

4

Los derechos como  
cartas de triunfo

---



Autor: Blanca Stella Brunal. Exposición: "Colombia Imágenes y Realidades". Fundación Dos Mundos - OACNUDH

#### OBJETIVO

---

- Reflexionar sobre las diferencias y complementariedades que existen entre democracia y derechos fundamentales.

## PLANTEANDO EL PROBLEMA

---

Ordinariamente, nos hemos acostumbrado a asumir que derechos humanos y democracia son totalmente compatibles. A veces, hasta nos parece que lo uno y lo otro son como lo mismo: que inmediatamente se habla de democracia se está aludiendo a los derechos humanos, y viceversa.

Sin embargo, ambos responden a tradiciones bien distintas, que se intentan conciliar en el Estado Social de Derecho. La democracia, en principio, alude a una forma de tomar decisiones. Mientras que los derechos humanos, a un estatuto de protección del individuo contra los eventuales abusos de poder.

Las democracias basadas en derechos son bastante más elaboradas, por lo siguiente: cada vez que se adopta una decisión que no sea unánime, se protege un determinado interés y, de una u otra forma, se afectan aquellos intereses de las minorías o grupos derrotados. Y aún en el caso de decisiones que se tomen por unanimidad, a veces los intereses de los afectados son tangibles aunque no visibles, porque ellos no tienen representación en el Congreso (en condiciones normales e ideales, piénsese por ejemplo en los intereses de los grupos totalmente marginales, como habitantes de calle, pordioseros, etc., o hasta de ilegales, como ladrones, contrabandistas y similares).

Pero existe una línea delgada entre afectar intereses y conculcar derechos. Línea que es a cada rato cruzada: decisiones de las mayorías terminan restringiendo derechos de las minorías poco representadas, o sin capacidad de hacerse escuchar. Sólo así se comprende que instituciones como la esclavitud, el apartheid o la discriminación por género hayan pasado por el tamiz de la democracia.

Asumir los derechos como cartas de triunfo es una forma de voltear los términos de referencia, e insistir en que para una teoría de los derechos humanos, la única democracia que sirve es aquella que los garantiza. Porque frente a la posible tiranía de las mayorías sobre las minorías, y en especial sobre la llamada minoría radical o del individuo, los derechos humanos pueden operar como barrera o dique de contención.

## UN DILEMA PROPICIADOR

---

La historia que nos ocupa trata de una persona de tez negra, de sexo masculino, de aproximadamente 25 años, y aficionado a jugar al tenis. El se acababa de pasar a un barrio residencial que carece de cancha para practicar este deporte, lo que lo motiva a buscar soluciones para poder practicar cerca de su residencia.

Pasando volantes y haciendo asambleas vecinales, logra conformar un grupo de 30 personas dispuestas a comprar y adecuar el terreno. Cada uno de ellos está dispuesto a entregar un millón de pesos, y a cambio se conformará una asociación privada en donde cada persona tendrá un voto igual al de los demás. Para probar su entera disposición a sacar adelante el proyecto, nuestro personaje no sólo entrega su millón de pesos, como lo hacen los demás, sino que adicionalmente regala otro millón de pesos para garantizar una buena malla en la cancha.

Construida la cancha, y cercano el día de la inauguración, los 31 socios deciden hacer una asamblea general para determinar las reglas de uso de la asociación. Nuestro amigo concurre animoso, pero pronto descubre que es muy fácil pasar de la dicha al llanto: 25 de los miembros se encargan inicialmente de hacer aprobar una disposición mediante la cual las decisiones se adoptarán democráticamente, mediante el voto de la mitad más uno de los asistentes. Posteriormente, someten a votación una proposición que determina que los hombres de raza negra, entre los 23 y los 35 años, no pueden hacer uso de la cancha, la cual es acogida por 25 miembros con voto, rechazada por uno y votada en blanco por 5. Finalmente, acogen una última disposición mediante la cual se establece que ninguno de los miembros fundadores puede retirar su dinero, ni puede excluirse de los deberes para con la asociación durante cinco años. Cuando él protesta airadamente, le dicen que para eso estamos en una democracia.

