LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS: PROTECCIÓN O IMPOSICIÓN[1]

RIGHTS OF MINORITIES: PROTECTION OR IMPOSITION

Silvio León Castaño[2]

Recepción: Junio 17 de 2013
Aceptación: Agosto 29 de 2013

Cómo citar este artículo:
León C. Silvio. (2013). Los derechos de las minorías: Protección o imposición. *Inciso*, Vol. (15), 179-192

Resumen

Con este artículo se pretende demostrar que los derechos colectivos no son derechos subjetivos, por tanto, no tienen relevancia *prima facie* frente a aquellos principios que son considerados derechos fundamentales de primera generación, pero ello no significa que no merezcan ser protegidos, solo que estos vistos en abstracto (desde la ley) no le pertenecen por igual al hombre individual, quien requiere soluciones diferenciadas para el caso concreto. Para llegar a tal conclusión se empieza por construir un argumento que concibe a los derechos fundamentales de primera generación como derechos subjetivos. Es decir, son los únicos que reúnen los requisitos de existencia de un sujeto que tiene el poder de exigir judicialmente la prestación consagrada en la norma jurídica a una persona natural o jurídica, la cual tiene el deber de facilitar o realizar la prestación debida. Los derechos colectivos, en cambio, por pertenecer a una colectividad determinada o indeterminada, mientras no se vinculen con la violación de un derecho fundamental de primera generación no son derechos subjetivos; ante ello, su realización pende, si se obliga a un particular, de la capacidad económica de quien debe la prestación y, ante todo, de que su realización no ponga en peligro sus derechos fundamentales.

1 Este artículo es resultado de la investigación: "La Constitución Política del 91 y el principio moral como requisito de validez decisional". Departamento de Derecho Público Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia.

2 Abogado egresado de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia; en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás; en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre, y en Derecho Constitucional y Derecho Procesal del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario en convenio con la Universidad Alexander Von Humboldt. Profesor de Introducción al Derecho en la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia. Autor del libro "Manual Para el Control Electoral". Actualmente abogado consultor. Correo electrónico silvioleoncastano@yahoo.com Armenia, Quindío, Colombia.

Palabras clave
Derechos de las minorías, derechos colectivos, derechos individuales, derecho subjetivo, conflicto de derechos.

Abstract

This article aims to demonstrate that Collective Rights are not Subjective Rights; therefore, they do not have prima facie relevance versus those principles that are considered by the First generation fundamental rights; nevertheless it does not mean they must not be protected; just to acknowledge that the rights viewed in abstract (from the law) do not equally belong to the individual man, who require differentiated solutions for specific cases. To reach this conclusion, an argument conceiving the first generation Fundamental Rights as Subjective Rights begins to be built. That is, they are the only eligible ones qualified by the subject who has the power to judicially require the provision consecrated in the legal normativity to a natural or legal entity, which has the duty to provide or perform due provision. Collective rights however, for belonging to a determined or undetermined community, while not linked to the violation of a first generation Fundamental Right, are not Subjective Rights, before this, its realization depends on the obligation imposed to an individual, the economic capacity of that one giving the provision of service and primarily, that its realization won´t endanger ones Fundamental Rights.

Key words
Minority rights, collective rights, individual rights, individual right, conflict of rights.

Introducción

Siempre que se hace alusión al pacto social diseñado por los contractualistas, se da por hecho que el caos que generaba o podía generar el uso ilimitado de las libertades, era el fundamento filosófico para que las personas decidieran ceder algunos de esos derechos.

Para superar en apariencia ese posible conflicto que podía poner en peligro la vida de relación en paz, era necesaria la unificación de valores socialmente aceptados. Pero esa situación no podía durar mucho tiempo en la medida que el libre desarrollo de la personalidad fuera incluido como valor fundante y esencial de la dignidad humana.

