

Imprimir

Era lógico, incluso era natural que no hubiesen llegado a darse cuenta de que les habían suspendido sus derechos: “(...) No teniendo los ciudadanos de este país la saludable costumbre de exigir el cumplimiento regular de los derechos que la constitución les otorgaba, era lógico, incluso era natural que no hubiesen llegado a darse cuenta de que se los habían suspendido. Se imponía, por consiguiente, la implantación de un estado de sitio en serio, que no fuese sólo una cosa de apariencias, con toque de queda, cierre de salas de espectáculos, intensivas patrullas de fuerzas militares por las calles, prohibición de reuniones de más de cinco personas, interdicción absoluta de entradas y salidas de la ciudad (...)” Ensayo sobre la lucidez. José Saramago.

En estos tiempos pandémicos y de facultades extraordinarias otorgadas a los gobiernos, no sólo han quedado al desnudo y de cuerpo entero situaciones socioeconómicas de pobreza extrema y desatención debida a muchas personas en correlato con una opulencia exacerbada y reducida a magnates multimillonarios. También, se evidencia en medidas políticas y normativas preocupantes; entre éstas últimas, unas que son consideradas propias del ámbito académico y experto sobre derechos fundamentales, como su concepto de rigor, contenido o núcleo esencial, limitaciones, restricciones, suspensiones, supresiones o eliminación. Son asuntos dogmáticos importantes que existen con toda su relevancia en la vida cotidiana de todas las personas, como derechos determinados por la dignidad y los principios de autonomía, ciudadanía y solidaridad, que vincula e irradia. Resulta entonces necesario y conveniente abordar su atención, comprensión y seguimiento. Hay que hacer por lo menos el ensayo o intentarlo.

La dignidad humana fundamenta la Constitución y los derechos fundamentales que son la concreción normativa de los derechos humanos que prevalecen en el ordenamiento, lo que se constata con la simple vista de los preámbulos y principios fundamentales, así como en las finalidades esenciales y limitaciones al ejercicio del poder, para que este sea legítimo y debido. En los tiempos presentes resultó de especial relevancia la restricción suspensiva y discriminatoria del derecho fundamental de locomoción autónoma a un grupo etario de

personas mayores, lo que después de solucionado provisionalmente, mediante una orden constitucional de tutela, se le adicionó un subsiguiente Decreto reglamentario que reitera esta vez en su motivación expresa un relativismo jurisprudencial en derechos con el enunciado de que los derechos fundamentales no son absolutos, sin excepción ninguna.

Como sabemos, los gobiernos restringieron el ejercicio de la libertad de circulación con confinamiento obligatorio. En el caso de las personas mayores fue más severo, el presidente colombiano manifestó que era por el “máximo cuidado piadoso con los viejitos” -por demás, trato cultural y social diminutivo, que genuinamente es propio de la expresión cariñosa en el ámbito familiar a quienes tienen esa condición consanguínea-. Esta denominación de efectiva minusvalía se contrarrestó magistralmente con la de las canas por parte de uno de nuestros grandes directores y realizadores de cine y televisión en un artículo de opinión de buen impacto titulado *Que nos encanen*¹ por el cual se convocó a una protesta ciudadana en la que se pudo manifestar nuestra simbólica indignación² -incluso así no cumpliéramos la séptima década (escalón, piso o avenida) y no tuviéramos canas y sí calva bien protegida con cachucha-. En ella se observó a título de protesta pública que se trataba de una medida abusiva y discriminatoria de derechos fundamentales que está prohibido suspender, inclusive en estados de excepción y emergencia.

El asunto como se puede constatar, se motivó en que los mayores son altamente vulnerables -lo que es cierto y requiere de especial protección y cuidado-, y que por tanto, para los de más de 70 años se decretaba “aislamiento obligatorio” y, para “el desarrollo de actividades físicas y de ejercicio al aire libre de los adultos mayores de 70 años, sólo podían hacerlo tres (3) veces a la semana, una (1) hora al día”. Con autorización de salidas especiales para atender necesidades básicas de salud y alimentación, que incluían por supuesto la de ir a los bancos, preferiblemente con custodia como cualquier declarado interdicto sin sentencia judicial, por unas fechas renovables a término indefinido y condición incierta, de quién sabe cuándo, incluida la ciencia y los laboratorios.

