Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

2. Los derechos humanos como límite a la democracia

El derecho de los hombres debe mantenerse como cosa sagrada por grandes que sean los sacrificios del poder dominante.

Kant, *Sobre la paz perpetua,* Madrid, Tecnos, 2003

2.1. Introducción

En un reciente artículo titulado "Terrorismo y derechos humanos",[27] Ronald Dworkin se pregunta por la justificación moral de la tortura. Se plantea el caso de un gobierno que acude a dicha práctica para enfrentar una amenaza terrorista. Luego de una clarificación conceptual sobre lo que debemos entender por derechos humanos y de discutir cuándo se presenta una violación de los mismos, Dworkin rechaza la tortura como medio para asegurar objetivos políticos, intereses colectivos y derechos de otros.[28] Para este influyente filósofo del derecho, los dere-

[27] Dworkin, Ronald, *Is Democracy possible here?*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2006, pp. 24-51.

[28] El análisis de Dworkin abarca igualmente las medidas de lucha contra el terrorismo, adoptadas por el legislativo y validadas algunas por los jueces estadounidenses luego del 11 de septiembre de 2001. Entre esas medidas extremas están la detención indefinida, la investigación y juzgamiento por tribunales especiales, el desconocimiento de los cargos por los que se es acusado o la imposibilidad de apelar las decisiones tomadas.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

chos humanos son derechos morales especiales que no pueden ser desconocidos en la persecución de bienes colectivos o fines políticos. Según Dworkin, los derechos humanos encuentran su fundamento en dos principios de la dignidad humana: el del valor intrínseco de la vida humana y el de la responsabilidad personal en la realización de dicho valor en la propia vida.[29] Estos dos principios se concretan en un derecho humano fundamental: el derecho a ser tratado según una cierta actitud; una actitud que expresa el entendimiento de que cada persona es un ser humano cuya dignidad importa.[30] Aceptar tales principios supone colocarle límites a las actuaciones de un gobierno, grupo o persona. La legitimidad de aquellas depende directamente del respeto de dichos principios.

La reflexión de Dworkin nos sirve para introducir el tema del fundamento de los derechos humanos como límite de la democracia y su relación con la situación actual en Colombia. Recientemente el presidente de la República, al referirse a los nexos entre políticos y paramilitares, sostuvo: "[...] Uno confía en que la justicia diga en qué casos las relaciones de 'paras' con políticos, de políticos con 'paras', de políticos con guerrilla, ha sido por coacción insuperable, en qué casos por razones humanitarias, en qué caso con el ánimo de delinquir".[31] Al igual que en el caso de las medidas antiterroristas estadounidenses, la alianza 'paras' y políticos en Colombia podría verse justificada —según el presidente Uribe— "por coacción insuperable". Tal coacción insuperable se daría en el caso del accionar de grupos guerrilleros en zonas del país donde la ausencia o precariedad de las instituciones estatales habrían llevado a los residentes en esas zonas a adoptar medidas de "autodefensa", que incluyeron el combate activo a la subversión. Pero también se presentaría cuando los paramilitares fuerzan a los políticos a aceptar sus condiciones para poder ejercer la política en sus zonas de influencia.

En el presente capítulo pretendo analizar las consecuencias de la tesis de la coacción insuperable. Ello es un aspecto clave

[29] Dworkin, Ronald, *Is Democracy possible here?..., cit.*, p. 32.

[30] *Ibidem*, p. 35.

[31] *El Tiempo*, 3 abr 2007, pp. 1-4.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

para responder la pregunta por el fundamento de los derechos humanos como límite a las decisiones democráticas mayoritarias.[32] De triunfar la tesis presidencial, quienes se aliaron y apoyaron las actividades paramilitares —consistentes en masacres, desplazamiento colectivo, apropiación ilegal de tierras, homicidio, secuestro y extorsión—, habrían actuado bajo causal de justificación; no serían, por tanto, responsables penalmente del delito de concierto para delinquir del que se les sindica. Planteada a un nivel de abstracción mayor, la pregunta que debemos respondernos es si la persecución de la paz y la reconciliación justifican moral y jurídicamente las actuaciones de políticos y paramilitares en situación de necesidad extrema ante la ausencia del Estado y la amenaza de la subversión.

Mi respuesta al anterior interrogante es negativa. Los derechos humanos limitan el ámbito de posibilidades políticas. Esto significa que no todo está a disposición de la voluntad de las mayorías. Existen aspectos y materias vedadas al querer popular, y eso, excluido de la libertad de configuración de los órganos políticos, tiene prioridad epistémica. De otra forma, el tipo de sociedad en que viviríamos sería abominable. Para sustentar esa conclusión desarrollaré mi tesis en tres apartes. Primero presentaré una teoría que adopta las emociones morales como fundamento de los derechos humanos. En un segundo aparte mostraré cómo es posible defender la objetividad en la teoría de los derechos humanos fundada en las emociones morales como guía de la decisión judicial. Finalmente, mostraré cómo la defensa presidencial de la tesis de coacción insuperable desconoce los límites que imponen los derechos humanos a las decisiones mayoritarias. Tal defensa se revela como moralmente injustificable y jurídicamente errada, puesto que se basa en una concepción del ejercicio del poder que no se compadece con el avance de la doctrina de los derechos humanos en el mundo contemporáneo.