Fue así como con la aparición de las constituciones materiales, el pluralismo jurídico y el multiculturalismo empiezan a exigir la protección

e inclusión positivada de nuevos derechos para las minorías. Era el comienzo del derecho a la diferencia. Mayores deseos e inclinaciones y el uso performativo del lenguaje, fueron creando una especie de "Estado caótico", en donde constantemente fluyen los conflictos entre los diferentes grupos por la colisión de derechos y la manera como se eligen las políticas públicas.

Es precisamente esa nueva gama de derechos individuales y sociales positivados pero no llevados a la práctica, lo que hace que la rama judicial adquiera la preponderancia que antes no tenía. En primer lugar por la hesitación en cuanto a la discrecionalidad requerida para cumplir las demandas de grupos marginados que salen derrotados en los procesos donde prima el principio democrático o de mayorías, y en segundo lugar por la imposición externa (Derecho Internacional) de derechos que pone en entredicho el concepto tradicional de soberanía. La justicia en su nueva función, termina siendo el instrumento para que los "indignados" se hagan escuchar.

Pero en este proceso, la justicia tiene que reinventar la hermenéutica jurídica. Los modelos tradicionales para dirimir los conflictos de leyes ya no son de recibo, o al menos no son suficientes. La ponderación de principios se abre paso y con ello la imbricación de derecho y política. El juez colabora con las demás ramas del poder público y empieza a ordenar la inclusión de políticas públicas en la agenda del ejecutivo. A nivel de las altas cortes los conflictos que se presentan entre principios son resueltos con juicios valorativos. Sin embargo, a nivel de juez ordinario -excepto cuando se trata de acciones de tutela en donde determinadas conductas vulneran determinados derechos fundamentales- el juzgador teme interpretar el derecho con juicios ponderativos y premia la aplicación de la ley a ultranza, sin percatarse de la posible colisión de principios de manera indirecta, esto es, por conflictos entre leyes -que siendo válidas- en casos determinados por proteger un principio o valor consagrado en la Constitución Política, agravian otros derechos fundamentales igualmente importantes para el constituyente. Es allí donde el juez ordinario puede tomar decisiones diferenciadas.

Materiales y métodos

La investigación es sociojurídica de carácter cualitativo con un enfoque empírico analítico, donde se utilizaron normas jurídicas sobre derechos fundamentales válidas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y teorías a favor y en contra de los derechos de grupos minoritarios.

Igualmente se estudiaron decisiones de jueces ordinarios y se priorizó la decisión del legislador a favor de determinadas minorías, sin tener en cuenta la realidad social, por lo que en muchos casos resultaron desprotegidos los derechos de las mayorías.

Resultados

Sobre el concepto de Derecho Subjetivo

Valencia Zea define los derechos subjetivos como:

> Poderes (o facultades) de goce cuyo ejercicio (o gobierno) se deja a la iniciativa de su titular (o de su representante legal cuando se trata de incapaces) y que se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico frente a las violaciones provenientes de la conducta de los obligados a respetarlos: (Valencia 1983: 229).

En su estudio, el autor delimita dos aspectos del derecho subjetivo: i) el interno que tiene que ver con un titular capaz de ejercer su derecho directamente o a través de su representante legal, por lo que los incapaces también son titulares de derechos subjetivos. De allí que se afirme que estos se crearon para ser gozados por su titular con el fin de satisfacer necesidades de toda índole; y ii) el aspecto externo que hace relación al deber jurídico que tienen las personas obligadas a respetar el poder de goce del titular, el cual está debidamente protegido por el ordenamiento jurídico.

Del concepto de Derechos Fundamentales

Con la creación del Estado Social de Derecho la Constitución Política adquirió fuerza normativa, por lo que los jueces pueden de manera directa, sin la intervención legal, desarrollar los diferentes derechos fundamentales allí consagrados.

Los derechos de primera generación o derechos de defensa o libertades, son derechos subjetivos porque están radicados en cabeza de toda persona y su respeto es exigible judicialmente al Estado o al particular que impida su ejercicio. Entre ellos están el derecho a la vida, a las libertades, al mínimo vital, a la sexualidad, a la vida digna, entre otros.

