubjetivo y del derecho, no puede existir un pleno reconocimiento de derechos que son inherentes y naturales a la condición misma de ser humano que se traduzcan en políticas factibles, y a su vez la meta del vínculo entre dignidad y reconocimiento en los metaderechos es precisamente que las políticas de X derecho sean capaces de responder no solo a la realización del derecho o a la condición de posibilidad; sino la sostenibilidad de satisfacción del derecho o derechos en el futuro, cuando es parte de la subsistencia o el mínimo vital del ser humano. Por ello se sigue apelando al principio de universalidad.

En conclusión, los derechos humanos y los derechos fundamentales son parte del ser humano que por su naturaleza los posee. De antemano se sostuvo que los derechos en su concepto general apuntan a que los derechos son inalienables, irrenunciables son relativos y no absolutos; que deben ser dinámicos en su contenido dependiendo de las circunstancias fácticas; que los derechos deben garantizarse en su cumplimiento; pero cuando las sociedades cambian en razón a sus economías, prácticas y demás acciones en perjuicio de la igualdad, justicia social equidad y distribución; la pobreza y la marginación.

La pobreza y marginación se constituyen en formas de negar el reconocimiento de los derechos; la negar el reconocimiento lo que se está haciendo es negar la condición humana de la dignidad y todo aquello que le responde al hombre por su propia esencia. Cuando se

niega lo anterior, surgen los metaderechos, dispuestos a hacer una política sostenible de los derechos de subsistencia y mínimo vital, permitiendo que aunque en el presente no se realicen de forma inmediata, puedan darse progresivamente en el futuro. Por otro lado, hay que señalar que los metaderechos sí toman el derecho pero lo que los diferencia es la política, la forma como es pensada y analizada X política, permitiendo que ámbitos como el moral se vinculen de nuevo con el derecho y retomen principios iusfilosóficos.

5.5. Referencias

- Aguiar de Luque, L. (1993). Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (14), 9-34.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arai-Takahashi, Y. (2001). *The Margine appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*. New York: Intersentia.
- Aristizábal Botero, M. (2008). La legitimación de la pobreza, límite a os metaderechos. *jurid.*, 5 (2), 109-122.
- Arrese, I. (Noviembre de 2007). *Autoconciencia y reconocimiento en la teoría fichteana de la exhortación (Fundamento del derecho natural, §1-3)*. Recuperado de <http://www.fhuce.edu.uy/actio/Textos/9/Arrese9.pdf>
- Bobbio, N. (1982). *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa.
- Borowski, M. (2000). La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional* (59), 29-56.
- Borowski, M. (2015). Propiedades Clasificantes y cualificantes de los derechos fundamentales. En J. L. Fabra Zamora y L. García Jaramillo. *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (pp. 393-407). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carreño, M. T. (2006). Pobreza y Derechos Sociales Fundamentales. *Estudios de Derecho*, LXIII (142), 34-72.

- Contreras, S. (2012). Ferrajoli y los derechos fundamentales. *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)*, 16, 121-145.
- Corredor Martínez, C. (2008). Las políticas públicas al servicio de los derechos. Hacia la consolidación de un sistema de promoción social. *DNP-CEPA* (pp. 1-11). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Corte Constitucional Colombiana (5 de junio de 1992). Sentencia T-406, Expediente T-778.
- Corte Constitucional Colombiana (17 de octubre de 2002). Sentencia T-881, expedientes T-542060 y T-602073.
- Corte Constitucional Colombiana (31 de julio de 2008). Sentencia T-760, T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279.
- De la Maza, L. M. (Noviembre de 2009). *El sentido del reconocimiento en Hegel*. Recuperado de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1852-73532009000200003
- Díaz Pedroche, M. (s.f.). *Los derechos Humanos*. Recuperado de <https://montsepedroche.files.wordpress.com/2010/04/derechoshumanos.pdf>
- European Court of Human Rights (2009). *The Pilot- judgment Procedure*. Recuperado de http://www.echr.coe.int/Documents/Pilot_judgment_procedure_ENG.pdf
- García González, A. (2015). La dignidad humana, núcleo duro de los derechos humanos fundamentales (102).
- Garden, C. (2014). Meta Rights. *Fordham Law Review*, 83 (2), 855-906.
- Heidegger, M. (1974). *Ser y Tiempo*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Laporta San Miguel, F. (1987). *sobre el concepto de Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141710.pdf>
- Lopera Mesa, G. P. (2004). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (27), 211-243.
- Madrid, M. y Garizábal, M. (2004). *Derechos Fundamentales Conózcalos, ejérzalos y defiéndalos*. Bogotá: Panamericana.
- Marín Castán, M. L. (2007). La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. *Bioética y Derecho* (9), 1-8.

- Marín Castán, M. (2014). En torno a la dignidad humana como fundamento de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. *Bioética y Derecho* (31), 1-9.
- Nogueria Alcalá, H. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Ius et praxis*, 11 (2), 15-64.
- Nowak, M. (2005). *Derechos Humanos: Manual para parlamentarios*. París: Unión Interparlamentaria y Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos.
- Prieto Sanchis, L. (1994). *Estudios Sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Debate.
- Raz, J. (1984). On the Nature of Rights. *Mind*, 194-214.
- Rincón Murcia, Á. P. (2008). Necesidad de una fundamentación filosófica de los derechos humanos. *Cuadernos de Filosofía Latinoamericana*, 29 (98), 112-117.
- Sen, A. (2002). *El derecho a no tener hambre*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Suárez-Rodríguez, J. J. (2016). Sobre el problema del fundamento de los derechos fundamentales: una propuesta alternativa. *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, 25 (1).
- Torres Bardales, C. (2015). Fundamentos de la dignidad humana. En C. Torres Bardales. *Fundamentos filosóficos de la dignidad humana y su incidencia en los derechos humanos* (pp. 68-139). Lima: Universidad de San Marcos.
- Tumay, M. (2008). The “Margine of appreciation doctrine” developed by the case law of the european court of human righths. *Anakara Law Review*, 5 (2), 201-234.
- Weiss Angel, J. y Forero Muñoz, R. (2000). 3. Características de los derechos fundamentales. En J. Weiss Angel y R. Forero Muñoz, *Desarrollo jurisprudencial y perspectivas del derecho a la información* (pp. 37-50). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Wenar, L. (16 de junio de 2004). The Nature of Rights. *Philosophy & Public Affairs*, 223-252.



Esta obra se editó en Ediciones USTA,
Departamento Editorial de la Universidad Santo Tomás.
Se usó papel propalcote de 300 gramos para la carátula
y papel bond beige de 75 gramos para las páginas internas.
Tipografía de la familia Sabon.
Diciembre de 2018.