[32] Es sabido que la Ley de Justicia y Paz fue aprobada por el Congreso de la República —no sabemos aún con cuanto respaldo de congresistas aliados con paramilitares— y validada por la Corte Constitucional mediante sentencia de constitucionalidad condicionada.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

2.2. Las emociones morales como fundamento de los derechos humanos

Los derechos son posiciones normativas para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes.[33] Las personas se sirven de argumentos, *i. e.*, de razones, para obtener el reconocimiento y la realización de posiciones frente a otros. La razón es el medio por el cual se canalizan las demandas de reconocimiento de lo que para ellas es valioso. Pero son las emociones morales, entendidas como estados intencionales,[34] *i. e.*, actitudes con contenidos proposicionales, el fundamento de los derechos.[35]

La anterior definición de los derechos es lo más abstracta posible. Pretende desprenderse de concepciones teológicas, racionalistas o naturalistas, así como de posiciones escépticas que rechazan la idea misma de los derechos.

Por concepciones teológicas de los derechos humanos me refiero al intento recurrente de filósofos como Locke o Finnis de fundamentar la existencia de derechos humanos en una voluntad divina, entidades metafísicas o valores absolutos. Por otra parte, la más sofisticada concepción racionalista de los derechos la presenta Kant en su defensa del derecho humano por excelencia: el derecho a la libertad. No obstante, su concepción de los derechos se queda corta frente a las demandas por el reconocimiento de derechos positivos o de prestación, que se impondrán con el advenimiento de la sociedad industrial. No solo los derechos de abstención sino el acceso a los servicios públicos y al bienestar son reivindicados como derechos humanos. La senda racionalis-

[33] Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales...*, *cit.*, p. 298.

[34] Sobre el punto véase *infra*, I. 2. Una buena introducción a la filosofía de la mente se encuentra en Searle, John, *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, Barcelona, Nobel, 2000, p. 259 (actitudes proposicionales); pp. 267-288 (contenido proposicional); p. 273 (estados intencionales).

[35] El fundacionalismo de los derechos es rechazado por Rorty, al mismo tiempo que toda teorización por ser contrarios a la concepción pragmatista que niega el esencialismo. No obstante, como muestra Dworkin, ninguna de las dos primeras conduce necesariamente a este último. Cfr. Dworkin, Ronald, *Justice in Robes*, Cambridge (Mass.)-Londres, The Belknap Press of the Harvard University Press, 2006, pp. 36-41.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

ta que basa los derechos humanos en la autonomía ha sido luego seguida, con resultados dispares y poco persuasivos, por la teoría discursiva del derecho, según Habermas o Alexy. La razón de que esta teoría de los derechos no resulte plausible tiene que ver con la idealización de la persona humana como libre e igual pese a las crasas diferencias. Igual de insatisfactorio, desde el punto de vista filosófico, resulta el intento de justificar los derechos en la existencia de necesidades humanas básicas. Tal propuesta incurre en la conocida falacia naturalista, consistente en pretender derivar un deber ser, p. ej., los derechos humanos, a partir de un hecho, *i. e.,* la existencia de necesidades básicas. Pero, como bien lo mostró ya Hume, que algo sea de una determinada manera no quiere decir que deba ser siempre así; por ello, fundar los derechos en factores contingentes como las necesidades no es una teoría suficientemente persuasiva.

La reacción escéptica a los derechos humanos proviene de sectores políticos defensores de la particularidad cultural y la autodeterminación política de las naciones. Carl Schmitt, p. ej., identificará los derechos humanos con los derechos negativos propios del Estado liberal burgués.[36] Rorty cuestiona el fundamento racional de los derechos humanos al subrayar el ineludible etnocentrismo del que hacen parte nuestras posiciones valorativas, entre ellas la defensa de los derechos.[37] Lo sorprendente es que ninguno de los dos renuncia a la idea de los derechos humanos como algo que puede traer resultados beneficiosos para quienes hacen parte de la cultura. Pero se equivocan al limitar estos efectos a los miembros de un grupo nacional. La posición escéptica frente a los derechos humanos tampoco resulta defendible. Menos en un mundo donde la legitimidad del poder depende de que este satisfaga las exigencias de una moral crítica.

No basta para defender los derechos humanos con su amplio reconocimiento por parte de las naciones y las culturas políticas y religiosas. Como sostiene Dworkin, "si queremos justificar el rol especial que cumple la idea de los derechos humanos en la

[36] Schmitt, Carl, "Teoría de la Constitución", en *Revista de Derecho Privado,* Madrid, 1934, pp. 189 y ss.

[37] Rorty, Richard, "Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad"..., *cit.,* Madrid, Trotta, 1998, pp. 117-136.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

política doméstica e internacional, debemos definir los derechos humanos más críticamente".[38] Estimo que Dworkin tiene razón en este punto cuando se enfrenta a la radicalidad de Rorty y su rechazo a todo fundacionalismo de los derechos humanos. Aceptar la idea de que los derechos humanos, para que valgan universalmente, deban pasar un *test* moral crítico, no significa necesariamente, como parece concluir Rorty, que abracemos una cierta forma de esencialismo, o que tengamos que comprometernos con la postura filosófica del realismo moral. Solo los derechos de alto grado de importancia en general tienen la capacidad de justificar las limitaciones a la acción política. Pero sobre este punto volveremos más adelante, cuando nos refiramos a la concepción pragmática del derecho que sí acepta la objetividad de los juicios de valor,[39] en clara contradicción con lo sostenido por Rorty.[40]

¿En qué consiste una concepción de los derechos humanos que se toma en serio las emociones morales? ¿Por qué ella sería más plausible que las anteriores teorías de los derechos humanos, en particular la teoría discursiva de Habermas y Alexy o la interpretativa de Dworkin? En el presente acápite expongo algunos elementos de la concepción intencionalista que apuntan a esbozar las respuestas a tales interrogantes.