Los derechos de segunda generación o sociales, económicos y culturales, han venido siendo considerados derechos subjetivos por las altas cortes cuando su violación entra en conexidad con la violación a un derecho

fundamental de primera generación, pues en este caso, se vulneran directamente las libertades de personas individualizadas. Se puede pensar en la falta de centros de asistencia médica que ponen en peligro el derecho a la vida de un enfermo determinado, o de centros educativos básicos que frustran el derecho a la libertad de deliberación autónoma. En todo caso, se requiere de una persona que solicite su protección.

Finalmente, los derechos de tercera generación o colectivos son una defensa a favor de las minorías y del medio ambiente.

La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria consideran que los derechos subjetivos los tienen los individuos pero no la colectividad. Los derechos colectivos solo fomentan beneficios de grupo, no del individuo, quien, claro está, se beneficia de manera indirecta del reconocimiento de los mismos.

La Constitución Política entiende los derechos difusos como derechos colectivos, la doctrina, en cambio, indica que son colectivos cuando se puede determinar el grupo, verbigracia los perjudicados con el daño al medio ambiente en un sitio determinado. (Artículos 78 y 88).

La Corte Constitucional señaló con la Sentencia C-622 de 2007 que los derechos colectivos y/o difusos no plantean la defensa de derechos subjetivos o a favor de determinada persona, pues los mismos tienen como función: i) evitar un daño (acción preventiva); ii) hacer cesar un peligro (acción suspensiva); y iii) restituir las cosas a su estado anterior (acción restaurativa), y esos derechos son de grupo.

Regulación normativa de los derechos de las minorías

Nuestro constituyente, por medio del artículo 13 incisos segundo y tercero, consagró las acciones afirmativas o discriminación a la inversa a favor de las personas que por encontrarse en una condición económica, física y mental diferente a la de las mayorías, se les genera una situación de debilidad manifiesta. Con ello, el constituyente pasó de una igualdad formal a una igualdad ante situaciones jurídicas concretas o igualdad material.

Las acciones en mención han venido siendo desarrolladas por las altas cortes siempre y cuando la persona que tutela sus derechos demuestre que el desconocimiento de un derecho fundamental de primera generación crea una desigualdad material.

También, la Constitución Política consagró los derechos sociales, económicos y políticos a partir del artículo 42; entre ellos los derechos de los discapacitados, grupos tribales y étnicos, como derechos que han generado los mayores conflictos frente a los derechos fundamentales de otras personas.

A nivel de Derecho Internacional, el pueblo soberano al crear la Constitución Política se comprometió a promocionar y respetar los derechos de los grupos étnicos y de las personas en situación de debilidad manifiesta o marginación, (artículos 93 y 94 Constitución Política de Colombia). Desde la convención de Viena se ha tratado de superar la clasificación de los derechos para protegerlos a todos por igual, declaración que en la práctica es de difícil consecución cuando se presentan colisiones entre ellos.

En Colombia Eduardo Cifuentes, como magistrado de la Corte Constitucional, a través de la sentencia T-254 de 1994, sentó las bases para que a través del reconocimiento de la autonomía de los grupos tribales y étnicos, no se menoscabe la unidad nacional y, ante todo, para que so pretexto de una cosmovisión, no se socaven los principios y valores fundantes y compartidos de nuestra Constitución Política.

El legislador, en cumplimiento de esos cometidos constitucionales, ha creado las acciones populares y leyes como la Ley 361 de 1997 más conocida como Ley Clopatofsky, que le ha permitido a cualquier ciudadano presentar acciones populares contra los particulares y las entidades públicas que no desarrollen las infraestructuras que permitan proteger a usuarios indeterminados de la población discapacitada. Igualmente, a través de reglas, tanto el Congreso como la Corte Constitucional han tratado de sostener la identidad de los pueblos tribales y étnicos. Para ello, les han permitido dispensas que no tienen las mayorías como admitir cierta discriminación a la mujer por parte de los pueblos indígenas en aras de sostenerles sus costumbres, o permitirles sancionar a sus miembros cuando cometen delitos.

