

JUAN CARLOS NOVOA BUENDÍA

Abogado, especialista en Derecho Administrativo y Derecho Tributario. Magister en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Docente de las cátedras de Filosofía Jurídica, Derecho Administrativo Sancionador y Derecho Disciplinario de algunas universidades del país. Se ha desempeñado como procurador auxiliar para Asuntos Disciplinarios y procurador delegado para la Sala Disciplinaria

La no Discriminación ¿Afirmación o negación de los derechos humanos?



LA NO DISCRIMINACIÓN

¿Afirmación o negación
de los derechos humanos?

JUAN CARLOS NOVOA BUENDÍA



LA NO

DISCRIMINACIÓN

¿Afirmación o negación
de los derechos humanos?

JUAN CARLOS NOVOA BUENDÍA

Bogotá, Diciembre de 2016



LA NO DISCRIMINACIÓN

Afirmación o negación de los Derechos Humanos

© Procuraduría General de la Nación, 2016

© Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2016

Editor:

Instituto de Estudios del Ministerio Público - Carrera 5 N°. 15-80 piso 16.

Bogotá, D. C. - PBX: (1) 587 8750 Ext. 11621

<http://procuraduria.gov.co/iemp/index.jsp>

Todos los derechos reservados.

Autor:

Juan Carlos Novoa Buendía

Coordinador editorial:

Gary Hernández Guerrero

Diseño de Portada y Diagramación:

Natalia del Pilar Cerón Franco

Impresión:

Imprenta Nacional de Colombia

Impreso en Colombia Bogotá,

Diciembre de 2016

Primera edición

ISBN : 978-958-734-207-9

Las opiniones expresadas en el presente libro son responsabilidad del autor y no comprometen a la Procuraduría General de la Nación ni al Instituto de Estudios del Ministerio Público.



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACIÓN

DRA. MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO

Procuradora General de la Nación

DRA. MARÍA CONSUELO CRUZ

Viceprocuradora General de la Nación (E)

DR. CHRISTIAN JOSÉ MORA PADILLA

Director Instituto de Estudios del Ministerio Público - IEMP

A la Sagrada Familia, a mi querida esposa
y a mis seis preciosos hijos.

CONTENIDO

PRÓLOGO	9
INTRODUCCIÓN	15
1. LA NO DISCRIMINACIÓN SE FUNDA EN LA IGUALDAD	19
1.1. La no discriminación como nuevo derecho humano.....	20
1.2. El origen de la no discriminación está en la igualdad	22
2. LA IGUALDAD	27
2.1 Igualdad verdadera	28
2.2 Naturaleza de la persona humana.....	29
2.3 Desigualdad natural	31
2.4 Igualdad y jerarquía.....	33
2.5 Igualitarismo.....	35
3. LA LIBERTAD	43
3.1 Verdadera libertad.....	45
3.2 Libertad y autoridad	47
3.3 Libertad del liberalismo	49
3.4 Raíces protestantes de la libertad liberal	49
3.5 Oscurecimiento de la razón	50

3.6	Raíces nominalistas de la libertad liberal.....	51
3.7	Libertad negativa.....	57
4.	CONTRADICCIONES ENTRE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD MODERNAS	59
4.1	Óptica teórica.....	60
4.2	Óptica práctica.....	65
4.3	Libertad.....	65
4.4	Libertad vs la ley.....	66
4.5	Libertad vs el otro.....	71
4.6	Igualdad vs libertad.....	75
5.	LA NO DISCRIMINACIÓN COMO INSTRUMENTO DEL IGUALITARISMO.....	87
5.1	Leyes antidiscriminación tutelares.....	89
5.2	Ley penal antidiscriminación.....	90
	CONCLUSIÓN.....	95
	BIBLIOGRAFIA	96



PRÓLOGO

La experiencia jurídica está traspasada por tensiones cuando se resuelven en el seno de la *modernidad* y sus secuelas tienden a la dialectización y al conflicto, mientras que cuando se abordan desde la fundamentación metafísica *clásica* se dirigen a la armonía basal más que al equilibrio de superficie.

Piénsese en la dupla justicia-seguridad, hoy profundamente trastornada no solamente respecto al primero de los miembros, sino también –como acaba de explicar el magistrado brasileño Ricardo Dip en un libro reciente– en cuanto a la segunda. De manera que concluye: “La crisis posmoderna –contemplada la diversidad de sus múltiples causas– puede configurarse como la de un fondeadero caótico de tesis y antítesis: es, de hecho, la posmodernidad el lugar y el tiempo de una “síncresis de los opuestos, una larga y difusa relativización de todos los opuestos”.