Los derechos, como conceptos artificiales o constructos sociales, son hechos institucionales —en el sentido de Searle—.[41] Los derechos no tienen un correspondiente semántico en la realidad.[42] Ellos representan un juego del lenguaje mediante el cual creamos realidad social. Al otorgarnos derechos recíprocamente nos permitimos a nosotros mismos vernos como seres morales, esto es, como personas iguales en consideración y respeto.[43]

---

38 Dworkin, *Is Democracy possible here?..., cit.*, p. 34.

39 Representantes de esta concepción son Putnam, Hilary, *Ethics without Ontology*, Cambridge, Estados Unidos, Londres, Inglaterra, Harvard University Press, 2004; y Dworkin, *Justice in Robes..., cit.*

40 Rorty, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1996; *El pragmatismo: una versión*, Barcelona, Ariel, 2000.

41 Searle, John, *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 75 y ss.; p. 108; y especialmente pp. 112 y ss.

42 Ross, Alf, *Tû-Tû..., cit.*

43 Tugendhat, Ernst, *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 333-334.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

Ahora bien, la noción de los juegos de lenguaje introducida en la filosofía por Wittgenstein tiene utilidad para explicar cómo, mediante actos lingüísticos, nos otorgamos recíprocamente derechos. No obstante, el fundamento de tales derechos trasciende lo lingüístico. En mi criterio involucra estados intencionales, en particular las emociones, y un tipo particular de emociones, las emociones morales.[44]

Sobre las emociones morales es pertinente aquí sintetizar lo ya expuesto de manera más extensa en otro lugar.[45] Las emociones morales, según la literatura filosófica, hacen referencia a estados mentales con especial relevancia para la acción humana. Estas presuponen un estado o disposición intencional del sujeto suscitado por una situación o persona que mueve a la acción. Mientras que me indigno cuando veo que un agente daña injustificadamente a otro, me da rabia cuando el mismo agente me daña injustificadamente a mí. Las emociones morales guían nuestro juicio práctico y nos llevan a actuar. Las características de las emociones morales las convierten en elementos muy importantes para el derecho, donde la búsqueda de la justicia exige hacer juicios prácticos correctos, según el contexto fáctico y normativo y actuar en consecuencia con dichos juicios.

A continuación mostraré mediante dos ejemplos la importancia de la intencionalidad para una teoría adecuada del derecho. Esta busca superar las teorías positivistas[46] y discursivas.[47] Luego mostraré cómo las emociones morales juegan un papel central en la fundamentación de los derechos humanos.[48]

El primer ejemplo es tomado de la literatura. Se preguntan tanto Kelsen, Hart y Alexy en qué se diferencian el acto de un

---

44 Véase al respecto *infra*.

45 Arango, Rodolfo, "La Ley de Justicia y Paz en perspectiva iusfilosófica", en *Revista Pensamiento Jurídico*, núm. 17, nov-dic, 2006, pp. 37-63. Véase infra I. 4.

46 Cfr. las teorías positivistas de Hans Kelsen, Carl Schmitt o Herbert L.A. Hart.

47 Cfr. las teorías discursivas de Jürgen Habermas, Robert Alexy o Carlos Santiago Nino.

48 Al respecto véase Ernst Tugendhat o John Searle.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

bandido y el acto de un cobrador de impuestos. Mientras que para Kelsen es la existencia de una norma la que permite distinguir el acto lícito del cobrador de impuestos del acto ilícito del bandido —no precedido de norma anterior—, para Hart la preexistencia lo es de las reglas secundarias y de reconocimiento. Alexy, por su parte, introduce un elemento diferenciador adicional, que distingue la teoría discursiva de las teorías positivistas. El acto del bandido no eleva una pretensión de corrección, mientras que el acto del cobrador de impuestos sí. De la pretensión de corrección presente en el derecho, Alexy deriva la existencia de una relación necesaria entre el derecho y la moral.

Pese a su poder explicatorio, las teorías positivista y discursiva del derecho buscan su fundamento en hechos externos al sujeto sobre los cuales no hay consenso alguno. Tales teorías son herederas de la influencia kantiana que rechaza inclinaciones, deseos y sentimientos por ser como "arena que ha entrado en la maquina (de la razón)". Una teoría del derecho que tenga en cuenta los estados intencionales de los sujetos que usan el juego del lenguaje jurídico parece ser, sin embargo, más adecuada que sus rivales para explicar la diferencia entre el bandido y el cobrador de impuestos. Sobre los estados intencionales valga aquí recordar lo explicado por John Searle:

> Muchos estados y acontecimientos mentales, aunque no todos, se dice que son intencionales. Así, las creencias, los deseos, los temores, etc., son intencionales mientras que el nerviosismo o la ansiedad no lo son. La clave para distinguir un estado intencional de otro estado mental que no es intencional es la siguiente. Siempre que tengo un estado mental intencional puedo decir sobre qué versa ese estado: mi creencia es mi creencia de que tal y tal, mi deseo es el deseo de que tal y tal... y así sucesivamente. Pero mi nerviosismo y mi ansiedad, para poner solo un par de casos, no tienen que versar sobre nada, aunque vayan acompañados de creencias y deseos. En general, los estados intencionales se relacionan con los objetos y estados de cosas sobre los que versan por medio de la representación, no de modo distinto a como los actos de habla representan objetos y estados de cosas.[49]

[49] Searle, John, *Razones para actuar..., cit.*, p. 273.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

Mientras que en el caso del positivismo y de la teoría discursiva los estados intencionales son irrelevantes para identificar el derecho y distinguirlo de la mera coacción, para la teoría de las emociones morales los estados intencionales son constitutivos del "juego del derecho". Mientras que el bandido no exhibe creencia alguna que acompañe sus actos y que permita entenderlos como actos deónticos que reconocen derechos o asignan obligaciones, en el caso del cobrador de impuestos el estado intencional de creencia —en el derecho— es necesario.[50] Para identificar sus actos como actos jurídicos.[51] Tal estado intencional de creencia, en el que lo ordenado es derecho, está excluido de entrada en el caso del bandido.