Posiciones en contra de los derechos de las minorías

Entre los críticos de los derechos de las minorías, existe una corriente que considera que son un proyecto ideológico y, como tal, su fin es trastocar todos los valores de la sociedad de Occidente en cuanto a lo que ha sido la manera de sentir la religión, la política, la economía, entre otros aspectos.

Señalan que dentro de lo que se llama minoría se incluyen los homosexuales, los indígenas, los discapacitados, que sin tener nada en común, una vez reunidos, por quienes se abanderan de sus necesidades, con aspiraciones económicas y políticas, terminan siendo mayoría y dejando sin efecto los valores que cimentaron la sociedad liberal que ha inspirado el Estado colombiano.

En comienzo –dicen- no resulta reconocible que minorías tan diversas en sus valores y necesidades, de consumo, quisieran subvertir el sistema político y económico reinante. Más parece que una corriente ideológica utilizara las necesidades de esos grupos minoritarios para imponer dogmas de izquierda, que es el lugar común en las peticiones y decisiones que reconocen los derechos de las llamadas minorías, lo que puede llegar a ir en contravía de los principios y valores compartidos que de manera positiva consagró por consenso el constituyente.

Terminan diciendo que el reconocimiento de libertades absolutas, el impedimento por el juez al legislador para que regule o límite las mismas, más parece un renacimiento de un anarquismo para que nadie dirija ni mande sobre nadie. Es la guerra contra el Estado y su facultad ordenadora.

Posiciones a favor de los derechos de las minorías

En contra de esas posiciones se arguye que dentro de la cultura de Occidente, existen culturas antiquísimas diversas que han tratado de ser colonizadas en la búsqueda de una igualación que ya no es posible por coacción. Igualmente, existen personas que no tienen la capacidad de solucionar su situación por sí mismas.

Ante ello, tanto el pluralismo positivado en las constituciones materiales modernas y la solidaridad aceptada por todos, implican a todas las instituciones del Estado, especialmente a la rama judicial, como defensora de los derechos de las minorías que salen derrotadas en el Congreso, para que no desaparezcan.

Caso concreto de colisión entre derechos de primera, segunda y tercera generación

Conforme a Dieter Grimm (2007) dos tipos de conflictos se pueden presentar al tomar decisiones generales a favor de una minoría o grupo

determinado: a) conflictos entre los derechos colectivos y los derechos individuales. Es el caso en que una minoría solicita una dispensa para restringir derechos individuales consagrados constitucionalmente en aras de imponer costumbres ancestrales del grupo. En estos casos los derechos colectivos deben ceder ante los derechos individuales, como es el caso del castigo del cepo practicado por ciertas comunidades indígenas, que vulnera el derecho a la dignidad humana; y b) conflictos entre los derechos de grupo con los derechos de las mayorías. Considera Grimm (2007) que en estos casos las mayorías no tienen la obligación de promover los valores de las minorías, pues prestaciones especiales pueden convertirse en una carga irrazonable para el Estado.

Para desarrollar el primer conflicto, tomemos un caso concreto ocurrido en un juzgado del circuito de la ciudad de Armenia, y la correspondiente doctrina del Tribunal Superior del Distrito que aplica la ley a “raja tabla”.

Se trata de una señora que de manera independiente abre un establecimiento de comercio dedicado a la peluquería, que atiende personalmente, en un local arrendado, y que se ve expuesta a los requerimientos de la Ley Clopatofsky por una demanda popular cuyo objeto es la instalación en la entrada de la peluquería de una puerta que abra hacia el exterior, con manijas automáticas al empujar, con baño adecuado para discapacitados, y rampa de ingreso para silla de ruedas, artículo 48 de la Ley 361 de 1997.

Con esa petición se pasa por alto que la autonomía privada también es un derecho fundamental, y que la demandante tiene el derecho de no negociar con quien no está en capacidad de cumplirle sus expectativas. Sobre todo si en el mercado ese contratante indeterminado tiene otras opciones de iguales o mejores resultados. También se vulneran el derecho al trabajo y al libre desarrollo de la personalidad del demandado.