Nuestro personaje acude ante el grupo, para que le ayuden a solucionar la situación. Para ello, se requiere la confección de un alegato de unas dos cuartillas, en donde se presente la argumentación del grupo en torno a la posible vulneración a los derechos de esta persona, y los mecanismos mediante los cuales deberían ser respetados.

### REITERAR LA CONSIGNA

El ejercicio busca confrontar el estereotipo simple de la democracia (decisión por mayorías) con la necesidad de garantizar derechos fundamentales.

Por ello, el tallerista debe buscar no sólo la opinión de los grupos frente a la situación planteada (que es la generalidad), sino insistir en que en cada uno de ellos se discuta cuáles son los límites que debe imponérsele a las mayorías en relación con derechos de las minorías afectadas, y ensayen a construir mecanismos concretos que sirvan para defender derechos en estos eventos.

Para la discusión, es importante reiterar el carácter privado de la asociación. Incluso, puede animarse al grupo a que considere las

dos situaciones: qué pasaría si la asociación es un grupo de amigos y qué si se trata de un organismo oficial.

Otra idea puede ser anular las salidas generales. Por ejemplo: afirmar que no sirve con decir: corresponde tutelar. Sería necesario dar elementos propios de por qué funcionaría esta tutela: cuáles son los argumentos que debería adoptar un juez para obligar a una asociación privada a volver sobre sus propias decisiones, aparentemente autónomas. ¿Podría este mismo juez orientar un tipo de decisión diferente, o solamente anular la que ya se tomó? ¿Debería elaborarse una especie de declaración que dijera: los miembros de las asociaciones privadas no pueden tomar decisiones que discriminen en razón de sexo o raza? ¿Y ella sería aplicable a las mismas razas marginadas, que buscaran impedir que en sus grupos no entren los llamados blancos, hablando de negros?

#### EL SENTIDO DEL DEBATE

El centro de la preocupación estriba en resaltar lo que algunos autores llaman los derechos como cartas de triunfo. El símil es bonito, porque indica gráficamente el rol que cumplen ciertos naipes en un juego de barajas. Por ejemplo, el as pasa por encima de la jota, del tres o del cinco.

Lo que no quiere decir, por supuesto, que los derechos fundamentales impidan el desarrollo de la democracia en tanto sistema para la toma de decisiones. Pero sí la limitan y la condicionan.

El quid del asunto está en poder determinar los presupuestos desde los cuales el sistema de mayorías puede o no afectar los derechos de las minorías. Si se impide esta acción en todos los casos, es evidente que la democracia quedaría prácticamente paralizada. Pero si se autoriza para cualquier situación, los derechos de las minorías serían simplemente formales.

Algunos criterios que pueden proponerse por el tallerista, apuntan a las características de los sujetos afectados: considerar, por ejemplo, el caso de la protección a poblaciones vulnerables, como niños, ancianos o minusválidos. En dicho evento, la argumentación tendería a resaltar cómo ciertas personas tienen una protección extra en sus derechos, y por ello cuando algunas medidas los afecten deberá ser mayor el cuidado que se tenga al determinar si las medidas adoptadas democráticamente se sustentan. Dicho juicio debería llevar a determinar si efectivamente los derechos de estas personas operan como cartas de triunfo, y en consecuencia anulan las decisiones que los afectan, o no, y ellas se mantienen firmes.

Igual consideración puede hacerse en torno a aquellas categorías llamadas sospechosas, por cuanto han servido para establecer históricamente discriminaciones. Nos referimos, por ejemplo, a sexo, raza, género, condición política o religiosa. Así, si las medidas buscan afectar sujetos basados en esta clase de consideraciones, el juicio que se haga deberá ser igualmente cuidadoso, para evitar discriminaciones. Lo que no quiere decir que en estas materias no puedan existir distinciones. Luego, el problema es determinar cuándo estamos en presencia de una distinción, o incluso de una acción afirmativa que busque mejorar la situación de sujetos anteriormente marginados o excluidos por estas condiciones, y cuándo estamos frente a una discriminación. En este último caso, nuevamente los derechos funcionarían como cartas de triunfo.