El segundo ejemplo es tomado de la realidad nacional: ¿cómo distinguir entre el acto de un político que se relaciona con paramilitares por coacción insuperable de aquel que lo hace con el ánimo de delinquir? Cierto es que cada caso deberá juzgarse separadamente, según el principio de responsabilidad penal individual. No obstante, es posible mostrar que sin un enfoque que investigue los estados mentales de los implicados al cometer sus acciones no es posible resolver el interrogante de su responsabilidad. Buena parte de la labor de los jueces penales consiste precisamente en establecer mediante pruebas cuáles fueron los deseos, creencias, intereses o emociones de los actores y sus contenidos proposicionales. Las conductas externas, por sí solas, no reflejan la legalidad de las acciones de los agentes. Por otra parte, las falsas creencias no los eximen de su responsabilidad, por ejemplo, al creer que los paramilitares actuaban como agentes del Estado al ejecutar sus acciones, valga decir masacres, homicidios, etc., bajo el amparo o con el apoyo de la fuerza pública. Todo lo anterior vale igualmente para los empresarios

[50] La pretensión de corrección (Alexy) y la integridad del derecho (Dworkin) son teorías externalistas "puente" hacia la teoría internalista. Ello porque apuntan correctamente a estados intencionales constitutivos de la práctica del derecho (pragmática), superando explicaciones del derecho limitadas a la descripción de estados de cosas objetivas. Véase infra I. 4.

[51] Ya Hebert L. A. Hart había intuido esta característica del derecho, al afirmar que si bien su validez no requiere la creencia en él o su aceptación por parte de los ciudadanos, sí exige que los funcionarios públicos crean que el derecho es obligatorio y lo obedezcan.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

de Chiquita Brands,[52] así como para otros empresarios e industriales.

Los anteriores casos muestran la relevancia de los estados intencionales para el derecho. Pero, ¿qué nos dicen para la teoría de los derechos humanos? ¿Qué relación tienen con estos los estados emocionales? ¿Y, de nuevo, por qué esta concepción intencionalista de los derechos sería superior a la discursiva y la racionalista?

Por mucho tiempo las teorías de los derechos humanos han buscado un fundamento racional para los mismos. La restricción a la libertad que implica su observancia —la imposibilidad de hacer justicia por mano propia, por ejemplo— exige de una justificación moral. Los intentos de fundamentación de los derechos en la autonomía, la igualdad o la dignidad presentan tanto ventajas como limitaciones. Su desventaja más notoria radica en que colocan el fundamento de los derechos en valores o bienes afuera del sujeto y, por tanto, relativos.

Los derechos humanos protegen posiciones normativas del sujeto de gran importancia y universalidad. Su violación genera el resentimiento —cuando uno es dañado injustamente—, la indignación —cuando otro es dañado injustamente— o la vergüenza —cuando uno daña injustificadamente a otro—. El desconocimiento de los derechos humanos nos parece abominable; la muerte o lesión del inocente, execrable; la discriminación racial o la tortura, inaceptable. Cuando suceden nos sentimos amenazados, descompuestos, afectados en nuestro autorespeto. Las emociones morales son, en este sentido, condición necesaria, más no suficiente, de los derechos humanos. Cuando estos son violados se genera en nosotros un estado intencional defectivo: creemos que nuestra vida ha sido afectada negativamente. Cuando consentimos o cohonestamos la violación de posiciones normativas que nos son muy importantes, nuestro propio

[52] Chiquita Brands International se dedica a la venta de plátano a nivel internacional, se fundó en 1871 como United Fruit Company — cambió el nombre a Chiquita en 1990—, cuenta con 25 000 empleados en 70 países. Sus acciones se transan en la bolsa de Nueva York. Fue la primera empresa en ser condenada en Estados Unidos por patrocinar grupos paramilitares en Colombia (*Semana,* 27 dic 2007).

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

honor o imagen desciende, sentimos vergüenza por nosotros mismos.

La clave para comprender el papel de las emociones en la teoría de los derechos humanos se encuentra en la famosa fórmula de Radbruch. Esta dice: la ley extremadamente injusta no es derecho.[53] Tal fórmula ha sido aplicada por los jueces alemanes tanto para privar de carácter jurídico a las leyes raciales nazis como a las leyes penales de la Alemania Oriental que legitimaban los disparos contra personas que pretendían huir del régimen comunista. Llama la atención que Gustav Radbruch haya calificado la injusticia que resta el carácter jurídico a la ley. La fórmula no establece que "la ley injusta no es derecho". Ello porque en materia de justicia se acoge una posición no cognitivista, pluralista. Los valores son culturalmente relativos y el conocimiento de valores absolutos o últimos no nos es asequible. ¿Qué función cumple entonces el adverbio "extremadamente" que califica la injusticia? En mi concepto señala un nivel de (in)tolerancia que muestra la relevancia de las emociones para el derecho, en particular para la teoría de los derechos humanos. Lo extremadamente injusto ofende nuestra sensibilidad, rebasa nuestro nivel de tolerancia, nos lesiona y es, por tanto, rechazado. Poco importa el origen de esa creciente sensibilidad y su permanencia. Bien puede tener razón Richard Rorty que es un hecho cultural contingente que ha aumentado con el bienestar de las sociedades modernas, pero no por ello son un hecho irrelevante. Lo extremadamente injusto expele los actos del amparo en la legalidad. Ello porque tanto el estado intencional del agente del injusto extremo, como el estado intencional de quien juzga el acto inciden en la calificación de la conducta. Es más, la decisión moral o jurídica podría no ser correcta si la emoción moral correspondiente no guiase nuestro juicio.