En cuanto a los conflictos de los derechos de grupo con los derechos de las mayorías, se analizará el caso de unos migrantes indígenas que acudieron a la ciudad de Armenia para ejercer la mendicidad con menores, sin asumir la posición de desplazados o su especial calidad étnica.

En esta oportunidad, las autoridades judiciales y administrativas obviaron la aplicación de la norma general so pena de irrespetar las competencias que favorecen el pluralismo jurídico en tales casos. En lo atinente a las

autoridades indígenas, se constató que ellas permanecieron indiferentes ante tal situación.

Los grandes obstáculos para superar este tipo de conflictos

El primero de ellos tiene que ver con la concepción legalista que inspiró las prácticas jurídicas en Colombia hasta nuestros días, morigerada un poco por la presencia de operadores jurídicos que han sido educados en vigencia de la Constitución Política de 1991, y que hacen uso de nuevos instrumentos de técnica jurídica, como el test de razonabilidad, para superar los casos trágicos y difíciles.

En segundo lugar, la vida de relación siempre estuvo ligada a un sistema liberal burgués con influencia de la escuela libertaria que concede protección a los derechos individuales y con prejuicios frente al asistencialismo. Paradójicamente, ante la incorporación del Estado Social de Derecho por el constituyente, el legislador ha dado un cambio completo a favor del Estado benefactor sin incumbencia del sector productivo y con fines electorales, mandato que ha sido cumplido de manera mecanicista por los jueces, lo que ha generado la vulneración de otros derechos.

Ello, es la consecuencia de operadores jurídicos que en vez de partir de los hechos en la búsqueda de normas que solucionen el conflicto, lo aumentan, al partir de la ley -ignorando valores y principios compartidos y positivados en la Constitución Política- para solucionar los hechos sin importarles el impacto social e individual de la decisión. Es el imperio de la ley y las estadísticas.

Para superar esas contrariedades en mención, se demostrará como el juzgador debe acudir a la argumentación jurídica, no en busca de la verdad, sino en aras de construir un discurso que facilite el imperio de ambos derechos al unísono, ya sea a través de la retórica (deseos y creencias) ora de juicios inductivos. En todo caso, la ley ya no es una horma en la que deben caber todos los hechos. Cada situación tiene su afán y requiere decisiones individuales.

Discusión de resultados

Una alternativa al primer ejemplo

Rodolfo Arango (2005) señala que aunque los derechos de grupo no son subjetivos, son tutelables en la medida en que una persona se encuentre en "posición jurídica" de exigir esa prestación, que siempre debe ser cumplida. Lo que no consideró el autor, es qué hacer ante la presencia de un caso trágico, esto es, que de la decisión resulten vulnerados otros derechos.

En tal caso, la misma organización institucional permite acudir al Estado como garante, a través del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, entidad del sistema especializada en superar la pobreza, la inclusión de la población vulnerable, y cubrir las necesidades inmediatas de las personas que así lo requieran, artículo 2 del Decreto 4155 de 2011.

La imposibilidad jurídica que aducen los operadores jurídicos para tomar tal decisión, consiste en la falta de desarrollo legal que permita vincular tal establecimiento público en esta clase de procedimientos judiciales, dadas sus funciones pre-establecidas, pero huelga recordar que la ley solo facilita el desarrollo de los valores y principios, por lo que ante la inexistencia de regla legislativa, y ante la falta de prohibición expresa, nada impide su llamado para que cubra las necesidades que determinado particular no puede cumplir a favor de otro particular. Las políticas inclusivas son un imperativo constitucional, artículo 13, Constitución Política, así como la prioridad del gasto social, artículo 366 ejusdem.