Unos reconocidos personajes públicos mayores lograron la protección constitucional de tutela que ordenó la suspensión de la violación. Amparo que se extendió al conjunto de la población

etaria en segunda instancia del tribunal³, y que tuteló en principio la libertad de “controlar su salud y su cuerpo en la manera que mejor le pareciera, de acuerdo con su autonomía y autodeterminación, y en todo caso, sin vulnerar derechos ajenos”, evidenciando que la norma reglamentaria vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación y dignidad humana. También constató la falta de justificación legítima –los derechos fundamentales son constitucionalmente insuspendibles hasta en los Estados de excepción, puesto que, como lo establece el Art. 214-24. C.P. Colombia: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Normativa que constituye una limitación constitucional del ejercicio legítimo del Estado social de derecho. Además de la violación, la medida se calificó como no importante, no imperiosa, inadecuada e innecesaria; a saber:

Quedó demostrado que la diferenciación contenida en tales normas para que los adultos mayores de 70 años pudieran desarrollar actividades físicas y ejercicio al aire libre durante un periodo menor de tiempo, en relación con las personas entre los 18 y 69 años, no tuvo una justificación legítima, importante, imperiosa, adecuada y necesaria, en tal medida, con la decisión allí contenida se vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación y dignidad humana de los accionantes, en su condición de personas adultas mayores de 70 años. (subrayado fuera de texto)”, salvaguardando los derechos constitucionales fundamentales de los accionantes y otorgando efectos “inter comunis” a todos los mayores de 70 años, en condiciones objetivas similares”.

Ahora, en el Decreto reglamentario del Mininterior N° 1168 de 20205 que ordenó la justicia constitucional, se busca remediar la situación con limitaciones de “mantenimiento del orden público y se decreta el aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable” para << Todas las personas >> debiendo “cumplir con los protocolos de bioseguridad de comportamiento del ciudadano en el espacio público (...) [y] atender las instrucciones [vinculadas y que] adopte o expidan los diferentes ministerios y entidades del orden nacional, cumpliendo las medidas de aislamiento selectivo y propendiendo por el autoaislamiento. (...)>>

En su motivación el gobierno cita un extracto de la sentencia T-483 del 8 de julio de 1999 - que probablemente es *línea topográfica constitucional jurisprudencial* en materia de límites válidos al derecho fundamental de circulación- que justifica su limitación: Mediante medidas necesarias e indispensables; que prevengan el delito, sean en interés, salud, moral y seguridad públicos y respeten los derechos y libertades de todas las personas. Restricciones que deben ser compatibles con el ejercicio de los demás derechos fundamentales; “acorde con los criterios de necesidad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad”; y sin limitaciones arbitrarias, que no “tengan la debida justificación, a la luz de los principios, valores, derechos y deberes constitucionales”.

Y a párrafo subsiguiente, lo preocupante, como lo advertimos y que seguramente fue fundamento de la “piadosa violación” y de eventuales situaciones por venir, cita como motivo general que, <<Los derechos fundamentales no son absolutos>> sin excepción ninguna, con un extracto jurisprudencial constitucional de la Sentencia C-045 de 19966, sin advertir ni probar que es una definición establecida por línea jurisprudencial consolidada, propio del máximo rigor exigido a este tipo de citas de sentencias de constitucionalidad (C). Fallo que tiene como Magistrado Ponente: V. Naranjo Mesa -a quién gracias a su ponencia sobre la Ley Estatutaria de la Justicia, logró la legítima y válida eliminación de la denominación del título Recursos Humanos, fundado en que los seres humanos no son recursos por ser seres de dignidad-. Contiene en su sumario inicial la citada formulación relacionada con el concepto vinculante de inviolabilidad y universalidad de los derechos. Corresponde a la <<Revisión constitucional del Decreto 1902 del 2 de noviembre de 1995, “por el cual se toman medidas en materia de información [por demás, no de circulación] y se dictan otras disposiciones”.