Otro hecho que reafirma la relevancia de las emociones morales para la teoría de los derechos humanos es el primer Código Penal Mundial acogido en el Estatuto de Roma. Los primeros delitos universales —genocidio, lesa humanidad, de guerra y de agre-

[53] Radbruch, Gustav, *El hombre en el derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 135-136.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

sión— manifiestan conductas execrables, individuales o estatales, que no estamos dispuestos a tolerar como comunidad mundial. La experiencia nos enseña que estos crímenes internacionales, sin ser los únicos concebibles, suministran justificación suficiente para intervenir la actitud cómplice o dilatoria de regímenes que cohonestan con prácticas que lesionan la dignidad humana.

Retornando al inicial, Dworkin sostiene que la tortura viola flagrantemente los derechos humanos. Observa que cuando los gobiernos violan así los derechos humanos estamos dispuestos a contemplar graves sanciones para intentar parar tales crímenes. Ello vale incluso para casos de emergencia, peligro extremo. La razón que ofrece es persuasiva, pese a no explicitar las emociones implícitas en su juicio: "Nos dañamos a nosotros mismos, no solo a nuestra víctima, cuando ignoramos su humanidad, porque al denigrar su valor intrínseco denigramos el nuestro. Comprometemos nuestra propia dignidad y el respeto hacia nosotros mismos [...]. Sacrificar el respeto por nosotros mismos de cara al peligro es una forma particularmente vergonzosa de cobardía".[54] Es así como acertadamente señala que en el caso de la tortura —incluso frente a la amenaza atómica— la ponderación de derechos que se plantea no es entre la seguridad de nosotros y la integridad del delincuente, sino entre nuestra seguridad y nuestro honor.[55]

En resumen, una teoría del derecho que tiene en cuenta la intencionalidad en la acción humana parece más apropiada que otras teorías como la positivista o la discursiva para distinguir los actos jurídicos de los meros hechos brutos. Para la teoría de los derechos humanos los estados intencionales remiten directamente a las emociones morales, bien sean entendidas estas como estados intencionales o juicios de valor. En cualquiera de ambas acepciones, las emociones morales son objetivas y constituyen el fundamento de los derechos humanos. Su función es guiar el juicio práctico de forma que sea objetivo y correcto. Ello nos remite a las preguntas por la objetividad en el derecho y el papel que pueden cumplir las emociones morales en la búsqueda de decisiones correctas.

---

[54] Dworkin, *Is Democracy possible here?...*, *cit.*, p. 50.

[55] *Ibidem*, p. 51.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

2.3. La objetividad en el derecho y las emociones morales como guía de la decisión judicial correcta

Corrientes escépticas como las representadas por Richard Posner —padre del análisis económico del derecho— o Richard Rorty —el más denodado defensor del relativismo—, han cuestionado renovadamente la objetividad en el derecho. Para ellos no habría decisiones correctas, solo fallos más o menos convenientes según los intereses en juego. Tal postura allana el camino al análisis del derecho como campo de lucha política, y de paso cuestiona todo papel que puedan cumplir las emociones morales como guía de las decisiones judiciales correctas. Según este enfoque, no habría nada más subjetivo y arbitrario que los sentimientos de los jueces.

La negación de la objetividad en derecho proviene del rechazo a una teoría de la verdad como correspondencia. No hay un mundo "allí afuera" que convalide las proposiciones sobre él. El rechazo a una realidad moral independiente del sujeto lleva indefectiblemente a pragmatistas como Rorty o Posner a negar la objetividad. La relación del intérprete con el derecho sería una de apropiación, no de descubrimiento. Esta posición es además reforzada por el categórico rechazo de Rorty a toda forma de teorización. La praxis, no la teoría, es relevante para la acción y lo que consideramos útil. Posner también hará hincapié más en los resultados de las decisiones que en su corrección o en la equidad de los procedimientos.

Por su parte, filósofos morales como Hilary Putnam o Ronald Dworkin han renovado sus argumentos en contra de las tesis escépticas de la objetividad. Este último trae a cuento un argumento contundente de Putnam, citado por Bernard Williams en otro lugar: "Si como lo afirma Rorty la descripción correcta del mundo (por nosotros) es un asunto sobre lo que nos conviene decir, y, si, como lo admite el mismo Rorty, nosotros encontramos conveniente decir que la ciencia descubre un mundo que ya está ahí, no hay entonces sencillamente perspectiva alguna desde la cual Rorty pueda afirmar, como en efecto lo hace, que la ciencia no descubre realmente un mundo que ya está allí, sino bien o mal lo inventa".[56]

[56] Dworkin, *Justice in Robes...*, *cit.*, p. 37.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

El argumento de Putnam contra la tesis de Rorty debe entenderse bien. No es que Putnam sostenga que tengamos acceso definitivo, por vía de la ciencia, a una realidad independiente de nosotros, que está allí afuera. Lo que dice es que si la verdad y objetividad dependieran de lo más conveniente para nosotros, podría ser que lo más conveniente fuese entender que la ciencia descubre un mundo que está allí afuera; no tendríamos la posibilidad de adoptar una posición desde la cual nos colocáramos para decir que el mundo no es realmente como está allí afuera.