También existirán otros casos en los que el juzgador simplemente debe desestimar las pretensiones si considera, después de un trabajo fáctico serio, que los discapacitados del sector tienen otras ofertas de productos en condiciones iguales o mejores, por tanto, la señora que explota su negocio y derecho al trabajo sin cumplir los requisitos de la Ley Clopatofsky, puede seguir haciéndolo, pues no ofrecer sus servicios a los discapacitados no es fruto de la discriminación, sino de la carencia de medios económicos. Lo sancionable debe ser la exclusión racional. En cuanto a la protección a través de infraestructura inmediata, solo debe ser objetiva si existen personas determinadas en posición vulnerable.

Otra alternativa para el segundo ejemplo

Uno de los grandes temores que surgen al momento de positivar los derechos fundamentales es la formación latente de un monismo valorativo. Es precisamente la convención la encargada de alcanzar "el fin de los derechos humanos", que al decir de Costas Douzinas (2008) conlleva el triunfo de la sociedad monolítica. Los derechos humanos, según el autor en comento, no pueden perder su propósito de revolución y de disenso.

Sin embargo, como ignorar la capacidad regladora que tiene el Estado y sus especiales implicaciones en la vida de relación para hacerla tolerable, o al menos previsible, en aquellos aspectos de ordenación que reclaman y agradecen los ciudadanos.

Descubrir cuáles serían aquellos derechos fundamentales que ningún ser humano está dispuesto a ceder es la gran tarea. Las inclinaciones pueden ser un método de conocimiento. El derecho a la vida, a la salud, a la integridad corporal, al mínimo vital, al afecto, al sexo, al alma, entre otros, son bienes que en la historia el hombre siempre ha defendido.

Botero (2004) al interpretar a Rawls señala que toda persona siempre va a querer una serie de bienes que aseguren un plan de vida. Para descubrir esos bienes –dice- no es necesaria una visión omnicomprensiva, basta con descubrir que el orden social es el producto de decisiones y acciones cooperativas. Entiende que siempre tenemos un punto de vista cargado de moral frente a cualquier situación, pero antes que obtener una explicación incontrovertible, lo que debemos obtener es coherencia, y ello es el resultado de una forma de sentir más o menos común, eso permite la cooperación y facilita la distribución de bienes materiales que es precisamente el quid de la discordia.

En nuestro caso, la Constitución Política positivó esos derechos humanos de corte liberal. Compartimos con Rincón (2004) el entendido de los mismos como una "defensa de valores y principios como la libertad y la individualidad", pero siempre con límites, para no ahogar y frustrar los derechos de otros individuos. Lo que conlleva el orden y la capacidad ordenadora del Estado como valor intrínseco del liberalismo. Pero nuestro constituyente fue más allá. Pasó de la igualdad formal a una ante situaciones concretas. Con ello realiza el Estado Social y morigera la ideología individualista.

Además, ese catálogo de derechos humanos de corte liberal-social imperante por decisión del constituyente, también incluyó la multiculturalidad y el pluralismo normativo. Pero sin anarquía. Se acepta la diversidad de determinadas colectividades o minorías en la medida que ello beneficie al individuo. Somos colectivos porque ello permite el desarrollo del individuo.

Entender la inclusión como la permisión a ultranza, es socavar la esencia de los derechos humanos que nos informan. De aceptarla entraríamos en dispensas como la ablación que va en contra de la integridad del ser humano, o para ir más lejos, permitir el sacrificio de seres humanos para obtener el favor de los dioses en los cambios climáticos. Ese tipo de libertades absolutas engendran el caos y desprotegen al individuo. No se puede perder de vista que los derechos humanos son un instrumento político: surgen en el conflicto y son una fuente de él se les utiliza para demeritar al enemigo.

Sería contradictorio exigirle a nuestro Estado Social liberal que incluyera en su catálogo de derechos fundamentales prácticas que harían nugatorios los derechos de corte individual. Eso sería caer en la falta de coherencia de que habla Rawls citado por Botero (2004). Si el concepto de derechos humanos que concibió el liberalismo es el imperante, no pueden pretender las minorías que se claudiquen a favor de sus propuestas valorativas. Entre otras cosas, porque los principios que protegen al individuo dentro de nuestra Constitución Política preservan igualmente a los individuos de las minorías y, por ende, permiten la conservación de la colectividad.