Esa adición indistinta de los opuestos es una de las notas prominentes de la cultura posmoderna; mientras que, en efecto, el relativismo de la modernidad apartaba la concomitancia de los opuestos, “al relativismo posmoderno no le repugna su simultaneidad: de la realidad disyuntiva se pasó a la adición indistinta de los opuestos”. De la utopía *modernorum* del progreso es de temer que se llegue a la vía *post modernorum* del caos. El fundamentalismo relativista posmoderno socava el derecho y a los juristas. Se puso en crisis la idea de lo justo, el sentido de la analogía del “derecho” y la jerarquía de sus significados, porque la cultura posmoderna perdió la noción del fin del derecho y, despre-

ciando la tradición y el sentido común perdió también la idea del fin del hombre”.

Pero también en la relación entre justicia e igualdad. El gran jurista español Juan Vallet de Goytisolo ya apuntaba en los años setenta del siglo pasado que los cinco olvidos esenciales del derecho contemporáneo sobre la justicia partían de una incorrecta comprensión de su relación con la igualdad. En efecto, escribía Vallet, “si todos somos iguales en *esencia*, y desiguales en lo *accidental* y *circunstancial*, la justicia consistirá en tratarnos como iguales o como desiguales, según se refiera a aquello en que somos iguales o a todo lo demás en que somos desiguales.

Esto constituye, indudablemente, una primera premisa: en lo que se refiere a la proyección de nuestra dignidad de hijos de Dios, dotados de un alma inmortal y llamados a usar nuestra libertad para salvarnos eternamente, el derecho debe tratarnos con igualdad porque así lo exige la justicia. En lo demás esta exigencia no existe; aunque tiendan a que así se crean las diversas confusiones que vamos a analizar en estas líneas.

Los cinco errores referidos a continuación no eran otros que el olvido de la justicia general (o legal) y sus consecuencias, la confusión de esta con la particular distributiva, el olvido de la consideración de la justicia como virtud que debe practicarse y no simplemente imponerse como una estructura, la confusión de los consejos con los preceptos morales y, finalmente, la confusión orden jurídico y del moral.

Cada uno de los temas anteriores daría para una monografía. Para empezar, la justicia general tiene por pauta el bien común, lo que remite a la clásica concepción del príncipe como árbitro de los intereses particulares, frente a la actual formulación totalitaria en la que el

monopolio de todo lo que es considerado común tiende a fundir todo lo particular en un inmenso interés colectivo, que lo absorbe y del cual el Estado se constituye en distribuidor.

De ahí sigue la distinción entre justicia general y (particular) distributiva, esta fue luminosamente explicada por Santo Tomás de Aquino al precisar que a la justicia general corresponde *ordenar lo particular al bien común*, mientras que es misión de la particular distributiva ordenar inversamente lo *común entre los particulares*. Es claro en todo caso –a continuación– que, más allá del papel de las estructuras, la justicia es primariamente una virtud, de manera que sin actos justos de los integrantes de una sociedad no puede haber una sociedad justa. Aunque no deban cambiarse los consejos de perfección con los preceptos morales: “¿Cómo –pregunta Vallet– un padre puede olvidar sus rigurosos deberes para con su familia sin incidir en prodigalidad? ¿Cómo un casado puede olvidar su débito conyugal para practicar la virtud de la castidad plena? ¿Cómo un empresario genial puede cumplir su deber de proporcionar trabajo y bienestar, de crear puestos laborales y de estimular la producción de los medios para elevar el nivel social de vida, si vende sus bienes para distribuirlos entre los pobres o con sus donativos deja su empresa sin reservas para superar la más pequeña crisis? ¿Cómo un gobernante puede refugiarse en la manse dumbre y la paz, si con ellas deja perecer a sus gobernados víctimas de la violencia ajena?».

Esto abre la distinción –que no separación– entre orden jurídico y orden moral, el padre Francisco Suárez, de la Compañía de Jesús la explicó luminosamente en su *De Iustitia et Iure* (1585): las leyes civiles no mandan solo lo recto en materia de justicia, sino también en las demás virtudes morales, así como pueden también prohibir los vicios contra todas las virtudes, si bien la ley no puede imponer la realización de actos virtuosos ni prohibir ciertas obras malas sino solo cuando así lo exige el bien de la comunidad.

Finalmente, se advierten de igual modo los equilibrios entre la libertad y la igualdad desde el primer constitucionalismo. En efecto, el artículo 1º de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 proclamaba “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, libertad e igualdad en las que de inmediato se advertían potenciales y actuales contrastes. Así, el artículo 4º concebía la libertad como autodeterminación, sin más límite que los derechos de los demás; mientras que el 6º ubicaba la ley como expresión de la voluntad de la comunidad. Libertad negativa y voluntad general difícilmente admiten otra síntesis que la inestable llamada de modo inmediato a ser sucedida por otra en función del choque entre poderes.