El rechazo de la teoría de la verdad como correspondencia mente-mundo no nos condena a la subjetividad o al relativismo. Por el contrario, una teoría de la verdad como coherencia es suficiente para preservar la objetividad. La objetividad no depende de premisas metafísicas como las asumidas por los realistas morales, a saber que existe un mundo moral allá afuera. Los argumentos para apoyar la objetividad de nuestras tesis o demandas son válidos solamente si son suficientemente sistemáticos y han sido mutua y recíprocamente examinados.[57]

Es en ese sentido que la objetividad es defendible en el derecho. La objetividad se construye argumentativamente y en forma compartida. Contra el escepticismo valorativo es posible oponer la práctica del derecho, la cual consiste en elevar propuestas de sentido normativo que se convalidan o no como objetivas por medio de la argumentación. La objetividad en el derecho es posible gracias a la coherencia de la teoría que sustenta las respuestas.[58] Dworkin tiene sin duda razón cuando afirma que toda pretensión en el derecho está indefectiblemente ligada a la teoría. Cuando decimos que la tortura está prohibida, la discriminación racial es injusta o el uso de la fuerza del dinero o las armas para ser elegido son delitos, elevamos propuestas de sentido que consideramos ofrecen la mejor justificación de nuestra práctica jurídica. La respuesta correcta en cada uno de estos casos será idéntica con la mejor justificación de la práctica jurídica. Carece de sentido, entonces, afirmar que la tortura

[57] *Ibidem*, p. 260.

[58] Véase al respecto, Arango, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1999.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

no está "objetivamente" prohibida porque no existe un mundo allá afuera, independiente de nosotros mismos, en el cual la tortura contraríe valores morales existentes. Para afirmar que la tortura está "objetivamente" prohibida bastaría mostrar que la interpretación más coherente e integral de toda la práctica jurídica nuestra prohíbe la tortura.

Podemos aterrizar la discusión sobre la objetividad al evaluar una pregunta que ocupa el centro de la discusión actual en el llamado proceso de reconciliación. La pregunta es si personas que han cometido delitos de lesa humanidad como masacres pueden participar en política, ser elegidos, por ejemplo, congresistas. La actual Constitución lo prohíbe al inhabilitar para ejercer ese cargo público a las personas condenadas a pena privativa de la libertad, salvo el caso de delitos políticos. Los cabecillas del paramilitarismo, concientes de la dificultad de que los delitos de lesa humanidad sean tenidos como delitos políticos, exigen una reforma. Afirman que lo político, en este caso la paz, está por encima de lo jurídico. Bajo esta tesis, la decisión más conveniente y "correcta" para el país es modificar la Constitución y permitir que los paramilitares puedan participar en política, como en su momento se le permitió al M-19.

El interrogante filosóficamente interesante en este caso es si una hipotética reforma constitucional que permitiera hacer política a personas que cometieron delitos de lesa humanidad sería derecho o, por ser una decisión extremadamente injusta, carecería de tal calidad. La respuesta en este último sentido significa que puede haber incluso decisiones políticas constituyentes en un país que, pese a quererlo, no podrían convertirse en derecho por desconocer la intencionalidad necesaria para aceptar tal decisión como parte del derecho. En esa perspectiva, la decisión de privar de la calidad jurídica a la norma constitucional sería una prueba fehaciente de que los derechos humanos son efectivamente un límite a la democracia. La decisión correcta, entre otras razones a la luz del Tratado de Roma que sanciona los delitos de lesa humanidad, sería la invalidación de la reforma constitucional. La discusión sobre el estatus jurídico del tratado internacional de derechos humanos en el orden interno de cara a la supremacía de la Constitución sería aquí irrelevante. Esto porque desde la perspectiva iusfilosófica la decisión de no sancionar

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

proporcionadamente el delito de lesa humanidad es equivocada. Ello ofende las emociones morales de las víctimas y hace la práctica jurídica del país indeseable e ilegítima, diluyendo el derecho en la política y desconociendo los derechos humanos. Resultaría intolerable y denigrante para la población del país verse representada por criminales de lesa humanidad por el simple hecho de que con sus mal habidas fortunas pueden comprar las conciencias suficientes para hacerse elegir.

Las emociones morales —p. ej., el autorespeto u orgullo, la indignación, el resentimiento, la culpa— importan. La racionalidad política no puede pasarlas por alto sin deslegitimarse, sin desconocer los límites morales que plantean dichas emociones. Los derechos humanos expresan tales límites al asegurar lo que es valioso simbólica y materialmente para los seres humanos. Como bien lo anota Martha Nussbaum, las leyes —incluso la Constitución— establecen un repertorio emocional a la sociedad,[59] del cual a su vez depende la normatividad social. Si no atendemos a esta potencialidad del derecho y a su relación con las emociones, corremos el riesgo de devaluar la práctica política y jurídica del país, incluso hasta convertirla en algo difícilmente discernible de la manipulación y la violencia.[60]

Al hacernos concientes de la relevancia de las emociones morales para el juicio práctico, en particular para las decisiones jurídicas, debemos auscultar los motivos e intenciones de los actores que demandan un tratamiento de delincuentes políticos. Las razones no son en este caso las del disidente ideológico, del revolucionario que bien o mal pretende transformar el mundo con sus ideas en pos de la justicia social. Las intenciones de este son altruistas, aunque sus métodos deleznables y prohibidos. El delincuente por convicción se niega por razones filosóficas a aceptar el orden jurídico existente. Ninguno de dichos estados intencio-

[59] Nussbaum, Martha, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame, and the Law*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2004; *Upheavals of Thought. The Inteligence of Emotions*, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2001.