En el extracto citado (ver sentencia en vínculo web de nota al final), se expresa que no existen “derechos ni libertades absolutos”, porque son limitables dentro de la convivencia pacífica y podrían “pasar por encima de los derechos de los demás”, haciendo “la coexistencia y la igualdad” inoperantes. Que, además, por homología y “en aras de la proporcionalidad sujeto-objeto, este último sea también limitado. ¿Cómo podría un sujeto finito y limitado dominar jurídicamente un objeto absoluto?” y que en “consenso racional y

jurídico (...) no pueden ser ilimitadas, sino que deben ajustarse al orden público y jamás podrán sobrepasar la esfera donde comienzan los derechos y libertades de los demás”.

Eso sí advirtiéndolo que: “Una cosa es que los derechos fundamentales sean inviolables, y otra muy distinta es que sean absolutos. *Son inviolables, porque es inviolable la dignidad humana*”, y su *núcleo esencial (...) constituye la humanidad del sujeto de derecho, su racionalidad*, [que es inalterable e intangible]. Pero el hecho de predicar su inviolabilidad no implica de suyo afirmar que los derechos fundamentales sean absolutos (sic), pues lo razonable es pensar que son *adecua bies* [“adecuados al sesgo”] a las circunstancias. Es por esa flexibilidad que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona (sic). De ahí que puede decirse que tales derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial ‘es’ intangible. Por ello la Carta Política señala que ni aún en los estados de excepción se “suspenden” los derechos humanos (...) cuando se afecta el núcleo esencial de un derecho fundamental, éste queda o violado o suspendido.>> (subrayado fuera de texto)

Formulaciones⁷ que ameritan consideraciones puntuales una por una, pero dada la característica de este espacio, en forma general, enunciativa y ejemplarizada, se limita aquí a lo siguiente:

Los derechos fundamentales son universales (Ddff) y algunos absolutos. Son a su vez históricos, ineliminables, insuspendibles: limitables y restringibles.

Son universales, es decir de todas las personas sin excepción ninguna, y *algunos* son absolutos, puesto que en estricto rigor existen por sí mismos, sin relación y condición de otros, y por supuesto son inviolables. No están referidos a la absolutez que se ha predicado a reyes y su absolutismo ni a divinidades, y repugna con la relatividad cierta de las verdades no absolutas. Desde lo etimológico y en estricto rigor, nos referimos a las acepciones de:

<<1. adj. Independiente, ilimitado, que excluye cualquier relación.2. adj.(...)Terminante, decisivo, categórico.3. adj. Entero, total, completo. (...)

6. adj. Fil. Que existe por sí mismo, incondicionado. U. t. c. s. m.>>Rae: 8 Desde la ejemplarización, absoluto son realidades del tipo nacer y morir, existencia de cielo, mar y tierra, rotación y traslación, día y noche, y por supuesto, mientras existan.

En materia de derechos fundamentales y como lo propio e inescindible de la legitimidad y debido ejercicio del poder de un Estado social y democrático, inclusive el demoliberal conservador de derecho contemporáneo, como se ha anunciado: Son derechos que en absoluto, ni siquiera en estados de excepción y de emergencia, se pueden suspender al afectar su núcleo esencial y menos, suprimir o eliminar.

De los derechos no suspendibles ni eliminables en absoluto, se ejemplariza la vida en su integridad: son condición esencial de las personas en su existencia autónoma y no se pueden violar ni siquiera por partes, lo que se agrava cuando se trata de delitos de lesa humanidad. Tienen por sí mismos existencia y encarnan la dignidad humana. Torturas de a poquitos ya se han justificado, por ejemplo, en sede del imperio en su obligado accionar contra el terrorismo. Pero una cosa es que los delitos existan ilegalmente por comportamientos criminales y otra es que el Estado mismo al relativizar ddff absolutos, inalterables e intangibles, justifique, promueva y ejerza su violación, torturando.