Finalmente, es bueno también resaltar aquellos eventos en los cuales las decisiones de mayorías suelen tener mayor amplitud, y el ámbito de posible vulneración de los derechos fundamentales es más débil por la materia sobre la cual versa. El caso que nos ocupa es un buen ejemplo, por cuanto tradicionalmente se espera que en la actividad privada aspectos como la igualdad operen diferente a como operan en la esfera de lo público. Por ejemplo, en una empresa familiar yo no estoy obligado a actuar por meritocracia, y puedo darle el puesto a un hermano, a pesar de que otro empleado considere o pruebe que está mejor capacitado. Esto sería inadmisibles en el caso de tratarse de empleados públicos.

### NOTAS PARA EL CIERRE

---

Si bien la consigna de que los derechos funcionen como cartas de triunfo es bastante sugestiva, no es tan fácil ponerla en aplicación.

Por ello, el facilitador debería propiciar, al cierre, la creación de otros ejemplos en donde decisiones de mayorías afecten gravemente derechos de individuos o grupos marginales o escasamente representados. Para ello, conviene recordar los ya citados (segregación racial, esclavitud, discriminación en razón del género) y preguntarse sobre ejemplos modernos en donde esas minorías luchan por el reconocimiento de sus derechos, sin que aparentemente nos afecte su búsqueda por no adecuarse a nuestros estereotipos (situación de parejas homosexuales, transexuales en el mundo laboral, mujeres en el ejército, etc.).

## LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Prólogo de A. Calsamiglia a Los Derechos en Serio, de Ronald Dworkin. Ed. Planeta - Agostini. Barcelona, 1993, extractos de las páginas 16 a 20:

La filosofía jurídica de Dworkin está fundamentada en derechos individuales. Ello significa que los derechos individuales –y muy especialmente el derecho a la igual consideración y respeto– son triunfos frente a la mayoría. Ninguna directriz política ni objetivo social colectivo puede triunfar frente a un auténtico derecho.

La filosofía política de Dworkin es antiutilitarista e individualista. En la base de las teorías utilitaristas se encuentran fines colectivos a los cuales se deben subordinar los derechos individuales. Bentham –desde su específica perspectiva utilitarista– afirmó que la idea de unos derechos naturales individuales era un disparate en zancos. Dworkin rechaza el utilitarismo porque no se toma en serio los derechos y se alinea en esa dirección de pensamiento que opone al utilitarismo una auténtica teoría de los derechos. El planteamiento de Dworkin es cercano al pensamiento de Stuart Hampshire. Este autor en un libro reciente ha sostenido que durante décadas el utilitarismo ha sido una doctrina progresiva que ha facilitado y promovido la sociedad del bienestar, pero en los últimos tiempos se ha convertido en un serio obstáculo para el progreso moral. Dworkin sostiene que los objetivos sociales sólo son legítimos si respetan los derechos de los individuos. Una verdadera teoría de los derechos debe dar prioridad a los derechos frente a los objetivos sociales.

Introducción a Los Derechos en Serio. Ronald Dworkin. Ed. Planeta- De Agostini. Barcelona. 1993. Extractos de las páginas 36 y 37:

Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio. Por cierto que una caracterización tal de un derecho es formal, en el sentido de que no indica qué derechos tiene la gente, ni garantiza siquiera que tengan alguno. Pero no supone que los derechos tengan ningún carácter metafísico especial, y la teoría que defendemos en estos ensayos se aparta, por ende, de otras teorías de los derechos más antiguas, que se apoyan efectivamente en tal suposición.