[60] Sobre la estrecha relación entre emociones y normas sociales, véase Elster, Jon, *Las alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones*, Barcelona, Paidós, 2002.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

nales caracteriza al paramilitar. Este no combate el orden jurídico existente, sino que pretende apoyarlo mediante el uso ilegal de la violencia. Sus razones son las de la legítima defensa ante la presunta o real agresión, no las del delincuente por convicción. En este sentido no puede pretender móviles políticos altruistas en sus acciones, sino de defensa —para ellos legítima— de sus propios intereses. La legitimidad de la defensa tiene que decidirse en un proceso diferente al político, porque los crímenes cometidos son comunes y lo son contra la humanidad.

En resumen, la objetividad en el derecho puede defenderse mediante la fuerza de los mejores argumentos dentro de una teoría de la verdad como coherencia. Las emociones morales guían el juicio práctico en el sentido que nos señalan los límites de lo tolerable. Las decisiones políticas, así sean constitucionales, no pueden desconocer los derechos humanos como expresión del nivel de sensibilidad que como humanidad hemos logrado alcanzar frente a los actos igualmente humanos que denigran y niegan nuestro autorespeto, dignidad y sentido de la decencia. Como lo recuerda Dworkin para la tortura, en el caso del perdón político para criminales de lesa humanidad nuestro conflicto no es entre paz y violencia, sino entre seguridad pública y dignidad.

2.4. La derrotabilidad de la tesis presidencial de la coacción insuperable

En el caso de las relaciones entre políticos y paramilitares la pregunta central es si la creencia del político de encontrarse en una situación de coacción insuperable es algo que se pueda verificar en la práctica. Todo el proceso penal constituye una estrategia para tal fin. Una observación detallada de los hechos permite arribar a una respuesta. Si la coacción del grupo armado fuese en el sentido de amenazar la vida o integridad personal en el caso de que el político decida abandonar el ejercicio de la política, solo entonces se podría sostener que el agente se encontraría "insuperablemente obligado" a seguir en la actividad, pese a las condiciones ilícitas impuestas por el grupo ilegal. Pero si la coacción es para que haga determinado ejercicio de la política —p. ej., en-

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

tregándoles parte de los recursos públicos o adjudicándoles los contratos— bastaría con que el agente renunciara a la actividad política en la zona, con lo que la coacción no sería insuperable. De hecho, personas a quienes los paramilitares condicionaron el ejercicio de la política optaron por retirarse dignamente antes de acceder a las condiciones impuestas por los delincuentes, en particular cuando sabían de las prácticas de dichos grupos armados ilegales en las zonas de su influencia.

Por fortuna para el país, los jueces no han hecho eco a la tesis presidencial de la "coacción insuperable". La doctrina penal sentada por la Honorable Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el auto del 15 de febrero de 2007 que privó de la libertad a seis congresistas por sus vínculos con paramilitares sostiene que "quien accede a la función pública merced al poder corrupto o intimidante de la organización paramilitar —o quien lo intenta—, se convierte en miembro de ella y participa desde su particular posición en el desarrollo del proyecto delincuencial, asumiendo el rol que le corresponde dentro de la división de trabajo diseñada por la empresa criminal". En anterior ocasión tuve la oportunidad de expresar mi opinión sobre esta trascendental decisión de la justicia penal en Colombia. En un artículo sostuve que:

> La significación política de la decisión marca un punto de quiebre en la forma de hacer política en Colombia. Para la Corte Suprema de Justicia resulta claro que el apoderamiento del poder político mediante la coacción e intimidación armada se lleva a cabo a expensas de la libertad de participación de los ciudadanos, violando sus derechos políticos fundamentales. La violencia no puede ser un medio de legitimación del poder político. Tampoco el engaño o la ventaja indebida producto del apoyo económico por parte de grupos al margen de la ley. El mensaje de la Corte es elocuente y enfático frente a la forma tradicional de hacer política clientelista. Quien se favorezca políticamente del accionar de grupos armados irregulares se convierte en parte de la organización criminal. Aquí no valen argumentos de fuerza incontenible o de ignorancia. Nadie está obligado a beneficiarse de la intimidación y la coacción ilegales. Existen otras alternativas. La situación de los implicados y favorecidos no era inescapable, más si se tiene en cuenta que la decisión de continuar en la contienda política en esas circunstancias

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

contribuía al fortalecimiento y a la expansión del proyecto de toma de poder por vía armada.[61]

La intencionalidad de los actores, según la justicia penal, debe evaluarse individualmente, pero la toma paramilitar de la política debe apreciarse como una estrategia coordinada y colectiva. Nuestras capacidades intelectuales no deben ser inferiores al reto que nos ha tocado vivir. Es necesario entender la magnitud de la amenaza al orden democrático pacífico y libre que representa el uso de la violencia para acceder al poder político.