Por supuesto, que son limitables o restringibles, como las libertades, más no es legítimo ni constitucional suspenderlos afectando su contenido esencial de tal manera que no puedan ejercerse sin desnaturalizarse, que la misma jurisprudencia advierte. Otros entran en excepcional tensión como los derechos fundamentales de la niñez con los de la mujer, en los casos previstos y resueltos por la jurisprudencia constitucional de ddhh sin consideraciones ético-confesionales. Tampoco, eliminarse o suprimirse que es lo propio de las dictaduras nazi y fliares, de las que existen registros notorios y a pesar e incluso odio del negacionismo.

Que son históricos, por supuesto también. Cómo lo sabemos, los derechos fundamentales vistos en su historicidad se han ido inventando y construyendo, en las luchas por la dignidad, y una vez constituidos se prohíbe su regresividad e irreductibilidad. Empezando por la misma vida en las tablas del mandamiento bíblico con el No matarás y en otros registros que

incluyen la Historia de los ddhh de Unesco (s. a, ni fecha).

Se concluye aquí observando que es sorprendente y deplorable que a la fecha de nuestros tiempos *“la vida siga matándose en primavera”*, incluso la de las personas en la niñez de los primeros años y en la mayor adultez, próxima al final definitivo de la primavera y naturalmente involuntario. Que el derecho a no tener hambre no esté ni siquiera reconocido normativamente como derecho fundamental y que los mínimos vitales, sin renta básica universal alguna, procedan sólo para quienes tengan su amparo previamente asegurado. Lo mismo, con los derechos colectivos y ambientales, que aún no se han instaurado normativamente como fundamentales y no obstante sus avances jurisprudenciales y como si no fuera esencial que el individuo existiera en colectividad y necesitara del agua y el aire para vivir.

Y esto, aquí limitado a su reconocimiento normativo constitucional, su vincularidad obligatoria y materialidad por parte del Estado y del deber de las personas. No, al reconocimiento y aplicación apenas a medias y a la integralidad debida en todos los derechos y para todas las personas sin excepción. Carlos Perdomo-Capcast 20b

Adenda. Notas al final. Ver enlaces web:

1 <https://www.elespectador.com/opinion/que-nos-encanen/>

2 <https://www.noticiasuno.com/nacional/fueron-pocos-a-la-marcha-de-las-canas-pero-se-hicieron-oir-fuerte/>

3 <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://www.wradio.com.co/docs/202008mar1602e53.pdf>

4 Cap.6. Estados de excepción. Tit. VII. De la Rama Ejecutiva

5 <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201168%20DEL%2025%20DE%20AGOSTO%20DE%202020.pdf>

6 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-045-96.htm>

7 ANEXO. Extractos relevantes. Decreto Reglamentario. Ministerio del Interior N° 1168 DE 2020 .Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVIO - 19, y el mantenimiento del orden público y se decreta el aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable. El PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en ejercicio de las facultades Constitucionales y legales en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 189, artículos 303 y 315, de la Constitución Política de Colombia, y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016, CONSIDERANDO (...)

Corte Constitucional en sentencia T-483 del 8 de julio de 1999 lo estableció en los siguientes términos: “El derecho fundamental de circulación puede ser limitado, en virtud de la ley, pero sólo en la medida necesaria e indispensable en una sociedad democrática, con miras a prevenir la comisión de infracciones penales, proteger el interés público, la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral públicas, o los derechos y libertades de las demás personas, y en cuanto a la restricción sea igualmente compatible con el ejercicio de los demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Pero, como lo ha sostenido la Corte, toda restricción de dicho derecho debe estar acorde con los criterios de necesidad, racionalidad, proporcionalidad y finalidad; no son admisibles, por lo tanto, las limitaciones que imponga el legislador arbitrariamente, esto es, sin que tengan la debida justificación, a la luz de los principios, valores, derechos y deberes constitucionales”. (La negrilla fuera del texto original).