La teoría exige un vocabulario capaz de establecer distinciones entre los diferentes tipos de derechos que tienen los individuos. En el capítulo 4 se propone un vocabulario tal. La más importante de las distinciones que allí se hace es la que se establece entre dos formas de derechos políticos: los dere-



## LECTURAS COMPLEMENTARIAS

chos básicos, que son derechos válidos de manera abstracta contra las decisiones tomadas por la comunidad o la sociedad como tales, y los derechos institucionales más específicos, que son válidos contra una decisión tomada por una institución específica. Se puede, pues, identificar los derechos legales como una especie distinta de un derecho político, esto es, como un derecho institucional a la decisión de un tribunal en su función judicial.

En la jurisprudencia constitucional: el concepto de derechos como cartas de triunfo frente a las posiciones o intereses de la mayoría fue aplicado y desarrollado en la sentencia donde se revisó la constitucionalidad del uso obligatorio del cinturón de seguridad en automotores. Uno de los argumentos expuestos por los defensores de la medida era el de la disminución en los índices de mortalidad en los accidentes de tránsito, y la concordante disminución en el gasto de los dineros públicos con las atenciones médicas que pueden ser evitadas. Es decir, había una especie de cálculo utilitarista: “la pérdida de vidas o de la capacidad productiva de quienes no utilizaron este dispositivo de seguridad pueden ser consideradas disminuciones del bienestar colectivo, en la medida en que la contribución de esas personas al aumento de la riqueza nacional se aminora sensiblemente”<sup>5</sup>. Aun cuando la Corte terminó decidiendo la constitucionalidad de la norma (al considerar que no obstante ser una medida de protección de la propia persona, no invade el núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad), desarrolló tesis interesantes en torno al tema de los derechos como cartas de triunfo:

Para la Corte, en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales fundamentales, como la libertad y la autonomía personales, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como el aumento de la producción nacional o la protección de la financiación de la seguridad social, debe el juez constitucional dar una prevalencia *prima facie* a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta de derechos. Este criterio hermenéutico es necesario, tal y como esta Corporación ya lo ha reconocido en anteriores decisiones<sup>6</sup>, pues no puede darse preferencia a los intereses de la mayoría y al bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, con el deleznable argumento de que el derecho individual es particular, y el interés general *prima* siempre sobre el particular, pues se estaría anulando el mandato del artículo 5º de la Carta, según el cual el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona.

Los derechos constitucionales no pueden entonces ser disueltos en un cálculo utilitario sobre el bienestar colectivo, ni pueden estar sometidos al criterio de las mayorías, ya que esos derechos son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo. Esto significa que, como lo reconoce la doctrina y lo ha establecido la jurisprudencia de esta

5 Sentencia C-309 de 1997

6 Ver, entre otras, las sentencias C-606/92, C-221/94, C-350/94 y T-669/96



## LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Corporación, los derechos fundamentales son verdaderas cartas de triunfo contra el bienestar colectivo pues “condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías –y a esas minorías radicales que son las personas– de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas”<sup>7</sup>. Por ello debe entenderse que el respeto de esos derechos es un componente integrante del interés general, tal y como esta Corporación lo había señalado, cuando dijo al respecto:

“Por esta razón, no basta ya con que el legislador argumente la necesidad de proteger al interés general para restringir el ejercicio de un derecho. El interés general es un concepto vago e impreciso que requiere de una determinación concreta, probada y razonable. Si esto no fuera así, quedaría en manos del poder público limitar el alcance de los derechos fundamentales, mediante una reglamentación tal que la regla general de libertad se convierta, de hecho en la excepción.

En el texto constitucional colombiano, el interés general, definido por el legislador se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental. En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general.

Por consiguiente, la Corte concluye que no es posible admitir que el aumento del bienestar colectivo o la protección de los recursos económicos de la seguridad social sean razones en sí mismas suficientes para imponer coercitivamente a las personas obligaciones relacionadas con el cuidado de su salud, ya que de esa manera se estarían legitimando medidas claramente contrarias a la libertad y dignidad de las personas. Es más, la Corte estaría abriendo el camino a una sociedad totalitaria”<sup>8</sup>.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-350/94 MP Alejandro Martínez Caballero.

8 Corte Constitucional. Sentencia C-606/92. MP Ciro Angarita Barón