Desde los inicios de la modernidad con Hobbes en el siglo XVII ha quedado claro que quien apuesta a vivir bajo el pacto social no puede guardar reservas respecto al abandono de la violencia para alcanzar sus propósitos. Por grande que sea el peligro o la emergencia, la única garantía para asegurar la paz es la sujeción plena al derecho. Para este propósito el aporte de Kant, el filósofo de la Ilustración es invaluable: solo podremos alcanzar la paz si las naciones y los pueblos se someten al imperio del derecho y a la resolución de las diferencias por medio del uso de la razón.[62]

Como profundo conocedor de la mente humana, Kant advierte que "no puede considerarse válido ningún tratado de paz que se haya celebrado con la reserva secreta sobre alguna causa de guerra en el futuro".[63] Esta advertencia hecha para los acuerdos entre estados vale igualmente para los pactos de paz entre grupos: "[...] una parte del mundo que se sienta superior a otras no dejará de utilizar los medios adecuados para fortalecer su poder mediante la expoliación, o incluso la dominación, aunque las otras no se opongan en su camino".[64] Kant reitera por ello la necesidad de que la voluntad real de los actores se sujete incondicionalmente al principio del derecho y que coincida con las declaraciones públicas: "No basta para este fin [de la paz perpetua] la voluntad de todos los individuos de vivir en una constitución

61 Arango, Rodolfo, "El desmonte de la parapolítica: el papel de la Corte Suprema de Justicia", en *Caja de Herramientas,* núm. 52, 9 mar 2007 *(http://www.viva.org.co/cajavirtual/svc0052).* Véase su anexo 12.

62 Kant, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2003.

63 *Ibidem,* p. 5.

64 *Ibidem,* p. 47.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

legal según los principios de la libertad [...] sino que es preciso, además, que todos conjuntamente quieran esa situación [...] para que se instituya el todo de la sociedad civil".[65]

Las anteriores reflexiones del filósofo de la Ilustración nos deben servir para rechazar definitivamente el argumento de la coacción insuperable esgrimida por los políticos prácticos para aliarse con grupos paramilitares. No debemos olvidar que para estos el derecho es esclavo de la política. Si aceptamos la tesis de la coacción insuperable tenemos que estar dispuestos también a aceptar la justicia privada en caso de ausencia o debilidad del Estado y asumir las consecuencias de la misma para todos nosotros. Ellas significarán el deshonor de la vida bajo el miedo y la amenaza. Si no fundamos la acción política en el respeto irrestricto a la igualdad y libertad de los otros, vana será la paz pretendida.

2.5. Conclusiones

Hemos intentado aquí defender las emociones morales como fundamento de los derechos humanos y a estos como límite a la democracia. El camino para ello fue el de analizar casos concretos en los que se invoca una situación extrema que justificaría ciertas acciones, sea la tortura o la alianza con criminales para combatir un mal mayor, sea el terrorismo o la subversión. Pero lo que serían casos aislados cuyo juzgamiento correspondería a los jueces, se han convertido en decisiones democráticas que elevan a norma general el uso o el perdón del uso de la violencia como medio para enfrentar amenazas mayores. La ley patriota en Estados Unidos, la Ley de Justicia y Paz en Colombia o las propuestas de reforma constitucional que promueven el perdón y el olvido, son ejemplos de esta tendencia a anteponer la política al derecho, las razones de conveniencia antes que las razones de principio. Nuestra tesis central de cara a esta evolución ha sido un no categórico a estos intentos, por considerar que ellos violan los derechos humanos, van en contravía de las nuevas realidades mundiales y hacen de nuestro mundo un lugar más miserable.

[65] *Idem.*

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Libro completo en: https://goo.gl/2zQgQ4

En este itinerario pretendimos poner varias cosas en claro. Primero, la fundamentación racionalista o iusnaturalista de los derechos humanos no parece satisfactoria, entre otras razones porque deja aspectos de la intencionalidad en la conducta humana por fuera. Segundo, las emociones morales, entendidas en sentido objetivo, cumplen un papel primordial como guía de los juicios prácticos. En su papel de fundamento de los derechos humanos señalan el nivel de tolerancia admisible frente a las decisiones políticas democráticas. La teoría intencionalista de los derechos humanos que se presenta es todavía incipiente. Pero los argumentos aquí expuestos muestran su cercanía con otros intentos valiosos e influyentes, como el de Kant o el de Dworkin, que buscan igualmente colocar un límite a la libre disposición política, el primero desde la moral crítica y el segundo a partir de la dignidad como fundamento de los derechos humanos.

Pero el desafío es mayor. Requiere pensar y ejercer el derecho y la moral post-ontológicamente, y despedirse de una metafísica tradicional como la asumida de diversa forma tanto por el derecho natural como por el positivismo. En este sentido las propuestas pragmatistas de Putnam o Dworkin son esclarecedoras. No solo no es necesario desterrar la objetividad del derecho, sino que la creciente sensibilidad hacia el sufrimiento humano —de la cual es más conciente el feminismo— se convierte en el mejor aliado para la persecución de actos de lesa humanidad. La indignación que suscita la violación de los derechos de las personas por fines políticos y la vergüenza que genera vivir en una sociedad complaciente con el sufrimiento humano son factores que nos permiten valorar la importancia de imponerle un límite moral a la política y justificar el recorte de la voluntad política mayoritaria. Tales demandas son canalizadas actualmente bajo la forma del derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente es importante interpretar el concepto de derecho a partir de la filosofía de la mente, en particular de los estados intencionales o las actitudes proposicionales. Desde este enfoque las emociones morales adquieren gran relevancia. Que una ley o reforma constitucional pierda su validez jurídica si su contenido rebasa el nivel de tolerancia aceptable, es un avance en la filosofía política y para la civilización. Ello pese a que su justificación teórica esté hasta ahora solo enunciada.

DR © 2016. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
http://www.queretaro.gob.mx/