Que la honorable Corte Constitucional en Sentencia C-045 de 1996, al pronunciarse sobre el orden público, manifestó:

“5.1 Los derechos fundamentales no son absolutos. Como lo ha señalado esta Corporación en derechos ni libertades absolutos. La razón de ello estriba en la necesaria limitación de los derechos y las libertades dentro de la convivencia pacífica; si el derecho de una persona fuese absoluto, podría pasar por encima de los derechos de los demás, con lo cual la coexistencia y la igualdad serían inoperantes. También cabe resaltar un’ argumento homológico, lo cual exige que, en aras de la proporcionalidad sujeto-objeto, este último sea también limitado. ¿Cómo podría un sujeto finito y limitado dominar jurídicamente un objeto absoluto?

En el consenso racional y jurídico cada uno de los asociados, al cooperar con los fines sociales, admite que sus pretensiones no pueden ser ilimitadas, sino que deben ajustarse al orden público y jamás podrán sobrepasar la esfera donde comienzan los derechos y libertades de los demás.

Ahora bien, cabe hacer una distinción con fundamento en la realidad jurídica: Una cosa es que los derechos fundamentales sean inviolables, y otra muy distinta es que sean absolutos. Son inviolables, porque es inviolable la dignidad humana: En efecto, el núcleo esencial de lo que constituye la humanidad del sujeto de derecho, su racionalidad, es inalterable. Pero el hecho de predicar su inviolabilidad no implica de suyo afirmar que los derechos fundamentales sean absolutos, pues lo razonable es pensar que son adecuados a las circunstancias. Es por esa flexibilidad que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. De ahí que puede decirse que tales derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial ‘es’ intangible. Por ello la Carta Política señala que ni aún en los estados de excepción se “suspenden” los derechos humanos y que, en todo caso, siempre se estará de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario. Se deduce que cuando se afecta el núcleo esencial de un derecho fundamental, éste queda o violado o suspendido. (...)

Que por lo anterior y dadas las circunstancias y medidas de cuidado para preservar la salud y la vida, evitar el contacto y la propagación del Coronavirus COVID-19, es necesario decretar medidas de aislamiento selectivo y distanciamiento individual responsable para todos los

habitantes de la República de Colombia, de acuerdo con las instrucciones que se impartirán para el efecto.

En mérito de lo expuesto, DECRETA

Artículo 1. Objeto. El presente Decreto tiene por objeto regular la fase de Aislamiento Selectivo y Distanciamiento Individual Responsable que regirá en la República de Colombia, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del nuevo Coronavirus COVID 19.

Artículo 2. Distanciamiento individual responsable. Todas las personas que permanezcan en el territorio nacional deberán cumplir con los protocolos de bioseguridad de comportamiento del ciudadano en el espacio público para la disminución de la propagación de la pandemia y la disminución del contagio en las actividades cotidianas expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social. Así mismo, deberán atender las instrucciones que para evitar la propagación del Coronavirus COVID - 19, adopte o expidan los diferentes ministerios y entidades del orden nacional, cumpliendo las medidas de aislamiento selectivo y propendiendo por el autoaislamiento. (...)

8 <https://dle.rae.es/absoluto>

Carlos Perdomo-Capcasta, Abogado docente en derechos humanos y derecho público. Autor de Derechos fundamentales a medias e integralidad. Premio mejor investigación en ddhh. Defensoría del Pueblo. Colombia, 11.

https://issuu.com/carlosperdomoc/docs/derfundamentales_1_ (En proceso de segunda edición).

¿Qué los derechos fundamentales se pueden suspender a nombre de restricciones del orden público y que ninguno es absoluto?

Foto tomada de: <https://www.eltiempo.com/>