Es precisamente en el seno del constitucionalismo y sus metamorfosis en el que se sitúa el estudio del doctor Juan Carlos Novoa. Se trata de un trabajo bien concebido y ejecutado, dotado de una sólida estructura lógica que, tras cernir problemáticamente la experiencia, muestra las aporías del ideal igualitario a través del instrumento de la no-discriminación.

La no-discriminación, en principio, no puede referirse, sino al trato diferente no razonable, puesto que, de manera esencial, la labor del jurista consiste en distinguir: el legislador indicando los efectos que siguen de las diversas situaciones descubiertas o delineadas, el juez atribuyendo a cada uno lo que le corresponde según ese reparto prefijado. Si lo que veda la no-discriminación fuese sin más la diferenciación estaríamos ante el suicidio del derecho, reducido a mera identidad. Esa lógica de lo razonable, propia de las que con terminología aristotélica llamamos “ciencias prácticas”, no puede, por lo tanto, desligarse de la justicia: el absurdo jurídico –como dijo el romanista Biondi– no es el absurdo lógico, sino lo injusto. Hoy, por el contrario, vemos con frecuencia la no-discriminación desentendida de la justicia y convertida en una herramienta estratégica al servicio de una (profesada) ideología igualitarista que en el fondo no conduce sino al privilegio de algunas minorías.

La razón no radica tanto en lo que los filósofos italianos suelen llamar la “heterogénesis de los fines” como en el signo disolutorio que preside nuestro tiempo.

El excelente estudio del doctor Novoa, ponderado y bien orientado, enriquecido con una interesante panorámica de la jurisprudencia colombiana, es útil para quienes no se contentan con repetir los *idola* del momento, sino que siguen la senda escarpada de penetrar el conocimiento de todas las cosas divinas y humanas a fin de discernir en ellas lo justo de lo injusto. No es otra la definición inmortal de jurisprudencia que nos legó Ulpiano, quien –por si quedase duda– añadió que en ello residía la filosofía verdadera y no fingida.

MIGUEL AYUSO

Universidad Pontificia Comillas de Madrid

Santafé de Bogotá, 9 de noviembre de 2016

Fiesta de Nuestra Señora de la Almudena



INTRODUCCIÓN

No escapa a los más variados círculos sociales, intelectuales, académicos, políticos y judiciales el estudio y la discusión sobre los derechos humanos. En nuestros días escuchamos con harta frecuencia la invocación de la no discriminación como expresión de esos derechos humanos. Todos acuden a la fórmula de la no discriminación como un *talismán* para resolver algún caso en el que se presenten tensiones de tipo familiar, laboral, universitario y, en general, todo litigio que se dé en la sociedad y el Estado. Pero pocos intentan la tarea de escudriñar acerca del fundamento que subyace a la no discriminación, así como los efectos que pudiera tener si se utiliza indiscriminadamente.

Ante este escenario, nos surgió la inquietud intelectual de profundizar, más allá de la experiencia, sobre la no discriminación y su relación con los derechos humanos, al punto de cuestionarnos si la no discriminación afirma dichos derechos o, si, por el contrario, hay en esa relación una negación insoluble.

Para alcanzar la respuesta al interrogante planteado, hemos considerado menester analizar varios puntos, a saber. En primer lugar, ubicaremos a la no discriminación en el derecho a la igualdad. Aquí nos detendremos para revisar la normatividad, especialmente, la internacional, así como la doctrina para poner a la no discriminación dentro de la igualdad. En segundo punto, analizaremos a la igualdad tanto desde la perspectiva clásica como desde la perspectiva moderna. En tercer momento, traeremos a nuestro estudio la libertad, para lo cual haremos el mismo análisis desde las perspectivas clásica y

moderna. En cuarto lugar, haremos un contraste entre la igualdad y la libertad, para ver cómo en el pensamiento de los derechos humanos es necesario recortar la libertad para hacer la igualdad y, a su turno, para hacer la libertad es necesario recortar la igualdad. En quinto estadio, veremos a la no discriminación como instrumento del ideal igualitario, para lo cual acudiremos a la normativa antidiscriminación, en especial, las leyes antidiscriminación en Colombia, así como su jurisprudencia. Finalmente, y luego de transitar por los anteriores puntos, daremos una respuesta a la cuestión planteada en este trabajo, esto es, si la no discriminación afirma o niega los derechos humanos.