Pero aceptar lo dicho no implica la tragedia del “fin de los derechos” y el triunfo del individualismo. Al contrario, las constantes distancias entre lo real y lo teórico puede ser la fuente para una separación de las mayorías del pensamiento actual, ya sea para seguirlo morigerando sin entrar en la anarquía jurídica en donde nadie manda a nadie, ora imponiendo culturas en donde prima lo colectivo como las asiáticas o indígenas o, por qué no, regresando al mito y a la fe. No se puede negar la fe cristiana sin negar la religiosidad indígena.

Así pues, la mendicidad o las prácticas que realizan grupos indígenas fuera de su hábitat son perfectamente castigables con la normativa del Estado formal. Si las mismas se cometen dentro de su hábitat y son sus propios integrantes quienes solicitan el apoyo del derecho formal, el Estado debe acudir en su ayuda e incorporarlos a la cultura occidental hasta que quien

solicitó la protección decida abandonarla. Es una verdad de asiento que las minorías que solicitan autonomía a sus valores se aprovechan de ella en perjuicio de otras minorías que habitan en su interior.

En todo caso, cuando los conflictos son al interior de las comunidades indígenas, y no se pone en peligro la naturaleza jurídica del Estado o sus elementos definitorios de identidad, la Constitución Política les prohíbe a las autoridades del derecho estatal oficial inmiscuirse. “Nadie manda en casa ajena. Federalismo valorativo como solución.

Si se hace uso de la casuística simple, vemos que: Si un occidental judeo-cristiano, monógamo, contrae matrimonio con otra occidental homogénea, la infidelidad será causal de divorcio como lo dice la regla. Pero si un occidental judeo-cristiano, monógamo, decide ir a vivir a una comunidad que considera que la monogamia mata la pasión y le impide al ser encontrar la felicidad a través de la corporeidad, no podrá un juez aplicar la regla que exige la monogamia como requisito de eficacia matrimonial. Pero si es esa otra persona quien decide acudir a la comunidad monógama, deberá adaptarse a sus valores o respetarlos.

Como corolario, la unidad del Estado tendrá como función primordial impedir el sometimiento de los valores de una comunidad sobre otra. No es factible que todos los deseos o inclinaciones se conviertan por birlibirloque en derechos. Eso crearía una sociedad caótica nugatoria del pacto social. De allí que el orden se convierta en el instrumento necesario para la coexistencia de los valores principales compartidos.

Conclusiones

La existencia de un derecho subjetivo es lo que permite accionar ante los jueces de la República para obtener su protección inmediata.

Los derechos colectivos por no estar en cabeza de una persona determinada no son exigibles ante los jueces de la República en aras de obtener su protección inmediata En caso de existir una ley que exija la custodia de un derecho colectivo, dicha regla pierde su protección prima facie cuando se pone en peligro la salvaguarda de derechos fundamentales de primera generación.

Como corolario, los jueces en materia de derechos fundamentales no necesitan seguir decidiendo desde la regla, y mucho menos de manera exégeta, pues cuando leyes como la Clopatofsky crean conflictos entre los portadores de los distintos derechos, se deben tomar decisiones particularizadas sin importar el molde impuesto por la ley.

Referencias bibliográficas

Arango, R. (2005). *El Concepto de Derechos sociales fundamentales.* (1ª Ed). Bogotá: Legis. Universidad Nacional de Colombia.

Botero, J. (2004) La Teoría de la Justicia de Jhon Rawls. En: Hoyos, L. (eds). *Estudios de Filosofía Política.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia/ Universidad Nacional.

Douzinas, C. (2008). *El fin de los derechos humanos.* Bogotá: Legis S.A./ Universidad de Antioquia.

Grimm, D. (2007). *Derecho constitucional para la sociedad multicultural.* Edición y traducción de Gutiérrez, I. Madrid: Editorial Trotta.

Rincón, J. (2004). *Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la administración pública.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Valencia, A. (1983). *Derecho Civil. Tomo I. Derechos Reales.* Bogotá: Temis.